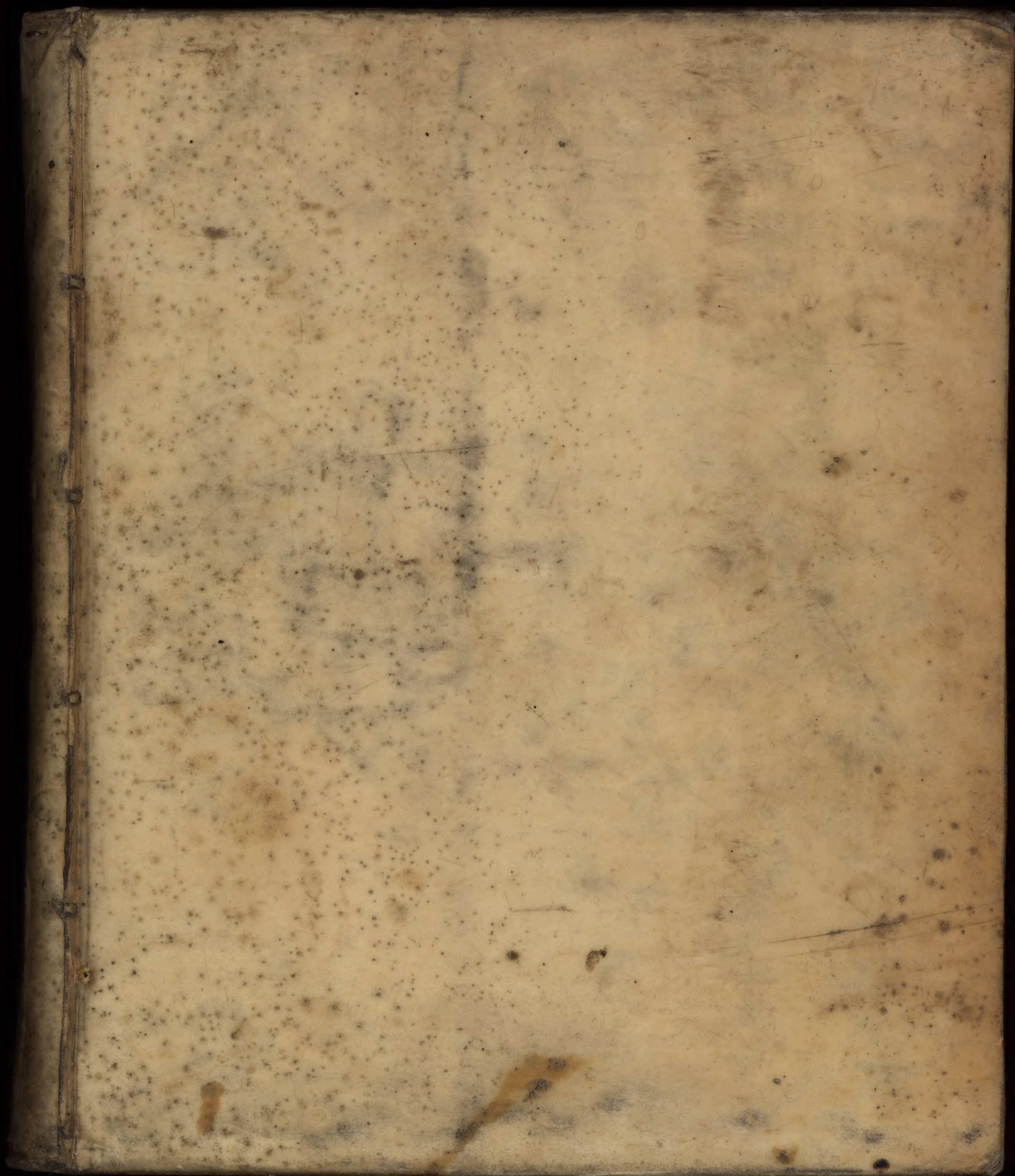


ARNOLDI VINNII,

JURISCONSULTI CLARISSIMI,

IN QUATUOR LIBROS

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM COMMENTARIUS ACADEMICUS ET FORENSIS.

Editio Poſtrema, Authoris Notis, anteà ſeorſim impreſſis, Aucta, Titulorum Concordantiis & Paragraphorum Summulis Adornata, à mendis purgata, adeoque Emendatiſſima.

CUM GRATIA ET PRIVILEGIO SAC. CÆSAR. MAJESTATIS, ET ELECTORALI SAXONICO.

NORIMBERGÆ,

Sumptibus Johannis Hoffmanni, Bibliopolæ Norimbergenſis, Litteris Johannis Philippi Miltenbergeri.

M. DC. LXXVI.

TENOR PRIVILEGII CÆS.

LEOPOLDUS, Divinâ Clementiâ Electus Romanorum Imperator, ſemper Auguſtus, Germaniæ, Hungariæ, Bohemiæ, Dalmatiæ, Groatiæ, Sclavoniæ, Rex, Archidux Auſtriæ, Dux Burgundiæ, Styriæ, Carinthiæ, Carniolæ & Wirtembergæ, Comes Tyrolis, &c. Agnoſcimus & notum facimus tenore præſentium univerſis; Quod cum nobis, noſter Sacrique Imperii fidelis dilectus *Johann Hoffmann, Bibliopola Norimbergenſis*, humillime exponendum curarit, quem in modum is celeberrimi in Lugdunenſi Batavorum Academia J. C. *Arnoldi Vinnii* commentaria ſuper Inſtitutionibus ſumptibus ſuis prælo ſub forma Quarti ſubjicienda & excudenda in ſe ſuſceperit: Vereatur autem, cum ejusdem operis ea ſit præſtantia ac Inſtitutionum materia ita enucleatè elaborata, ut legum ſtudioſis maximos exindè haurire poſſint fructus, ne alii etiam Bibliopolæ aut Typographi turpis lucri cauſa eandem ſuam editionem magno ſuo diſpendio imitentur, ac idcircò nobis demiſſiſſimè ſupplicavit, quatenus ſe contra ejusmodi ſubdolas fraudes privilegio noſtro Cæſareo, præmunire clementer dignaremur, Nos attenta earum precum æquitate, iisce benignè annuendum duxerimus, omnibus proindè ac ſingulis Bibliopolis, Typographis & Bibliopegis ceterisque, quibuscunque rem ſeu negotiationem librariam exercentibus, ſeriò atque diſtrictè, idque ſub pœna *Sex Marcarum auri puri*, mandantes ac præcipientes, ne eorum quisquam, præter prædictum *Johannem Hoffmann* antefata *Vinnii Commentaria* per Sexennium proximum, à prima novæ hujus editionis die computandum intra Sacri Romani Imperii

Regnorumque & Dominiorum nostrorum hæreditariorum fines in simili vel alio typo seu forma reducere, vel alii recudendum dare, invehere, clam vel palam venundare aut distrahere quocunque modo præsumat, quatenus comminatam sex marcarum auri pœnam ex semisse Cæsareæ nostræ Imperiali, & pro reliquo, parti læsæ irremissibiliter pendendum incurrere & omnibus exemplaribus, quocunque loco repertis (quorum sibi vel propria authoritate vel Magistratus loci auxilio vindicandorum dicto impetranti ejusque hæredibus vigore præsentium jus fasque sit) privari noluerit, dummodò tamen præfata Vinnii Commentaria, dicti Romani Imperii Constitutionibus contrarii nihil contineant, tenoremque Nostri privilegii Cæs. pro publica notitia in fronte expressum exibeant, quatuorque ad minimum exemplaria ad Cancellariam nostram Imp. Aulicam Impetrantis sumtibus quam primum transmittantur. Mandamus ergò universis nostris & Sac. Imp. Regnorumque & Provinciarum nostrarum hæreditariarum Magistratibus Ecclesiasticis & Sæcularibus cujuscunque ordinis, conditionis & gradus fuerint, ne quenquam huic Nostro Cæsareo Privilegio ullatenus impunè contravenire patiantur, quin potius ejusdem transgressores supra dictis pœnis aliisque modis idoneis coërceri curent, quatenus & ipsi eandem multam evitare voluerint.

Harum Testimonio Litterarum manu nostrâ subscriptarum & Sigilli nostri Cæsarei appressione munitarum, quæ dabantur in Civitate nostra Viennæ, die decima quarta mensis Martii. Anno Domini millesimo sexcentesimo, septuagesimo quinto, Regnorum Nostrorum Romani decimo septimo, Hungarici vigesimo, Bohemici verò decimo nono.

LEOPOLDUS mp.

V. Leopoldus Gvillielmus,
Comes in Kinigsegg, mp.

Ad Mandatum Sac. Cæs. Majestat. proprium

Christoph. Beuer, mp.

Lectori Benevolo, Salutem!

CLarissimi Juris Consulti, Dn. Arnoldi Vinnii, Commentarium Academicum & forensem, in Quatuor Libros Institutionum Imperialium, luculentum & singularem, sæpius luci publicæ donatum fuisse, neminem forsan latebit. Verùm & in editione quarta Amstelodami 1665. in majus Lectoris commodum, textui addita sunt argumenta sive summulæ. Quod quidem & observavit Editio Lugdunensis 1666. & addidit Auctoris notas, prout extant in Institutionibûs ejusdem editis in duodecimo, attamen nonnulla in commentario, ab ipso Auctore posita sparsim omisit. Nos huic defectui remedium adhibere operam navantes, cumque iisdem, si non pluribus verbis & contentis, haud unica vel altera vice, in commentario obtineatur, quod antea in notis erat, crambem bis coctam apponere declinantes, superflua hæc in notis resecuimus, neglecta illa restituimus, Titulorum concordantias præposuimus, & à mendis anteceden-

tium Editionum diligentius purgavimns ; ita ut nos ſpes pulcherrima foveat, hunc laborem impreſſionis præcedentes, ſi non ſuperaturum, tamen multis gratum & acceptum futurum. Vale Optime & Fave, Lector Amice! atque hisce Viri Laudatiſſimi curis & lucubrationibus pro tuo deſiderio utens fruensque. Deo Clementer annuente, plura indies non minus præclara atque utilia ſcripta, ex Officina noſtra, expecta & viſita.

T. O.

Dat. Norimb. Menſ. Mart. 1676.

Johannes Hoffmann, Bibliopola Noribergenſis.

INDEX

INDEX TITULORUM.

LIBER PRIMUS.

LIBER SECUNDUS.

LIBER TERTIUS.

LIBER QUARTUS.

AR-

ARNOLDI VINNII, J. C.

IN LIBRUM PRIMUM

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM COMMENTARIUS

Academicus & Forensis.

CUM NOTIS AD TEXTUM.

PROŒMIUM.

De

Confirmatione Institutionum.

IN NOMINE DOMINI NOSTRI JESU-CHRISTI.

IMPERATOR, CÆSAR FLAVIUS JUSTINIANUS, ALEMANICUS, GOTTHICUS, FRANCICUS, GERMANICUS, ANTICUS, ALANICUS, VANDALICUS, AFRICANUS, PIUS, FELIX, INCLYTUS, VICTOR AC TRIUMPHATOR, SEMPER AUGUSTUS, cupidæ legum juventuti S.

IMPFRATOR.] Hoc nomine etsi appellantur omnes exercitus ductores οἱ στρατηγοὶ ἢ τῶν πολέμων ἡγεμόνες, propriè tamen id tribui solebat iis, qui re benè gesta hoc honoris titulo acclamatione militum vel decreto Senatus decorati essent. Post occupatam Rempublicam perpetuum Principis praenomen esse cœpit ex SC. Hotomannus ex *Cic. Tacit. Sveton. Dion. Appian.*

CÆSAR.] Cognomen familiæ in gente Julia, quod post C. Julium factum est hæreditarium Imperatorum. Procedente tempore eodem nomine appellati & qui vivo Imperatore designati augustæ majestatis hæredes. *l. 7. C. de malef. & mathem.* Spartian. *in Ælio Vero.* ubi & hunc ipsum primum Cæsarem ea ratione appellatum testatur. Hodie *Reges Romanorum* vocantur.

FLAVIUS.] A Vespasiano Imperatore hoc nomen manavit, quem è Flavia gente nova & ignobili fluxisse Svetonius auctor est.

JUSTINIANUS.] Nomen hoc Imperatoris nostri proprium fuit; idque etiam habuit ante adoptionem: ex quo apparet, non esse productum à nomine Justini avunculi & patris adoptivi, ut quidam putant.

ALEMANICUS, GOTTHICUS, &c.] Agnomina à devictis, aut bello lacessitis gentibus ducta. Seneca 1. *de Clement.* scribit, assentantem populum ambitiosæ maje-

majestati tribuisse, quidquid potuit congerere titulorum.

FRANCICUS.] Theodibertum Francorum regem graviſſimè tuliſſe refert Agathias, quod Justinianus, velut devicta gente Francorum, Francici titulum sibi sumpsisset. Postea etiam Gepidicum & Longobardicum se dixit, quod eas quoque gentes irritavit. *Cujac. & Grot. ex Agathia.*

PIUS] Primus hoc cognomen obtinuit Antonius Hadriani successor. Capitolin. *in Antonin.* inde ad alios descendit. Justinian. *Nov.78. cap.5.* Ἀντωνῖνος ὁ τῆς εὐσεβείας ἐπώνυμος, ἐξ οὗπερ καὶ εἰς ἡμᾶς τὰ τῆς προσηγορίας ταύτης κατήει.

FELIX] Usurpavit hoc cognomen Commodus, ut historiæ testantur, quem plerique successores imitati appellationem hanc Justiniano tradiderunt.

TRIUMPHATOR] Triumphasse legitur de Persis & Vandalis. Varro *lib.7. de ling.* scribit triumphare sic appellatum esse, *quod cum Imperatore milites redeuntes clamitant per urbem in Capitolium eunti, Io triumphe, io.*

AUGUSTUS] Nomen hoc primum Octavio à Senatu tributum: ductum ab eo, quod loca, in quibus augurato quid consecratur, augusta nominantur. Suet. *in August.c.7.* Alii ab augendo imperio dictum putant: unde illud hodieque, zu allen Zeiten Mehrer des Reichs Wesemb.

Ut Plato legislationis tres vult esse partes, Procemium, Legem, & Sanctionē; ita hujus Constitutionis eadem deprehenduntur membra. I. Procemium, quo suum legislationis studium commendat, usque ad §.3. II. Legislatio, usque ad §. pen. III. Sanctio. *Wesemb. hic.*

De usu Armorum & Legum.

Mperatoriam majestatem non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam: ut utrumq; tempus & bellorum, & pacis, rectè possit gubernari: & Princeps Romanus non solum in hostilibus præliis victor existat, sed etiam per legitimos tramites calumniantium iniquitates expellat: & fiat tam juris religiosissimus, quam victis hostibus triumphator (magnificus.)

ARmis decoratam] Imperator utrumque Reipubl. tempus sine armorum ac legum præsidio recte daministrare non potest: in quam sententiam præclara quædam hic adspersa ab *Hotom. & Grot. ex Arist. Plat. Liban.*

Legibus armatam] Munitam & instructam. M. Tullius *l.1. de off.* scribit, Lacedæmoniorum imperium multo plus Lycurgi legibus & disciplinæ debere, quam aut Pausaniæ aut Lysandri rebus gestis. *Parvi enim*, inquit, *sunt foris arma, nisi sit consilium domi, &c.* Est autem hic χιασμὸς κατὰ τὸν τοῦ στοιχείου τύπον tribuit armis decorari; legibus armari. Theoph. verbum pro verbo reddidit, ὅπλοις κοσμεῖσθαι, νόμοις ὁπλίζεσθαι.

Victor existat] Sensus est apertus Imperatorem non ex armis tantum, sed etiam ex legibus gloriosam sibi victoriam comparare.

Legitimos tramites] Ea ratione, quam leges præscribunt, Theophilus convertit, νομίμοις ἐπινοίαις legitimis inventis. Imperator non tantum hostibus debellandis, verum etiam calumniatoribus coërcendis victoris nomen adipiscitur.

Calumniantium] Pars pro toto; improbitas, quæ in judiciis versatur, de quo propriè verbum calumniandi intelligitur, pro omni, quæ in pacata civitate admittitur. Cicero 2. *de Repub. ut Carneadi respondeatis, qui sæpè optimas causas ingenti calumnia ludificari solet.*

Iuris religiosissimus] Juris ad summam religionem observantissimus. Dion. Halicarn. *lib.5.* Κράτιστος ἦν βασιλεὺς ὁ δικαιότατός τε καὶ νομιμώτατος.

Magnificus] Abest hæc vox à veteribus libris, testib. Cujac. & Hotom. nec Theophil. agnoscit.

De bellis & legibus Justiniani.

1. Quorum utramque viam cum summis vigiliis, summaque providentia, annuente Deo, perfecimus. Et bellicos quidem sudores nostros Barbaricæ gentes sub juga nostra redactæ cognoscunt: & tam Africa, quam aliæ innumeræ provinciæ post tanta temporum spatia, nostris victoriis à cœlesti Numine præstitis, iterum ditioni Romanæ nostroque additæ Imperio, protestantur. Omnes vero populi legibus tam à nobis promulgatis, quam compositis reguntur.

1. *Vtramque viam*] Justinianus & gloriam sibi peperit victis hostibus, & juris æquabilitatem inter cives suos retinuit.

Barbaricæ gentes] Significat Persas in Syria, Vandalos in Africa & Italia, Gotthos in Italia & Sicilia.

Redactæ] Vet. *deductæ*, & ita Cujac. & Hotom.

Innumeræ] Vet. *numerosæ*, id est, multæ, sic enim locuti

locuti sunt Cassiod. Oros. Eutrop. & alii scriptores σύγχρονοι. Theophilus tamen ἀναξιόθμητοι.

Post tanta temporum spatia] Post annos 95. quibus Vandali Africam tenuerunt. *l.1. Cod. de offic. praef Afric.* adstipulatur Procop.

Ditioni Romanae] Postquam sedes imperii Constantinopolim, (quae antea Bysantium, postea etiam nova Roma,) translata fuit, Imperium Romanum à Constantino & Gallieno in duas partes divisum, orientalem & occidentalem, & utrique parti suae provinciae attributae.

Promulgatis] Promulgatas suas, compositas alienas intelligit, id est, ex veteri jure in unum collectas & dispositas.

De Compositione Codicis & Pandectarum.

2. ***Et cum sacratissimas constitutiones antea confusas, in luculentam ereximus consonantiam, tunc nostram extendimus curam ad immensa veteris prudentiae volumina, & opus desperatum, quasi per medium profundum euntes, coelesti favore jam adimplevimus.***

2. *In luculentam ereximus consonantiam*] Intelligit Codicem priorem, quem altero imperii sui anno componi jussit 528. & anno insequenti edidit. In hunc Principum constitutiones vage per tres Codices, Gregorianum. Hermogenianum, Theodosianum, dispersas collegit. *const. de nov. Cod. fac. & de Iust. Cod. confirm.* Sed eum non habemus. Post idem Codex iterum emendatus est, & multis locis recognitus, additis 50. decisionibus, quo hodie utimur.

Ad immensa veterum volumina] Quarto Imperii anno Lampadio & Oreste Coss. 530. Pandectas componi jussit, edidítque & confirmavit annó Imperii sexto, ipso III. Coss. eodemque anno compositae Institutiones, & promulgatae uno mense ante Pandectas; ut Pandectae compositione priores sint Institutionibus, confirmatione posteriores. Codicem repetitae praelectionis promulgavit anno proximo, ipso IV. & Paulino Coss. 534. Haec perspicua sunt ex constitutionibus ad juris compositionem pertinentibus. Novellar. liber diem non habet.

Immensa volumina] Innumera veterum scripta, quae in bis mille libros & aliquot centena millia versuum excreverant. *l. omnem. de conc. Dig.*

Per medium profundum] Per medias difficultates. Liv. 31. *Provideo animo in vastiorem me altitudinem, ac velut profundum invehi.*

De tempore, Auctoritatibus, fine & utilitate compositionis Institutionum.

3. ***Cumque hoc Deo propitio, peractum est Triboniano Viro magnifico, Magistro, & Ex-quaestore sacri palatii nostri, & Exconsule, nec non Theophilo & Dorotheo, Viris illustribus, & antecessoribus (quorum omnium solertiam, & legum scientiam, & circa nostras jussiones fidem, jam ex multis rerum argumentis accepimus) convocatis, mandavimus specialiter, ut ipsi nostra authoritate, nostrisque suasionibus Institutiones componerent: ut liceat vobis prima legum cunabula non ab antiquis fabulis discere, sed ab Imperiali splendore appetere: & tam aures, quam animi vestri nihil inutile, nihilque perperam positum, sed quod in ipsis rerum obtineat argumentis, accipiant. Et quod priore tempore vix post quadriennium prioribus contingebat, ut tunc constitutiones Imperatorias legerent: hoc vos à primordio ingrediamini, digni tanto honore, tantaque reperti felicitate, ut & initium vobis, & finis legum eruditionis à voce Principali procedat.***

3. *Magistro*] Scilicet officiorum, penes quem cura est totius pene aulae & palatii. Gallis *Prevost de l' Hostel.* Cujac. *in l. 3. C. de praepos. sacr. cubic. lib. 12.*

Ex-quaestore] Quaestor aetate Justiniani is erat, quem nostra aetas Cancellarium vocat, ut *pass. in Cod.* hoc est, ad quem cura legum & juris pertinet, custos legum & famae publicae appellatur in *Nov.* Valentiniani *de homic. cas. fact.* & à Cassiod. aliquot locis. Ex-quaestores & Exconsules à Justiniano dicuntur, qui à Latinis, Quaestorii & Consulares.

Antecessoribus] Juris Interpretibus, ac Doctoribus, ἐξηγηταῖς ut pass. in *praef. Pand.* τῶν νόμων διδασκάλοις, *l. 6. §. 12. D. de excus. tut.* Qui forum sequebantur, Togati; qui scholas, Antecessores, & Professores dicebantur.

Prima legum cunabula] Prima legum fundamenta, στοιχεῖα seu elementa primum legum audientiam appellat in *l. un. C. de nud. jur. Quirit. tollend.*

Antiquis fabulis] Jus antiquum & obsoletum intelligit, quo referti erant veterum Jurisconsult. libri.

Rerum obtineat argumentis] Huc pertinet illud Aristippi apud Laërtium, qui percontanti cuidam, quae potissimum adolescentibus essent discenda, respondit, quae viris usui futura sunt.

Post quadriennium] Theophil. μετὰ τριετῆ χρόνον. Sed aut erravit ipse, aut corrupti sunt Codices, ut patet ex praefat. ad antecess. Fabrot. *in not. ad Theoph.*

Digni tanto honore tantaque reperti felicitate] Digni

reperti tanto honore tantaque felicitate. Theoph. τοιαύτης ἀξιωθέντες τιμῆς, καὶ τοσαύτης ἀπολαύσαντες εὐτυχίας, *dignati & assecuti.*

Divisio Institutionum.

4. *Igitur post libros quinquaginta Digestorum, seu Pandectarum, in quibus omne Jus antiquum collectum est, quod per eundem virum excelsum Tribonianum, nec non cæteros viros illustres & facundissimos confecimus; in quatuor libros easdem Institutiones partiri jussimus, ut sint totius legitimæ scientiæ elementa.*

4. *Pandectarum*] Pandectæ παρὰ τὸ πᾶν δέχεσθαι, quod omnis generis leges complectantur. Harmenop. *lib.* 1. *tit.* 1. *§.6.*

Collectum est] Libri veteres teste Hotom. *collatum est.* Et ita Theoph. ἐν οἷς ἠθροίσθη πᾶσα ἡ τῶν ἀρχαίων νομοθεσία.

Cæteros] Præter Tribonianum, Theophilum, Dorotheum tredecim aliis usus est Justinianus, quos enumerat & nominat *præfat. Digest.*

In quatuor libros] Apud Theophil. abundant verba, τῶν εἰρημένων Διγέστων. Fabrot.

Quid in Institutionibus contineatur.

5. *In quibus breviter expositum est, & quod antea obtinebat, & quod postea desvetudine inumbratum, Imperiali remedio illuminatum est.*

5. *Desuetudine*] Theoph. ἀσυνηθείᾳ, quasi dicas *insuetudine.* Significat autem jura antiqua & antiquata, qualia multa in argumentis usucapionum, exhæredationis liberorum, legatorum, successionum ab intestato, bonorum possessionum, satisdationum, &c.

Illuminatum est] Theoph. ἐφωτίσθη. Intelligit autem & desuetorum quorundam in usum revocationem, & aliorum vel interpolationem vel abolitionẽ.

Ex quibus libris compositæ sunt Institutiones, atque earum recognitio, & confirmatio.

6. *Quas ex omnibus antiquorum Institutionibus, & præcipuè ex Commentariis Caji nostri, tam Institutionum, quam rerum quotidianarum, aliisque multis Commentariis compositas, cum tres viri prudentes prædicti nobis obtulerunt, & legimus, & recognovimus, & plenissimum nostrarum constitutionum robur eis accommodavimus.*

6. *Præcipue ex commentariis Caji*] Hoc ita esse vel ex reliquis scriptorum Caji, quæ in Pandectis supersunt, cuivis animadvertere licet, sæpius enim hujus unius, quam cæterorum omnium verba in his libris proferuntur.

Nostri] Benevolentiæ significatio, ac sic plerumque prædecessores, qui nostræ fuerunt professionis, appellavimus. *Scævola noster* apud Paulum & Triphoninum sæpe: apud Pomponium *Cajus noster. l. pen. D. de stip. serv.* Floruit sub Hadriano & Marco. *l.7. D. de reb. dub. l.pen. D. ad SC. Tertyll.*

Recognovimus] Id est, corrigendi causa diligenter & attente legimus; Cic. pro Balb. *Nos Cn. Pompeii judicium de consilii sententia pronunciatum recognoscemus.*

Constitutionum robur eis accommodavimus.] His verbis indicatur Institutionum confirmatio. Unde hæc præfatio Theoph. διατάξεις βεβαιοῦσι τὰ ἰνστιτοῦτα.

Adhortatio ad studium juris.

7. *Summa itaque ope, & alacri studio has leges nostras accipite: & vosmetipsos sic eruditos ostendite, ut spes vos pulcherrima foveat, toto legitimo opere perfecto, posse etiam nostram Rempublicam in partibus ejus vobis credendis gubernari. D. CP. XI. Kalend. Decemb. D. JUSTINIANO PP. A.III. COS.*

7. *Summa ope & alacri studio*] Epilogus exhortatorius, ut in suasoriis usitatum, à spe & expectatione præmiorum. Cic. 1. *de orat. Pergite, ut facitis, adolescentes, atque in id studium, in quo estis, incumbite; ut & vobis honori, & amicis utilitati, & Reipub. emolumento esse possitis.*

D. *CP. XI. CAL. DECEMB.*] Id est. *Data Constantinopoli XI. Kalendas Decembris, Domino Justiniano perpetuo Augusto tertium Consule.* In quibusdam libris, P. P. quasi *Patre Patriæ*, quod ejus temporis consuetudo repudiat. Hotom.

TITU-

TITULUS PRIMUS.

De Justitia & Jure.

Concord. Lib. 1. Tit. 1. Dig.

1. *Partitio & series totius operis.*
2. *Justitiæ vulgata distributio explicata.*
3. *Etiam universalem justitiam disciplinæ civili propositam.*
4. *Utrum justitiæ in universalem & particularem distributio necessaria? sceptice.*
5. *Varia juris significata, & qua in significatione hoc verbum hic accipiatur.*
6. *Summa eorum, quæ hoc titulo traduntur.*

1 Duo hæc in omni jure constituto insunt: jus ipsum seu lex, quæ jubet & constituit; tum res, quæ eo jure jubetur constituiturque: ac proinde universi juris tractatio duabus partibus continetur, quarum una est de jure constituente; sive de legibus qua naturalibus qua civilibus; altera de jure constituto, sive de eo, quod legibus sancitum cautumque est. Et quia prima naturâ quæstio est de jure constituente, de eo primo loco Veteres tractaverunt: quod non modo in his Institutionum libris, sed etiam in Pandectis animadvertere licet. Nam prima quæstio proponitur, atque absolvitur quatuor titulis in vestibulo sive ingressu Pandectarum; reliquo opere agitur de jure constituto. Idem & in Institutionibus nostris observatum est: siquidem duo priores tituli hujus libri primam quæstionem continent: reliqua parte operis altera quæstio, quæ multo latius patet, tractatur, atque ὁδῷ διαιρετικῇ absolvitur, initio facto à discretione materiæ sive subjecti hujus scientiæ; quæ divisio in hac quæstione omnium prima
2 est & generalissima. Inscribitur hic titulus *de justitia & jure.* Aristoteli & plerisque moralis philosophiæ professoribus justitia duplex est, universalis, & particularis. Ad universalem pertinet tritum illud Poëtæ gnomologi;

Ἐν δὲ δικαιοσύνῃ συλλήβδην πᾶσ' ἀρετή ἐστι.

Comprehendit scil. in se hæc justitia etiam aliarum virtutum omnium officia, peculiari tamen cum respectu, quatenus nimirum illa necessaria sunt, aut conducunt ad perfectionem & conservationem civilis societatis, ut ne quid admittatur contra rationem aut honestatem, quod non admitti vel publicè, vel privatim intersit. Hæc eadem justitia & legalis dicitur, propterea quod non minus latè patet, quam ipsæ leges, quæ etiam sunt regula, & norma hujus justitiæ unde à Cicerone *lib. 1. de leg.* definitur, *obtemperatio scriptis legib⁹ & institutis populorum*: ab Aristotele *lib. 5. Eth. 1. obedientia erga omnes leges.* In summa hæc justitia à virtute in genere non differt essentiâ, sed hactenus tantum, quod quando consideratur ut habitus animi, dicatur Virtus simpliciter; quando ut civilis societatis conservatrix, Justitia, auctore Michaele Ephesio *ad d. loc. Arist.* Vitium huic legali justitiæ oppositum dicitur παρανομία. Particularis justitiæ duas species constituunt, quarum, alteram διανεμητικὴν Aristoteles vocat, id est, *distributivam*; alteram συναλλακτικὴν, id est, *commutativam.* Distributiva respicit ἀξίαν, quod quisque meretur, quod cuique convenit, sive id præmium sit, sive pœna; sive honor, sive onus. Commutativa suum cujusque propriè sumptum spectat & alio, nomine melius διορθωτικὴ à Philosopho appellatur: nam ut possessor rei meæ eam mihi reddat, non est ἐκ συναλλάγματος, & tamen ad eandem hanc justitiam pertinet. Illud quoque perpetuum non est, quod plerique tradiderunt, à justitia commutativa respici proportionem simplicem, quam arithmeticam vocant; à distributiva comparatam, quam appellant geometricam; quæ mathematicis & revera sola proportio est; neque enim per se justitia commutativa à distributiva differt tali proportionum usu: sed objecto & materia, circa quâ versatur. Nam & contractus societatis expletur proportione comparata; & si unus tantum aptus inveniatur ad munus publicum obeundum, non alia, quam simplici commensione attributio fit: & contra, si quis de suo legare velit, distributivâ justitiâ uti solet, & merita considerare. *l. 9. ff. pro soc.* Sed & in delictis coërcendis pœnarumque irrogatione modò arithmetica, modo geometrica proportio servatur; quod tamen totum est justitiæ distributricis. D. Grot. 1. *de jur. bell. & pac. c. 1. n. 8.* Vitium particulari justitiæ oppositum

tum πλεονεξία dicitur, cujus verbi vim Latini per
3 vocem *injuriæ* ferè exprimunt. Disciplina civilis non dirigit internas animi functiones, & potissimè versatur circa justitiam particularem, in ejus juris obedientiam animos formans, cuj⁹ executio in judiciis urgetur. Negari tamen non potest, quin interim quoque spectet justitiam universalem, quæ omnium virtutum officia complectitur. Docet enim justè vivendum esse secundum omnes leges: ipsaque adeò juris præcepta omnem speciem virtutis & honestatis continent, certè quatenus eo spectant, ut justè vivatur, & civium inter se honesta sit societas, quod hic quærimus. Et vero si legibus & legum latoribus proposita est universa virtus, ut sanè est, cum beatitudo civilis sit universarum legum summa, teste Platone 5. *de leg.* etiam legum scientiæ & consultis eadem proposita erit: neq; enim minus latè patet officium Jurisconsulti in legibus interpretandis, quàm legislatoris in sanciendis: totoque falluntur judicio, qui officium Jurisconsulti cancellis forensium causarum circumscribunt. Utique illa; *hominem mortuum in urbe ne sepelito, nevè urito: rogum ascia ne polito. Mulieres genas ne radunto, nevè lessum funeris ergo habento*, & similia lege duodecim tab. cauta, nullo modo ad justitiam particularem referri possunt. Quod si quid in hujusmodo quæstione valere debet auctoritas Principis, ipse Justinianus *Nov. 69. in pr.* disertè ait, *justitiam illam, quæ singulis virtutibus assistit, easque ad debitum finem perducit*, etiam finem esse legum prudentiæ.
4 Temperare mihi non possum, quin illud hic subjungam, esse, qui vulgatam illam justitiæ distinctionem negant esse necessariam, & simplicius esse contendunt; si unum tantum justitiæ genus esse dicamus. Quod si verum est, sublata erit hæc disputatio. Hi ita disserunt: Ut sigularum virtutum omnium, ita & Justitiæ unum genus esse, διορθωτικὸν πάσης ἀνισότητος, ἢ ἀδικίας; sicut ex contrario, nec duo injustitiæ genera sunt, sed unum tantum, sive τὸ ἄνισον dicas, sive παράνομον: utrumque enim omnem comprehendere injustitiam etiam ipsum Aristotelem docere: neque παρανομίαν & πλεονεξία genera esse opposita, sed hanc illius speciem. Hoc idem & Aristotelem fateri. Adhæc, non simpliciter verum esse, quod reliqua injustitiæ genera non tantum pugnent cum justitia, verum etiam cum alia virtute: πλεονεξίαν autem cum sola justitia, quo maximè argumento ad distinctionem suam probandam utitur Aristoteles. Posse quidem in una actione cum alio vitio injustitiam concurrere: cæterum nullas actiones injustas, quatenus injustæ sunt, cum alia virtute directò pugnare, sed cum justitia duntaxat: sicut nec ex contrario alia vitia cum justitia, sed cum oppositis sibi virtutibus. Ut ecce; qui adulterium committit, eum & injustum esse, quod alienum violat thorum, & intemperantem propter expletionem libidinis. Jam vero violare thorum alienum, quod est injustitiæ, non pugnare cum temperantia (Quid enim si quis quæstus sui causa id fecerit?) nec explere libidinem cum justitia, non magis, quam si quis libidinis explendæ causa cum scorto congressus sit. Denique ex hoc etiam exemplo patere, posse & πλεονεξίαν eodem modo cum alia virtute committi: nam adulterum & πλεονέκτην esse sive injurium, & intemperantem. Innumera vero afferri posse, quæ cum sint ἄνομα, & in speciem πλεονεξίας non cadant, cum nulla tamen alia virtute pugnent, quam cum justitia. Nam si quis è decem, quos habebat, sex servos testamento manumiserit; aut si minor viginti annis servum manumiserit, non dicta apud Consilium causa, utrumque injustè facere: illum contra legem Fusiam Caniniam, hunc contra legem Æliam Sentiam: neutrum tamen injurium esse, neutrum ignave aut intemperanter facere. Si vir uxori quippiam donaverit, si fundum dotalem cum consensu uxoris alienaverit, aut obligaverit, si fœmina intercesserit, si filiofam. pecunia mutuo data sit, si frater sororem adoptivam uxorem duxerit, hasce actiones omnes, & similes injustas esse, & legibus aut Senatusconsultis improbari: nec tamen qui ista faciunt, injurios dici posse, aut intemperantes, vel ignavos. Cæterum nihil in præsentia definio. Juris vocabulum 5
πολύσημον est: propria significatio una, minus propriæ plures. Propriè jus dicitur naturæ aut populi, ejusve, qui vicem populi sustinet, jussum. Arguit id etymon ipsius vocabuli, quod à jubendo dictum esse vel ex eo liquet, quod veteres, auctore Festo, jura dixerunt *jussa*. In hac autem significatione passim usurpatur; veluti cum dicimus, jure quid fieri, juris rationem non pati, contra jus esse: sic dicitur jus naturale, civile, prætorium. Cæteræ significationes minus propriæ; ut primo cum jus accipitur pro eo, quod jure continetur & cuique tribuitur: idque vel generatim & indefinitè, ut in hisce formulis, aut id genus aliis, cum dicimus jus suum cuique tribuere; nemini mortalium jus suum detrahi oportere: eodemque modo haud dubiè accipi debet, cum dicimus jura sanguinis, agnationis, naturalia & adoptionis jura, nempe pro beneficiis saguini, agnationi, naturæ, adoptioni jure tributis: vel specialiter pro facultate & potestate jure tributa, quod fit quoties verbis faciendi jus adjungitur, ut in definitionibus itineris, actus, viæ, ususfructus, actionis: in quibus omnibus metonymia est continentis pro contento. Secundò cum jus accipitur pro juris arte per eandem figuram converso modo, ut in *l. 1. in pr. hoc tit.* Tertio

tio cum accipitur pro loco, in quo jus redditur, ut cum dicimus *in jus vocare*, *in jura confessos pro judicatis haberi*: in quo idem ferè tropus est, μετωνυμία adjuncti pro subjecto. *l.pen. eod.* Quod si nunc quæratur, qua in significatione jus hoc loco accipi debeat, propriane, an figurata? constanter respondebimus in propria. Arguit hoc ipsa materia, quæ & in hoc, & in sequent. titulo tractatur. Arguunt definitiones & divisiones, quæ utroque titulo & in τ͂ eod. traduntur: ut mirum sit inveniri, qui serio contendunt, jus hic pro juris arte accipiendum.

6 Summa eorum, quæ hoc titulo tractantur, hæc est. Primum traditur definitio justitiæ & jurisprudentiæ, quaque ratione ac via tironibus hæc disciplina proponenda sit indicatur. Hinc jam ea pars, quæ est de jure constituente, inchoatur, traduntur que juris præcepta, juris civilis divisio, & subdivisio privati. Singula nunc videamus.

TEXTUS.

Definitio Justitiæ.

Justitia est constans & perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi.

NOTÆ.

Auctor hujus definitionis est Ulpian. *l.10. D. hoc tit.*

Voluntas] Metonym. pro habitu voluntatis sive ἕξει, ἀφ' ἧς βουλόμεθα τὰ δίκαια. ut Paraphrast.ad 5. *Nicom.* c.1.

Ius suum cuique] Objectum Justitiæ est jus cujusque suum; finis ut id quisque obtineat, i.e. ut cuique quod ei debetur, tribuatur. Delictis etiam debetur pœna. Athanas. in syn.8. ser. ἀποδιδόναι ἑκάστῳ τὸ ἴδιον. Plato 1. *de Rep.* hunc finem exprimit his verbis; τὰ ὀφειλόμενα ἑκάστῳ ἀποδόναι.

Tribuendi] Alias *tribuens*, Theophil. νέμουσα. Cic. 5. *de fin.* *Affectio animi suum cuique tribuens, quæ justitia dicitur*, & ita etiam alibi, *lib.1. de off. & 2. ad Heren.*

COMMENTARIUS.

Voluntas] Scimus voluntatem esse potentiam naturalem, justitiam autem virtutem esse & habitum animi προαιρετικόν ac proinde qualitatem adventitiam. Falsum igitur, dicat aliquis, genus. Si respondemus genus esse metonymicum, effectumque pro causa positum, voluntatem scilicet pro habitu, qui eam efficit, jam contra omnem philosophiam, omnemque rationem videbimur qualitatem adquisititiam causam statuere qualitatis & potentiæ naturalis. Verum observandum est non simpliciter pro genere voluntatem poni, sed ἐπιθέτως voluntatem constantem, & perpetuam. Ut velimus à natura est; ut constanter, ab habitu. Potentia naturalis, quatenus promovet habitum, ejus ex parte causa est: quatenus autem ipsa politur ac perficitur ab habitu, effectum.

Constans & perpetua] σταθερὰ καὶ διηνεκής quæ verba justitiæ habitum ibi demum esse indicant, ubi perpetuo, & constanter quis agit, atque ut Aristoteles loquitur, βεβαίως καὶ ἀμετακινήτως ἔχων. 2. *Eth.*4. Ne quis autem putet vitiosum esse, quod justitia definiatur per ejusmodi habitum, cujus homo non sit capax: res definiri solet non ad conditionem subjecti, sed qualis est essentia sua; sicut ab Aristotele felicitas, à Platone respublica, à Xenophonte Princeps, à Cicerone & Quintiliano orator describitur. Eodem modo & justitia hic definitur, non ut inest huic vel illi subjecto, sed prout inesse debet justitiam profitenti: in abstracto, inquam, non in concreto.

Ius suum cuique tribuendi] ἑκάστῳ τὸ ἴδιον ἀπονέμουσα δικαίου. Quod Dialectici docent, habitus definiri assumpto ad genus objecto & fine, id etiam in hac definitione observatum. Objectum justitiæ est jus cujusque suum: finis, ut id quisque obtineat, hoc est, ut cuique, quod ei debetur, tribuatur. Delictis etiam debetur pœna. Atque hunc finem simpliciter Plato expressit his verbis: τὰ ὀφειλόμενα ἑκάστῳ ἀποδιδόναι. 1. *de repub.* Auctor propositæ definitionis est Ulpian. *l. justitia. 10. hoc eod. tit.* plenior & planior hæc est: Justitia est habitus animi, per quem ita affecti sumus, ut suum cuique quantum in nobis est, tribuere velimus.

TEXTUS.

Definitio Jurisprudentiæ.

1. Jurisprudentia est divinarum, atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia.

NOTÆ.

1. *Iurisprudentia*] Quæ & scientia & ars juris, & intelligentia & civilis sapientia. His enim nominibus promiscuè uti solent, qui populariter loqvuntur.

Divinarum atque humanarum rerum] Subjectum: modus autem considerandi, quatenus de jure earum quæritur; quem modum indicant verba sequentia, *justi atque injusti*. M. VV.

Sententia] Jurisprudentia est habitus intellectus: Justitia, ut virtus moralis, est habitus voluntatis. Hæc etiam definitio Ulpani est. *d.l.10. §.2. D.hoc tit.*

COM-

COMMENTARIUS.

JVrisprudentiam] Disciplina nostra nunc scientia, nunc ars juris, nunc intelligentia, nunc civilis sapientia, hic Prudentia appellatur: hisce enim nominibus promiscuè utuntur non Jurisconsulti tantum, sed etiam cæteri Auctores, qui populariter loqvuntur. At enim cum hæc disciplina sit habitus practicus (est enim sine controversia pars philosophiæ practicæ) si strictè loqui volumus, & ad certas habitus intellectualis species singula illa nomina cum Aristot. *9. Eth. 3.* accommodare, solum nomen prudentiæ huic disciplinæ tum conveniet.

Divinarum atque humanarum rerum notitia] Hæc item descriptio Ulpianum auctorem habet, *l. justitia. 10. §. 2. hoc tit.* Genus in hac descriptione est notitia aut scieutia: idem enim hæc duo significant. Differentia petitur à subjecto ejusq; considerandi modo: unde & finis sponte sua intelligitur. Subjectum jurisprudentiæ sunt res divinæ & humanæ: modus considerandi, quatenus de jure earum quæritur; scilicet ut norimus, an in iis, aut ad eas, & quatenus jus aliquod habeamus. Nam in hunc finem res dividuntur in eas, quæ divini, quæque humani juris sunt; quæ in commerciis atque extra commercia: queritur in rebus humanis, quæ publicæ, quæ privatæ; & in his earum acquisitio, conservatio, alienatio, & id genus alia, quorum omnium tractatio, ad Jurisconsultum pertinet. Hunc vero considerandi modum sequentia definitionis verba indicant, *justi atque injusti scientia:* nempe hactenus res divinas & humanas esse objectum hujus scientiæ, quatenus ea, cùm de jure harum rerum quæritur, quid justum aut injustium sit, doceat. Quod si cui hæc explicatio subtilior videtur, ecce aliam magis popularem. Certum est disciplinam civilem non tantum in privati, sed etiam in publici juris cognitione versari: publici autem juris cum pars sit divinum, *l. 1. §. 2. hoc tit.* merito ea rerum divinarum atq; humanarum, hoc est, divini & humani juris notitia dicitur; justi atque injusti, id est, ejus, quod fas & jura sinunt, aut non sinunt, scientia. Sanè veteres juris Interpretes etiam sacris cæremoniisque Deorum præfuisse testis est historia. A Celso hæc disciplina ab officio eam profitentis elegantissimè & brevissimè describitur, *ars æqui & boni. d. l. 1. in pr.* siquidem officium Jurisconsulti & prudentia illius tota in eo consistit, ut quid in re quaque æquum, quid iniquum sit, videre, tum discernere, & de eo respondere possit consilium sibi expetentibus.

TEXTUS.

De juris Methodo.

2. His igitur generaliter cognitis, & incipientibus nobis exponere jura populi Romani, ita videntur posse tradi commodissimè, si primo levi ac simplici via, post deinde diligentissima atque exactissima interpretatione singula tradantur; alioqui si statim ab initio rudem adhuc & infirmum animum studiosi multitudine ac varietate rerum oneraverimus, duorum alterum, aut desertorem studiorum efficiemus, aut cum magno labore, sæpè etiam cum diffidentia (quæ plerumque juvenes avertit) serius ad id perducemus, ad quod, leviore via ductus, sine magno labore & sine ulla diffidentia, maturius perduci potuisset.

NOTÆ.

2. *Generaliter*] Cursim, obiter, summatim, ἐν παρέργῳ.

Levi ac simplici via] Τυπωδῶς, crassa ac pingui Minerva. Præclarè Aristot. Δεῖ γὰρ, inquit, ὑποτυπῶσαι πρῶτον, εἶθ' ὕστερον ἀναγράφειν. *Prius lineamenta prima ducenda sunt & opus informandum, post utendum veris coloribus.* Nec minus scitè Quintil. 1. *Inst. orat. 2. Vt vascula,* inquit, *oris angusti superfusam humoris copiam respuunt, sensim autem influentibus complentur, sic animi puerorum.*

Diligentissima atque exactissima.] Hoc ad summam scientiæ est necessarium, ut prius illud incipientibus magis convenit.

Duorum alterum] Δυοῖν θάτερον. Quintilian. *Proœm. lib. 8. Incipientibus brevius & simplicius tradi convenit: aut enim difficultate institutionis tam numerosa atque perplexa deterreri solent; aut eo tempore, quo præcipuè alenda ingenia, ac indulgentia quadam enutrienda sunt, asperiorum tractatu rerum atteruntur.*

Cum diffidentia] Cic. *in orat. Vereor, ne tardem studia multorum, qui desperatione debilitati experiri id nolunt, quod assequi se posse diffidant.*

COMMENTARIUS.

QUod pictores facere solent, qui prius lineamenta prima ducunt & opus informant, post veris coloribus utuntur, id etiam in quavis arte docenda faciendum est. Primo enim τυπωδῶς crasse & simpliciter, postea ἀκριβέστερον, diligentius & subtilius unumquodque tradendum. Illud incipientibus magis convenit; hoc ad summam scientiæ est necssarium.

Duorum alterum] Duplicem hujus rei rationem affert. Prima est, ne difficultate initio proposita deterreantur animi adolescentum, voluntatemque discendi una cum spe perdiscendi abjiciant. Altera, ut matu-

maturius ad cognitionem hujus scientiæ ab hoc aditu patefacto perveniant, ad quam aut serius, aut nunquam pervenirent (certe non sine magno labore aut diffidentia) si eo tempore, quo præcipuè alenda ingenia, ac indulgentia quadam enutrienda sunt, asperiorum tractatu rerum atterantur, ut disputat Fabius in *proœm. lib.* 8. *inst. orat.* Commentariorum quod ad incipientes attinet, eadem ratio. Cæterum qui jam aliquandiu hoc simplici cibo pasti sunt, iis nihil prohibet eundem paulo doctius conditum iterum apponere, novoque & piperato jure deficientem excitare appetentiam. Mihi animus est uno promiscuo apparatu & frugaliter incipientes, & opipare provectos, nitide omnes excipere.

TEXTUS.

Juris præcepta.

3. Juris præcepta sunt: Honestè vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere.

NOTÆ.

3. *Juris præcepta*] Non regulæ artis juris, ut Hopper. & Cont. sed dictata juris naturæ αἱ κοιναὶ καὶ φυσικαὶ ἔννοιαι, insitæ & quasi consignatæ in animis nostris notiones, ex *l.* 10. §. 1. *D. eod.*

Honeste vivere] Hoc præcepto vetantur omnia, quæ pugnant cum bonis moribus & publica honestate, etiamsi non expresse prohibita. *Est aliquid*, inquit Cic. pro Balbo, *quod non oporteat, etiamsi licet.* fac. *l.* 144. *de reg. jur.*

Alterum non lædere, suum cuique tribuere] Horum alterum ad personam alterius referri videtur, alterum ad res externas. *Cic.* 1. *de offic. Iustitiæ primum munus est, ut ne cui quis noceat: deinde ut communibus utatur pro communibus, privatis, ut suis.* Sen. 3. *de benef. c.* 14. *Æquissima vox est, & jus gentium præ se ferens, Redde, quod debes.*

COMMENTARIUS.

Non assentior Hoppero *lib.* 1. *de art. jur.* nec Contio ad *hunc* §. qui præcepta hoc loco & apud Ulp. *l.* 10. §. 1. *eod.* pro regulis hujus artis posita putant: siquidem præcepta artium principia sunt cognoscendi, ut definitiones & divisiones: atque ita non tres regulæ, sed una tantum proponeretur præceptorum juris distributio. Rectius præcepta hic accipiemus generalia quædam dictata ac præscripta juris illius communis, quod semper æqvum & bonum est, sive notiones quasdam à natura insitas & quasi consignatas in animis nostris κοινὰς καὶ φυσικὰς ἐννοίας. Et primo quidem, quo vitæ honestas præcipitur, intelligi oportet vetari facta omnia, quæ lædunt pietatem verecundiam, existimationem nostram, & generaliter quæcunque pugnant cum legibus, bonis moribus, & in publica honestate: in tantum, ut etiam ab iis nonnunquam abstinendum sit propter honestatem, quæ legibus civilibus permissa aut non expresse prohibita sunt, juxta tritum illud, *non omne, quod licet, honestum est.* De quo multa præclare Pet. Faber *ad l. non omne* 144. *de reg. jur.* Nimirum est aliquid, quod non oporteat, etiamsi licet, ut bene Cicero *pro Balbo:* neque vere simplex hæc admonitio est, ut quibusdam videtur, sed verum atque efficax juris naturalis præceptum: licet hic aliquando claudicet & conniveat lex civilis; errantque adeo, qui cum hoc præcepto committunt lupanaria, quæ passim tolerari constat. ἔλεγχος est legis civilis, cujus latorem officii sui admoneant, ne vel boni causa mala fieri permittat. Hoc enim prætextu hujusmodi convenientia excusari solet, *quod propter redundantem in humana natura perversitatem, quædam etiam non decora ac salutaria, adeoque decreto Spiritus damnata toleranda sint, ne majoris mali præbeatur occasio.* Verba ferè sunt & ratio Imp. Leonis, qui usum usurarum, quas pater sustulerat hoc obtentu non dubitat restituere. *Nov. Leon.* 83. Duo reliqua præcepta duo distincta munera evidenter continent. Sic enim crasse ea accipio, ut secundum (*alterum non lædere*) ad personam alterius referatur; ne alicujus vitam, incolumitatem, libertatem, existimationem lædamus aut violemus: tertium (*suum cuique tribuere*) ad res externas; ut ab alieno manus abstineamus, hoc est, res alterius non attrectemus aut minuamus, ut patiamur unumquemque rebus suis uti, ut reddamus quod alienum apud nos est. Cui explicationi consentaneum est, quod scribit M. Tullius *lib.* 1. *offic. Iustitiæ primum munus esse, ut ne cui quis noceat: deinde ut communibus utatur pro communibus; privatis, ut suis.* Plus justo religiosi sunt, qui nec plura esse juris præcepta contendunt, nec pauciora. Nam & uno ex his tribus generaliter universum justitiæ munus comprehendi potest, ut in definitione justitiæ tertio præcepto duo priora comprehensa sunt: possunt & quædam justitiæ munera aliis præceptis aut verbis specialius aut evidentius exprimi; *ut Deum colere, parentes revereri, pacta servare, &c.* Nemo melius hæc explicavit, quam Claud. Cantiuncula in doctissima sua paraphrasi.

TEXTUS.

De jure publico & privato.

4. Hujus studii duæ sunt positiones, publicum, & privatum. Publicum jus est, quod ad statum rei Romanæ spectat. Privatum est, quod ad singulorum utilitatem pertinet. Dicendum est igitur de jure privato, quod tripertitum

est: collectum enim est ex naturalibus praeceptis, aut gentium, aut civilibus.

NOTÆ.

4. *Duæ positiones*] Id est, duo themata, partes, species, δύο εἴδη. Ex Ulp. *l.* 1. §. 2. *eod.* alii tres fecere species, sacrum, publicum, privatum. Auson. in Idyll. 15. sed Ulp. *d. loc.* sub publico etiam sacrum comprehendit. Bud.

Quod ad statum rei Romanæ] Quod utilitate publicum est, non quod sola auctoritate: est enim hæc divisio à fine sumpta, non à causa efficiente.

Ad singulorum utilitatem] Quod privatim ad cujusque civis rem pertinet familiarem. Quanquam & hoc per consequentiam publicè & illud privatim utile.

Collectum ex naturalibus præceptis, &c.] Jus quo privati in civitate utuntur, tribus quasi ex fontibus in Remp. defluxit, natura, gentium institutis, & inventis cujusque civitatis.

COMMENTARIUS.

1. *Quot modis dicatur jus publicum.*
2. *Antonius Orator notatus.*
3. *Aristotelica juris civilis distributio explicata.*
4. *Justinianus immeritò reprehensus à Rod. Agricola.*
5. *Ulpianus cum Gajo, &c. conciliatus.*
6. *Appellatione juris positivi quale jus significetur.*
7. *Optima juris privati divisio.*

HUjus *studii duæ positiones*] Studium figurate pro jure, cui studetur: nam studium nullum publicum est, sed cujuslibet proprium & privatum. Positiones, id est, θέματα, partes, species, δύο εἴδη. Est autem hæc divisio sumpta ab objecto, ac fine principali; & fortasse rectius tres species ponerentur, ut à Cicerone 1. *de legib.* & Ausonio in *Idyll. Divinum; publicum, & privatum:* aut si διχοτομία magis arridet, dividi commodè potest in *divinum & humanum;* humanum deinde subdividi in *publicum & privatum.* Enimverò Ulpianum hujus divisionis auctorem, sub publico etiam divinũ comprehendisse certum est: ait enim *jus publicum in sacris, sacerdotibus & magistratibus consistere. l.* 1. §. 2. *hoc tit.* Cæterum juris illius sacri, ut ethnici & impii, tractationem in π omiserunt compositores Christiani. Quę autem de hoc jure extant in Codice Christianorum Impp. constitutiones, eatenus recipiendæ sunt, quatenus verbo Dei non repugnant.

Publicum jus est] Juris publici nomen non uno
1 modo accipitur. Id ne quem turbet, sciendum est, jus publicum sæpè dici non à materia & fine ut hoc loco: sed à forma aut causa efficiente, non quod utilitate publicum est, sed auctoritate. Ita accipitur in *l.* 8. *de tutel. l. ex sententia* 29. *de test. tut.* multisque aliis in locis. item apud Terent. *in Phorm. Anne id quidem adipiscar ego, quod jus publicum est, in l. quod* 15. §. 1. *ad L. Falc.* dicitur retentio Falcidiæ jure publico competere. *in l. damni* 18. §. 1. *de damn. inf.* usucapio jure publico contingere, hoc est, eo jure, quod publicè sive publica authoritate constitutum est. Eodem sensu & testamenti factio juris publici esse dicitur. *l.* 3. *qui testam. fac.* nimirum quia à lege est, seu publica legis auctoritate concessa. *l.* 1. *pr. vers. secundo ad leg. Falc. l. verbis legis* 120. *de verb. sign.* Atque hæc omnia ad differentiam ejus juris, quod cuique privatim acquiritur ex conventionibus: quippe quæ parem cum legibus auctoritatem non habent; quod Papinianus sic expressit *l. ult. de suis & legit. Privatorum cautiones legum auctoritate non censentur.* Et quod passim legimus jus publicum privatorum pactis mutari aut infringi non posse *l. jus publicum* 38. *de pact. l. Neratius* 20. *de relig. l.* 15. §. 2. *ad leg. Falc. l. neq; pignus* 27. §. 1. *de reg. jur.* nihil aliud significat quam ex eo jure aut forma ejus juris; quod quacunque de re publicè constitutum est, privatorum pactionibus nihil posse immutari. *d. l. neq;* 27. *de reg. jur.* Interdum & jus publicum accipitur pro jure, quod civium omnium ejusdem civitatis commune est. Nam quod Papinian. *in l. inter.* 51. §. *pen. de fidejuss.* & Zeno *in l. ult. C. de rest. in integ.* commune appellant, id eodem sensu publicum appellat Ulpian. *l. nihil consensui* 116. §. 1. *de reg. jur.* itemque Impp. *l.* 2. *C. ne ux. pro mar.* ad distinctionem, ut videtur, juris singularis sive privilegii, quod certarum duntaxat personarum proprium est: hoc autem loco ab objecto & fine id solum jus publicum dicitur, quod ad utilitatem publicam, hoc est totius populi universim & conjunctim pertinet; non item ad singulos, nisi secundario & per consequentiam. Nam quod publice utile est, id non potest non utile esse privatim; quemadmodum ex privatorum utilitate publicam quoque per consequentias æstimamus, veluti cum dicimus, *publicè expedire suprema hominum judicia exitum habere: interesse reipub. ne quis re sua malè utatur*, aliaque id genus.

Rei Romanæ] id est, reipub. *Romanæ.* Virgilius 6. *Æneid. Hic rem Romanam magno turbante tumultu Sistet eques.* de Marcello loquitur. Ennius; *Moribus antiquis res stat Romana virisque.* Si vocem *Romanæ* detrahas, definitio erit generalis: sed hic adjecta ad differentiam aliarum civitatum, quæ cum Romana collatæ privatorum loco erant, *l.* 15. *& seq. de verb. sign.* vel potius, quia Justiniano tantum propositum est jus Romanæ civitatis tractare, uti & Ulpiano unde hæc sumpta sunt. Juris publici sunt, quæ pertinent ad religionis cultusque divini curam, ad pacis bellique

ordinationem, ad fines & magnitudinem imperii, ad jus legum ferendarum, privilegiorum irrogandorum, tributorum imperãdorum, monetarum cudendarum, ad exercenda judicia, delicta coërcenda, magistratusque creandos, per quos hæc expediantur.

Quod ad singulorum] Jus privatum in hac divisione est, quod singulorum civium causa recta & principaliter comparatum est. Itaque & testamenti factio, & retentio Falcidiæ, & usucapio, &c. hoc sensu sunt juris privati.

Dicendum est de jure privato] Juris publici tractatio difficilior atque sublimior Justiniano visa est, quam ut tironibus proponi debeat; ideoque nec nos
2 plura de eo dicemus. Cæterum ut illud obiter moneam, quod locus postulare videtur, apparet ex hac juris divisione, itemque ex definitione jurisprudentiæ, Antonium apud Ciceronem *lib.* 1. *de orat.* non jurisconsultum, sed leguleium describere, *qui legum & consuetudinis ejus, quâ privati in civitate utuntur, & ad respondendum & ad agendum & ad cavendum peritus sit.* Præstantissimam scilicet hujus artis partem, juris publici scientiam, consulto præteriit homo jurisconsultorum gloriæ subinvidens, & inique de hac scientia judicans.

Tripertitum est] Divisio è causis efficientibus, id est, auctoribus juris, naturâ, naturali ratione, & civitate. Quamquam hic non tam dividitur jus civile, quam principia ejus & origo indicatur atque secernitur, ut verba, *collectum est.* ostendunt, & notat D. VVesemb. Cæterum non est adeo absurdum, ut multi existimant, jus civile tanquam genus constituere, cujus species sint, naturale, gentium, & civile inspecie: dummodo jus civile, quatenus in ea distributione, ut genus consideratur, accipiatur pro eo jure, quo quæque civitas in universum utitur: civile autem in specie, pro eo, quod legislator, à se constituit & po-
3 sitivum passim appellatur. Eodem namque sensu philosophus 5. *Eth.* 7. dividit jus πολιτικὸν in φυσικὸν ϰ νομικόν. Jus enim naturæ sive gentium communis omnium populorum fons est, unde hauriunt singuli, quod ad suæ civitatis mores accomodent: quamvis id non uno omnes modo faciant; atque huc pertinet quod Gajus scribit in *l. omnes populi* 9. hoc tit. *Omnes populos partim communi omnium jure uti, partim proprio:*
4 Arist. *d. loc.* appellat νομικὸν & speciem facit τοῦ πολιτικοῦ. Notat Justinianum Rod. Agricola *lib.* 2. *de invent. dial.* quod duntaxat jus privatum ex triplici illo jure collectum dicat, quasi hoc ipso negaret, jus publicum ex iisdem præceptis collectum esse. Sed hoc minimè sequitur, Nam satis Justiniano visum est causam & originem indicare ejus juris, de quo dicturus erat, nimirum privati; insuper habito, an ex iisdem præceptis etiam originem traheret jus publicum. Sed nec rectè dixeris naturam, sive jus naturale, ut id in specie accipiunt Justinian. & Ulpian. pro jure cum brutis communi, causam esse juris publici; quod & Baro rectè observavit. Nec tamen assentiendum Mynsingero, qui cum Alciato 1. *parerg.* 31. contendit jus publicum tantum esse ex præceptis civilibus. Nam præterquam quod manifestum est, religionem erga Deum *l.* 2. *hoc tit.* & imperia magistratuum, per ea, quæ Aristot. 1. *polit.* 2. esse ex jure gentium, constat ipsos Romanos sacra, ceremoniasque suas, atque omnia ferè, quæ ad magistratus, aliaque jura publica pertinent, à plerisque Italiæ populis ac præsertim Hetruriæ accepisse. De communi notitia de Deo locus est omni exceptione major apud Paulum ad *Rom. c.* 1. sunt & apud Cic. 1. *Tusc. &* 2. *de nat. Deor.*

Ex naturalibus præceptis aut gentium, aut civilibus] 5
De numero generum juris dissensisse veteres videri possunt: nam Ulpianus in *l.* 1. §. 2. *hoc tit.* quem hic sequitur Justinianus, tria genera ponit, naturale, gentium & civile. Cajus in *l. omnes populi. eod.* duo tantum, commune & proprium; neque Philosophi plura genera agnoscunt, quam naturale & positivum. Sed tantum in tractandi modo, non in re dissensio est: revera enim duo tantum sunt summa juris genera, naturale & civile seu positivum: sed in hac bimembri divisione primum genus duas priores species tripertitæ illius complectitur, in quas etiam deinde subdividi potest. Ulpianus enim brevitatis causa species unius generis cum altero genere unica divisione complexus; quod ei familiare esse apparet ex *l.* 4. *hoc tit. l.* 5. *de pact.* Nomina quoque generis docendi causa, cum propria deficerent, speciebus indidit, jus naturale vocans, quod similitudine quadam homini cum cæteris animantibus commune est; gentium, quod humani generis proprium. Observandum autem est, non omnes, qui jus dividunt in naturale & positivum, hasce species eodem sensu opponere. Nam sunt, qui appellatione juris naturalis intelligunt quidem tum jus, quod hominibus cum brutis commune est, tum etiam jus gentium, quod primævum vulgo appellant; sed jus gentium secundarium, speciem faciunt juris positivi, sicut & civilis; idque rationi magis consentaneum putant Wesemb. *par. hoc tit. num.* 15. *Greg. Lopez. animad. c.* 3. D. Grot. 1. *manuduct. ad jurispr. Bat. c.* 2. item *lib.* 1. *de jur. bell. & pac. cap.* 1. *n.* 9. *& seqq.* Alii verò appellatione juris naturalis positivo oppositi complectuntur jus omne, quod non est à potestate civili, nec tantum jus gentium primævum, sed etiam secundarium: quod & veteres interdum faciunt, ut videre est in *l.* 1. *de acq. rer. dom.* §. *singulorum infrà de rer. div.* sed sæpius tamen & hi jus naturale ex adverso juri gentium secundario opponunt, ut in §. 2. *tit. proximè sequentis inf. de libertin. in pr. l.* 4. *hoc tit.* In divisione

sione proposita etiam primario opponitur: quæ tamen oppositio vix ullum usum habet, ut demonstrabitur tit. seq. Optima divisio erit, si dicamus jus quoddam esse commune omnium gentium; aliud esse proprium cujusque civitatis. Quod commune est omnium gentium, partim nobis commune esse cum bestiis, partim proprium generis humani. Proprium generis humani partim homini innatum, partim communi hominum consensu introductum.

TITULUS SECUNDUS.

De Jure Naturali, Gentium, & Civili.

Summa eorum, quæ hic explicantur.

Oc titulo species juris privati, in quas supra *§. ult. præc. tit.* divisum est, Imperator singulatim persequitur & explicat. Quo peracto juris civilis Romanorum, quod solum suscepit, tractationem aggreditur: ac primum illud dividit ex adjuncto in scriptum & non scriptum: scriptum deinde subdividit in suas species, quas ordine item explicat. Postea jus civile à naturali distinguit ratione diversi effectus. Ad extremum viam sternit ad rectam perceptionem juris constituti, proposita discretione materiæ, circa quam jus omne, quo utimur, versatur.

TEXTUS.

De Jure naturali.

Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit. Nam jus istud non humani generis proprium est: sed omnium animalium, quæ in cœlo, quæ in terra, quæ in mari nascuntur. Hinc descendit maris atque fœminæ conjunctio, quam nos matrimonium appellamus. Hinc liberorum procreatio, hinc educatio. Videmus enim cætera quoque animalia istius juris peritia censeri.

NOTÆ.

O*Mnia animalia docuit.*] *l. 1. §. 3. D. de just. & jur.* Dicuntur vero hæc καταχρηστικῶς, eo quod quæ hujus juris sunt, etiam bruta faciant, solo quidem impetu naturæ, cæterum cum similitudine sensus ac desiderii humani. Cic. *in Læl.* unde tales brutorum actus Aristot. 9. *de hist. anim. c. 7.* appellat μιμήματα τῆς ἀνθρωπίνης ζωῆς. Propriè autem juris capax non est nisi natura utens præceptis generalibus. Grot. 1. *de jur. bell.* 1. Νόμῳ καὶ δικαίῳ πρὸς ἀνθρώπους μόνον χρῆσθαι πεφύκαμεν. Plutarch. *Cat. maj.* In bestiis tantum apparet juris aliqua imago. *Salmas. de usur. c. 9.*

Maris atq; fœminæ conjunctio] Lactant. *l. 6. c. 23. Cum excogitasset Deus duorum sexuum rationem, attribuit ipsis, ut se invicem appeterent; & conjunctione gauderent, eaque ratione propagari & multiplicari genera possent.*

Educatio] Cic. 1. *de off. Quemadmodum communis est animantium conjunctionis appetitus, ita cura quoque eorum, quæ procreata sunt.* Nam, ut idem *lib. 3. de fin. hæc inter se congruere non possent, ut procreari quidem natura vellet, diligi autem procreata non curaret.* Huc vel maximè pertinet studium tuendi sui adversus vim illatam. Cic. 1. *de off.*

Peritia censeri] Id est, haberi pro peritis hujus juris, eorum numero adscribi. Theoph. ἐν τοῖς τιμῶσι τοῦτον τὸν νόμον ἀναγεγραμμένα, id est, *his qui hanc legem observant, adscripta*, quidam malunt, *perita.*

COMMENTARIUS.

1. *Animantia bruta propriè juris capacia non esse & n. 4.*
2. *Parentes alere quo jure liberi teneantur.*
3. *Defensionem adversus vim illatam esse juris naturæ, & quatenus ea permissa remissivè.*

ANimalia bruta tam certum est esse juris exper- 1
tia, quàm certum est esse ἄλογα sive expertia rationis. Nam inter quos jus est, inter eos & ratio, & æqvum, & bonum, & justitia, & lex, & societas sit necesse est. *Arist. 5. Eth. 10. In equis, in leonibus justitiam non dicimus*, inquit, Cicero *lib. 1. de offic.* Plutarchus in Catone Majore ait, νόμῳ καὶ δικαίῳ πρὸς ἀνθρώπους μόνον χρῆσθαι πεφύκαμεν. & alias etiam beatitudo caderet in bruta. Bene igitur D. Grot. 1. *de jure bell. & pac. c. 1. num. 11. Propriè juris capax non est nisi natura præceptis utens generalibus.* Neque quisquam philosophorum, quod sciam, aut jurisconsultorum jus aliquod in bruta cadere tradidit, præter unum Ulpianum, ex cujus Institutionibus hæc descripsit Tribonianus, ut apparet ex *l. 1. §. 3. de just. & jur.* Quomodo ergo Ulpianum cum cæteris conciliamus? Simplicissima eorum sen-

sententia est; qui per quandam auxesin & figurate hæc à Jurisconsulto dici scribunt, propterea quod quæ hujus juris esse dicuntur, ea etiam bruta faciant, idque cum similitudine quadam sensus ac desiderii humani. Unde Aristoteles *lib. 9. de hist. animal. cap. 7.* tales brutorum actus appellat μιμήματα τῆς ἀνθρωπίνης ζωῆς, vitæ humanæ imitamenta. Cicero 2. *de finib. virtutum simulacra.* Nam ut in brutis apparent simulacra quædam rationis, ita etiam juris, ut idem Cicero testatur, & pluribus ostendit Plutarchus in libello, πότερα τῶν ζώων φρονιμώτερα. Platonis quoque doctrina est, naturam rem unamquamque perfectissimam facere voluisse; ac proinde in plantis sensus, in brutis rationis, in hominibus divinæ mentis vestigia expressisse. Neque aliud sensisse videri debet Plutarchus in libello cui titulus est, τὰ ἄλογα λόγῳ χρῆσθαι. Quod alioqui non careret contradictione. Eadem effectu est aliorum responsio, qui ajunt jus naturale formaliter, id est, quoad rationem, non nisi in hominem cadere: materialiter autem, hoc est, quoad appetitum & instinctum naturæ, etiam in bruta: nempe ut hoc explicant *Covarr. in c. peccatum de reg. jur. in 6. part. 2. rel. §. 1. n. 4. & Ant. Fab. jurispr. Papin. tit. 2. pr. 1.* jus naturale dici, quod circa ea versatur, quæ bruta solo instinctu & impetu naturæ faciunt; homines vero etiam cum ratione. Nam cum homo hæc facit, rationem in consilium adhibet, quam veluti ducem lucemque sequitur, cum bestiæ in iisdem agendis sola vi naturæ, & cæco impetu, sine judicio ac ratione ducantur: ad quem etiam modum disputat doctissimus Salmas. *lib. de usur. c. 9.* eoque pertinet, quod scribit Seneca *lib. 2. de Ira,* animalibus pro ratione impetum, hominibus pro impetu rationem esse.

Maris & Fœminæ conjunctio] Huc pertinet, quod in Lælio scribit Tullius: *Hoc apparet,* inquit, *in bestiis, volucribus, agrestibus, natantibus, cicuribus, feris, primum ut se ipsæ diligant, (id enim pariter cum omni animante nascitur) deinde ut requirant atque appetant, ad quas se applicent, ejusdem generis animantes: idque faciant cum desiderio & cum quadam similitudine amoris humani.*

Procreatio educatio] *Quemadmodum communis est animantium conjunctionis appetitus ita cura quoque eorum, quæ procreata sunt,* ait idem Tullius 1. *de offic.* Justinianus in *l. un. §. taceat 5. C. de rei ux. act. Ipse,* inquit, *naturalis stimulus,* id est, στοργή, *parentes ad liberorum suorum educationem hortatur.* Et alibi; *filium vel filiam alere patri necesse est propter ipsam naturam l. ult. §. ipsum C. de bon. quæ lib.* Et vero *hæc inter se congruere non possunt, ut procreari quidem natura vellet, diligi autem procreata non curaret,* ut scribit Cic. 3. *de finib.*
2 Referunt huc quidam & alituram parentum: sed male. Debentur quidem & parentibus alimenta, quod etiam proditum est vulgari proverbio ἀντιπελαργεῖν sed parentum alimonia non ex eo jure est, de quo hic agitur, quod natura cætera quoque animalia docuit, inter quæ genitum gignenti alimenta non præbet: verum ex alia naturæ lege, quæ humani generis propria est, & in proposita partitione jus gentium dicitur; nimirum ut causa gignens erga genitum afficiatur, ex communi naturæ instinctu est: ut genitum erga gignentem, à naturali ratione, quæ pietatem & gratitudinem commendat. *fac. l. 2. de just. & jur. l. nam & 15. de inoff. test. l. 7. §. 1. unde liberi.* Ita cape locum Ciceronis *in orat. de resp. arusp.* ubi ait, parentibus nos primum naturam conciliare, quos non alere nefarium sit. Et Valerii, qui *lib. 5. c. 4.* scribit, primam naturæ legem esse, diligere parentes. Quod autem de ciconia narratur, id ut singulare, negligendum est. De quæstione quatenus parentes liberos, aut hi vicissim illos alere teneantur, & porro an frater fratrem, quæ hinc aliena, consulantur *Schneid. hic n. 10. & seqq. D. Tulden. & Perez, ad tit. C. de alend. liber. Christin. vol. 3. decis. 143. add. D. Grot. 2. de jur. Bell. & Pac. c. 7. n. 4. & seqq. Pet. Fab. Sem. 1.* Nullius autem rei studium altius insitum est à natura omnibus animalibus, quam studium tuendi sui adversus vim illatam. *Hoc enim omni generi animantium à natura ante omnia tributum esse* scribit M. Tullius 1. *de Offic. ut se, vitam, corpusque tueatur, declinetque ea, quæ nocitura esse videantur.* Unde liquet fragmentum auctoris *l. 3. de just. & jur.* temere à Triboniano subjectum esse *l. 2. eod.* confusaque exempla juris naturalis & gentium, contra quam propositum erat: quanquam quidam in defensione duo extrema spectanda ajunt, tuitionem & propulsationem injuriæ, quarum illam ad jus naturæ, hanc ad jus gentium referunt. Credo ego Florentinum jus omne finibus humani generis circumscripsisse. Quatenus & quibus conditionibus vim personis vel rebus nostris illatam propulsare permissum sit, ex recepta DD. sententia tradit *Schneid. hic n. 12. & seqq. Gail. 2. obs. 110. num. 13. & seqq. D. Tulden. ad tit. C. ad leg. Corn. de sicar. num. 5.* Summa huc redit, ut ne vim propulsando ulcisci magis, quam tueri nos studeamus; deinde ut ne excedamus moderationem inculpatæ tutelæ. Tunc autem non excessisse intelligimur, cum aliter periculum evitare non potuimus, *l. scientiam 45. §. pen. ad leg. Aquil. 1. C. unde vi, & ibi Don. Add. D. Grot. lib. 2. de jur. bell. cap. 1.* ubi *n. 3.* recte docet jus defensionis per se ac primario nasci ex eo, quod natura quemque sibi commendat, non ex injustitia aut peccato alterius, unde periculum est: & ideo si corpus vi impetatur cum præsente periculo vitæ non aliter evitabili, licitum esse inferentem periculum interficere, etiamsi ille peccato ca-

reat, puta insania aut insomniis agitetur, ut evenisse quibusdam legimus: neque enim eo tolli jus se tuendi, cum sufficiat, quod ego non teneor id, quod ille intentat, pati, non magis quam si bestia aliena periculum intentaret. Sed hæc & similia fortassis
4 alibi latius. Illud repeto, quod superius dixi, si quando brutis animantibus justitia tribuitur, id fieri improprie ex quadam in ipsis umbra rationis atque vestigio; ac propterea plerosque disputationem juris naturalis finibus humani generis circumscribere. *vid. Pet. Fab. 2. sem. 1. Salmas. de usur. cap. 9. Ioan. Selden. l. 1. de jur. nat. & gent.. juxt. discipl. Ebræor. cap. 4. & 5.* ubi etiam Ebræos Laudat, qui & ipsi non ex jure aliquo (quod totum versari volunt circa licitum atque illicitum) sed è propensione atque inclinatione tantum ajunt animantium cæterorum actus evenire. Sanè discrimen, quod Ulpianus facit inter jus quod animantibus cæteris cum homine comune est, quod arctiori significatu appellat naturale, & illud, quod hominum proprium est, quod sæpè jus gentium nuncupatur, vix ullum usum habet: quoniam utrum actus ipse, de quo jus naturæ constituit, sit nobis communis cum aliis animantibus, ut prolis educatio, an nobis proprius, ut cultus Dei, ad juris ipsam naturam nihil refert. *§. pen. inf. eod.*

TEXTUS.

Distinctio juris gentium, & civilis, à definitione & etymologia.

1. *Jus autem civile à jure gentium distinguitur, quod omnes populi, qui legibus & moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur: Nam quod quisque populus sibi jus constituit, id ipsius proprium civitatis est; vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis. Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes gentes peræque custoditur; vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utantur. Et populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utitur. Quæ singula qualia sint, suis locis proponemus.*

NOTÆ.

1. *Quisque populus*] Ex *l. 9. de just. & jur.* populus scil. alieno imperio non subjectus, alias juris condendi potestatem non habet, nisi quatenus ille, cui paret, concessit, *l. ἀξίωσις. D. de leg. Rhod.*

Vocaturque jus civile] Nempe in specie, quod à se civitas constituit: qualia multa in duodecim tabulis. Nam jus civile sumptum pro universo jure civitatis etiam jus naturale & gentium complectitur, quo sensu Aristot. 5. *Ethic. 7.* dividit jus πολιτικὸν in φυσικὸν & νομικόν.

Naturalis ratio] Jus gentium non ex institutis populorum æstimandum est, sed ex eo, quod justum esse ipsa naturalis dictat ratio, id est, insita animis hominum notitia honesti & turpis, justi & injusti. V. G. Incesta, adulteria, furta naturâ turpia & illicita sunt; etiamsi gentes repertæ, in quibus hæc permissa aut non punita, *Gell. 11. noct. Artic. 18. Alex. ab Alex. 1. Gen. dier 24. Plato 1. de legib. Cic. 1. de legib.*

Apud omnes populos] Aut certè moratiores: nam quid naturale sit, spectandum in his, qui bene secundum naturam se habent, non in depravatis, teste Arist. 1. *polit. 5.* Videtur autem hic tantum definiri species juris gentium excellentior, quæ vulgo jus gentium primævum.

COMMENTARIUS.

1. *Populum alterius imperio subjectum leges condere non posse: & quatenus statuta.*
2. *Divisio juris civilis in merum & mixtum explicata & illustrata exemplis.*
3. *Ius gentium quod hic definitur, & ipsum revera naturale esse.*
4. *Vulgaris distinctio juris gentium in primævum & secundarium defensa & explicata.*

Quod quisq; populus] Suis scilicet legibus & moribus vivens: nam si quæ civitas alterius imperio subjecta est; ea non plus juris habet in jure constituendo, quam ille cujus imperio subjecta est, concessit, *l. ἀξίωσις de leg. Rhod.* Hinc est, quod municipia meliore hac in re conditione erant, quam coloniæ: quia municipiis concessum erat, ut suis legibus & moribus uti possent. Coloniæ autem jura institutaque omnia populi Rom non sui arbitrii habebant, *Gell. lic. 16. c. 13.* Cæterum statutorum condendorum quemlibet magistratum in suo territorio jus habere tradunt *DD. in l. omnes populi hoc tit.* unde hic locus descriptus est: quæ tamen statuta non aliter valeant, quam si non derogent juri communi: & ut valeant, sciendum tamen est, non valere jure legis; sed salvum semper manere jus superioris, ut pro auctoritate sua ea abrogare possit, *l. 3. §. Divus 5. de sepulc. viol.* Usu quoque servari tradit *Schneid. in §. constat. inf. eod.* ut statutorum confirmatio à superiore petatur; quod & juri consentaneum cum Hieronym. de Cævallos censet D. Christin. *volum. 2. decis. 55. num. 5.* quamvis id necessarium non esse plerique tradiderint. Apud nos sanè magistratus inferiores jus statuta condendi non habent, nisi quatenus id à Principe, aut qui vicem ejus gerit,

getit, impetrarunt: alioqui necessaria est superioris approbatio. *D. Merul. lib.* 1. *tit.* 4. *cap.* 5. *D. Grot.* 1. *manud. cap.* 2. De statutis, præter alios, videri possunt *D. Nic. Burgund. ad consuet. Fland. tractat.* 1. *Christin. vol.* 2. *dec.* 2, 3, 4, 5. 54. 56. 57. *&* 59.

Vocaturque jus civile.] In specie nimirum: nam jus civile sumptum pro eo jure, quo in universum civitas utitur, etiam jus naturale & gentium, quatenus receptum est, comprehendit: eoque sensu obligationes, que ex contractibus juris gentium descendunt, dicuntur civiles; licet à legislatore civili nihil habeant, præter approbationem, *§. inf. de oblig.* Hoc igitur jus dicitur civile à causa efficiente, quæ est voluntas alicujus civitatis, aut ejus, qui jus legis ferendæ in ea habet, non communis gentium aut naturalis ratio. Ab Aristotele legitimum dicitur; vulgo positivum.
2 Potest vero hoc jus amplioris doctrinæ gratia sic distingui, ut aliud dicatur merum & simpliciter civile quo pertinent leges omnes, quæ ideo tantum justæ sunt & obligant, quia à civili potestate sancitæ; cujusmodi sunt jura adoptionum, usucapionum, donationum inter conjuges, senatusconsulta Macedonianum, Velleianum, Trebellianum, leges Ælia Sentia Junia Norbana, Fusia Caninia, Voconia, Furia, Falcidia, & in multis capitibus lex duodecim tabularum: aliud κτ̄ τι, quod mixtum rectè dixeris, cum scilicet juri communi lex civilis aliquid addit aut detrahit, aut quod illo jure indeterminatum est, determinat: quo sensu matrimonia, patria potestas, tutelæ, testamenta, successiones, actiones & id genus alia juris civilis esse dicuntur; nempe quia certa & propria quadam forma à jure civile donata sunt, atque ita determinata, ut certus eorum usus sit, atque inter cives tantum, exclusis ab eorum communione extraneis & peregrinis. Atque de hoc jure civili mixto accipiendum est, quod scribit Ulpian. *l.* 6. *de just. & jur. cum additur aliquid aut detrahitur juri communi, jus civile effici*: alioqui omnia ferè, quæ constituta sunt, juris merè civilis & positivi dicenda forent. Illud in universum verum est, juris civilis nomen non mereri, quod directo pugnat cum ratione juris naturæ, *d. l.* 6. *in pr.*

Naturalis ratio] Ait Imperator jus gentium esse, *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit* Unde sequitur, jus hoc non ex legibus aut institutis populorum æstimandum esse; sed ex eo quod justum esse dictat ipsa ratio naturalis, id est insita animis hominum notitia de honesto & turpi, justo & injusto.
3 Quam ob causam & ipsum quoque jus naturæ passim appellatur, & æqvum & bonum, & naturalis æquitas, & natura. Id quod notandum est adversus eos, qui negant quicquam natura justum esse, sed tantum lege & consuetudine: contra quos disputat *Cic.* 1. *de legib. & Aristot.* 5. *Eth.* 7. *add. Platon.* 1. *de legib. Laërt. in Pyrrh. & Aristip.* Exempli gratia; dictat naturalis ratio, delicta, puta furta, adulteria, naturâ turpia esse & punienda *l. probrum* 42 *de verb sign l.* 1. *§.* 3. *de furt.* Reperti tamen sunt, apud quos hæc flagitia permissa atque impunita fuerunt, *vid. Gell. lib.* 11. *c.* 18. *Arnob. adv. gent. l.* 8. *Alex. ab Alex. lib.* 1. *c.* 24. *Alber. Gentil.* 5. *de nupt. c.* 7. Jure gentium incestum committit, teste Paulo in *l. ult. de rit. nupt.* qui ex gradu ascendentium aut descendentium uxorem ducit: quod etiam saniores omnes philosophi agnoscunt: nihilominus, ut Ovidius lib. 10. Metam.

Gentes tamen esse feruntur
In quibus & nato genitrix & nata parenti jungitur.

Harum, inquam, gentium barbari mores & pravum judicum efficere non possunt, ut id quod natura justum aut in justum, turpe & honestum est, tale esse desinat; quomodo & Socrates disputat apud Xenophontem *lib.* 4. *memorab.*

Omnes Gentes] Aut certè moratiores, Nam naturale rectè dicitur, interprete Michaele Ephesio ad Nicomachia, *quod apud plerosq; non corruptos aut pravos, sed naturæ convenienter se habentes, obtinet.* Et Aristot. 1. *polit.* 5. quid naturale sit, spectandum ait in his, *quæ bene secundum naturam se habent, non in depravatis.* belle Salmas. *de usur pag.* 243. *& seq.* Videtur autem imperator hic tantum definire voluisse speciem juris gentium excellentiorem, nempe jus gentium primævum ut id Dd. appellant; neq; enim hæc definitio æq; accomodari potest. Juri gentium secundario, quod in *§. seq. vers. nam usu.* ita describitur, ut respectu juris primævi quodammodo positivum dici possit: quanquam cum etiam secundarium naturali ratione ἐξ ὑποθέσεως nitatur, neq; id apertè constitutum, aut sanctione aliqua introductum sit, sed tacita tantum, communi tamen consensione gentium receptum, naturale quodammodo est & á positivo secerni potest. Atque hoc etiam puto sentire Aristotelem *d. lib.* 1. 4
c. 4. ubi ait esse quoddam jus gentium καθ' ὁμολογίαν. Ut autem paucis explicem, qua ratione Doctorum illa juris gentium distinctio in primævum & secundarium nitatur, quod hic locus quodammodo flagitat. Nota est ea distinctio ex duplici consideratione rationis seu potius intellectus judicantis. Ut enim ratio, sicut physici docent, vel simplex est & pura, quæ sine discursu judicat, & Græcis νοῦς sive νόησις dicitur: vel composita & comparata, quæ per discursum munus suum exequitur, ex collatione diversarum rerum aliquid colligens, Græcis διάνοια & λογισμός: ita & duplex est jus Gentium; unum quod à simplici illa ratione fluit seu intellectu νοητικῷ, cujus juris sunt cultus Dei, reverentia parentum, neminem lædere, suum cuique tribuere, ab alieno manus abstinere, aliaque ejuscemodi principia practica, quibus

utero

ultro sine argumentatione aut demonstratione assentimur, & justa esse sine agitatione mentis intelligimus: alterum quod à composita seu intellectu διανοητικῷ; quod discursum & ratiocinationem habet, atque ex causa demum aliqua aut hypothesi & comparatione alterius rei justum esse intelligitur: cujus generis sunt ea omnia, quæ ad vitæ communis commoda conjungendasque inter se respublicas & gentes à viris sapientibus excogitata in usum omniū gentium aut plerarumque pervenerunt. Exempla habemus in §.*seq. vers. nam usu.*& elegans in *l.* 1.*ff. de contr. empt.* Quod jus à simplici illo intellectu est, primævum DD. appellarunt; quod à composito, secundarium; primum immutabile, secundum mutabile.

TEXTUS.
Ab appellatione & effectibus.

2. *Sed jus quidem civile ex unaquaque civitate appellatur, veluti Atheniensium. Nam si quis velit Solonis vel Draconis leges appellare jus civile Atheniensium, non erraverit. Sic enim & jus, quo Romanus populus utitur, jus civile Romanorum appellamus, vel jus Quiritum, quo Quirites utuntur. Romani enim a Romulo, Quirites à Quirino appellantur. Sed quoties non addimus nomen, cujus sit civitatis, nostrum jus significamus: sicuti qvum poëtam dicimus, nec addimus nomen, subauditur apud Græcos egregius Homerus, apud nos Virgilius. Jus autem gentium omni humano generi commune est. Nam usu exigente, & humanis necessitatibus, gentes humanæ jura quædam sibi constituerunt. Bella etenim orta sunt, & captivitates secutæ, & servitutes, quæ sunt naturali juri contrariæ. Jure enim naturali omnes homines ab initio liberi nascebantur. Et ex hoc jure gentium omnes penè contractus introducti sunt, ut emptio & venditio, locatio & conductio, societas, depositum, mutuum, & alii innumerabiles.*

NOTÆ.

Usu exigente] Hujus igitur ex parte causa est usus & indigentia. Aristot. 1. *polit.* Unde Dio Chrysost. *orat.* 76. hoc jus appellat εὕρημα βίου καὶ χρόνου, *inventum usus & temporis.* Exemplo potest esse inventio nummi, cui causam præbuit difficultas permutationum, *l.* 1. *D. de cont. empt.*

Necessitatibus humanis] Hic locus confirmat receptam juris gentium distinctionem in primævum & secundarium. illud enim de quo §. 1. non est excogitatum aut inventum usu exigente, sed nobiscum natum: qualia sunt, Deum colere, parentes revereri, neminem lædere, &c.

Naturali Iuri Contraria] Ex hypothesi tamen & hæc naturalem rationem habent, puta si vim nobis illatam armis repellamus.

Omnes pene contractus] Τὸ penè additum est δι' εὐλάβειαν φιλοσόφων. Sunt enim quidam jure civili introducti, *l.* 5. *D. de just. & jur.* veluti stipulatio, obligatio literarum, donatio propter nuptias.

COMMENTARIUS.

1. *Ius Romanum quasi gentium quoddam jus apud omnes coli.*
2. *Confirmatio distinctionis juris gentium in primævum & secundarium.*
3. *Etiam inter ea, quæ juris secundarii, distinctione opus videri.*
4. *Bella & Belli effecta quo adspectu juri naturali contraria.*

EX *unaquaque civitate*] Jus civile non retinet unum idemque nomen; sed à nomine ejus civitatis appellatur, quæ id constituit: ut in hoc quoque discrepet à jure gentium.

Solonis vel Draconis] Prior Draco leges Atheniensibus dedit, in quibus Aristot. 2. *Pol.* 10. scribit nihil memorabile præter pœnarum acerbitatem fuisse. Pœna namque capitis fraudes propè omnes multabat. Unde Demadis illud laudatur; ὅτι δι' αἵματος, οὐ διὰ μέλανος τοὺς νόμους ὁ Δράκων ἔγραψε. *Draconis leges non atramento, sed sanguine scriptas fuisse. Plutrach. in Solone.* Solon deinde magna earum parte abrogata alias descripsit, quibus Athenienses felicissime sunt usi. vid. *Aul. Gell. lib.* 11. *c.* 18.

A Quirino Quirites] Plerique tradunt pace facta 1
inter Sabinos & Romanos placuisse, ut Romani etiam Quirites à Curibus, Tatii Sabinorum regis patria, vocarentur. *Varr.* 4. *de ling. Dionys. Halicarn. lib.* 2. *Plutarch. in Romul.* In aliis est, Romani enim à Quirino Quirites appellantur, Hotom. Cujac. Wesenb. Cur Romulus dictus sit Quirinus, triplicem causam affert *Ovid.* 2. *Fastor.*

Nostrum jus] Κατ' ἐξοχήν. De Romani juris excellentia disserit M. Tullius in persona Crassi *lib.* 1. *de orat.* Hodie jus civile Romanorum quasi gentium quoddam jus commune apud totam ferè Europam observatur, utique in quibus causis propriæ leges aut consuetudines deficiunt.

Sed & ad hujus normam dirigitur interpretatio quarum-

rumcumque constitutionum ac consuetudinum, quæ illi manifestè non repugnant: ac tametsi repugnent, tamen in ambigua facti specie ejusdem æquitate mitigantur, & ita coërcentur, ut commune hoc jus quam minimum lædant, de quo doctè & acutè *D. Diod. Tulden. in comm. hic cap.* 3. plenè *D. And. Gail.* 2. *observ.* 33.

2 *Usu exigente*] Hic locus confirmat receptam juris gentium distinctionem in primarium & secundarium: quanquam vitio non caret, quod Tribonianus non apertius distinctionem proponit. Primarium enim non ab hominibus excogitatum aut introductum est; sed nobis ingenitum: quemadmodum & notitiæ illæ simplices, unde illud promanat, mentibus nostris divinitus insitæ & in cordibus nostris insculptæ sunt, etiam Apostolo teste *cap.* 2. *ad Roman.* Secundarium autem (quod Grotio 1. *de Iur. Bell. cap.* 2. *num.* 4. est voluntarium) ab hominibus inventum est & mentis quadam agitatione, comparatis inter se aliis atque aliis rebus, excogitatum ad communem vitæ usum retinendamque gentium inter se societatem: ut hujus juris ex parte causa sit usus & indigentia, teste Aristot. 1. *polit.* Quamobrem rectè Dio. Chrysostomus *orat.* 76. hoc jus ait esse εὕρεμα βίου καὶ χρόνου, *inventum temporis & usus*: & hinc Dioni Prusæensi ἀναγκαῖα νόμισις appellatur, multumque ad probationem hujus juris utimur auctoritate illustrium Historicorum. Hoc igitur jus non tam rationis luce exortum, quam ratiocinationis ductu collectum est, & usu exigente accommodatum non tam naturæ integræ bonitati, quam corruptæ necessitatibus: conjungitque respub. & gentes inter se, quarum tacito quasi fœdere & conspiratione censetur.

Gentes humanæ] Non quod legis sanciendæ causa gentes omnes in unum convenerint: sed quia illud jus propter communem utilitatem tacito consensu gentium approbatum & ab omnibus receptum est.

3 *Bella orta sunt*] Etiam inter ea, quæ sunt juris gentium secundarii, aliqua distinctio facienda videtur. Nam initio simulatq; societates humanæ constitutæ sunt, simul necesse fuit dominia distinguere, jura commerciorum introducere: Bella autem postea orta sunt, utpotè quæ malitia hominum & habendi libido introduxit, & consequenter etiam bellorum jura. Scite Portius §. *præc. n.* 3. *bella*, inquit, *sunt ex jure gentium non dispositivi, sed occasionaliter, distinctis dominiis.*

Iuri naturali contrariæ] Bella, & hinc secutæ captivitates, si per se spectentur, à ratione naturali prorsus aliena sunt: neq; enim quod utilitas omnium gentium exigit, societatem humanam bella tuentur, sed oppugnant atque evertunt. Ex hypothesi tamen & hæc rationem naturalem habent. Etenim si vim & injuriam nobis aut sociis nostris illatam vi & armis defendamus, aut etiam vindicemus, captos hostes etiam in servitutem nostram redigamus, ut metu talis pœnæ improbi ab injuria in posterum abstineant, nemo, opinor, est, qui negabit hoc summa cum ratione fieri; de quo iterum & latius tit. seq. 4

Omnis penè contractus] Τὸ penè additum δι' εὐλάβειαν φιλοσόφων & est temperamentum Jurisconsultis familiare, qui passim hujusmodi particularum adjectione sibi cavere solent, quando quid generaliter enunciant aut definiunt; propterea quod in jure generalis definitio plerumque periculosa est; *l. omnis definitio. de reg. jur.* quod & Justinianus hic facit, respiciens haud dubiè ad *l.* 5. *de just. & jur.* ubi Hermogenianus scribit, quosdam contractus à jure civili introductos esse; quinam autem isti sint, non definit. Vulgo quidem putant esse hos quatuor, stipulationem, obligationem literarum, contractum emphyteuticum: & sponsalitiam largitatem: sed quam rectè, suis locis videbimus. Illud interim hic affirmare ausim, nullam obligationem dici posse simpliciter & absolutè esse juris civilis? sed κατά τι duntaxat, quatenus non nisi sub certo modo & forma ex consensu obligatio jure civili producitur.

Emptio & venditio &c.] Hæc certa auctoritate juris auctorum probantur: quamvis in quæstionibus, ubi rei veritas exquiritur (qualis hæc est, an aliquid sit juris gentium nec ne) non tam auctores, quam rationum momenta in disputando quærenda sunt, ut scribit Cicero 1. *de natur. Deor.* & posita hæc sunt extra potestatem legislatoris.

TEXTUS.

Divisio Juris in scriptum, & non scriptum; & subdivisio Juris scripti.

3. *Constat autem jus nostrum, quo utimur, aut sine scripto: ut apud Græcos τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι. Scriptum autem jus est, Lex, plebiscitum, senatusconsultum, principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentum.*

NOTÆ.

3. *Quo utimur*] Abest à *l.* 6. §. 1. *D. de just. & jur.* unde hæc sumpta, nec Cujac. Hotom. Wesemb. agnoscunt.

Scripto aut sine scripto] Distributio juris civilis à forma & modo constituendi ex *d. l.* 6. §. 1. alterum enim expressè sancitur & scripto promulgatur, alterum tacito consensu utentium introducitur, *l.* 32. *pr. de D. legib.*

Apud Græcos] Plat. *lib. 7. de legib.* & apud Laërt. Aristot. 1. *Rhetor.* qui & 3. *Ethic.* meminit legum κατὰ τὰ γράμματα, & κατὰ τὰ ἤθη.

Scriptum] Subdivisio juris in sex species. Papinianus *l. 7. D. de just. & jur.* quinque tantum enumerat: sed ille arctius jus civile accipit, eique prætorium, ut speciem diversam, opponit. Mox tamen Marcianus jus honorarium vivam appellat vocem juris civilis, *l. 8. D. eod.*

Commentarius.

1. *Scripturam non pertinere ad legis essentiam.*
2. *A quo tempore lex obligare incipit.*

JUs scriptum divisione proposita non opponitur omni juri non scripto: nam & jus naturale ac gentium est ἀγράφοντι, sed tantùm ei juri, quod moribus & longâ consvetudine introductum est: eodem enim sensu jus dividitur in legem & consvetudinem, legis voce latius accepta pro quavis parte juris scripti. Desumptus hic locus est ex *l. 6. §. 1. & l. seq. de just. & jure.*

Scripto aut sine scripto] Distributio juris civilis
1 ex accidenti & causa instrumentali. Nam formalis differentia legis sive ejus juris, quod opponitur juri non scripto aut consvetudini, non est scriptura; sed expressa voluntas & sanctio civilis potestatis: sicut è contrario consvetudo aut jus non scriptum formam & essentiam suam habet à tacita voluntate & consensu utentis populi, *§. sine scripto inf. eod. l. de quibus 32. de legib.* Hujus rei evidentissimum argumentum est, quod nec consvetudo in scripturâ redacta lex sit, nec lex non scripta consvetudo. Lacedæmonii scriptis legibus usi non sunt, legibus tamen usi sunt, atque una τῶν καλουμένων ῥητρῶν hæc erat, μὴ χρῆσθαι νόμοις ἐγγράφοις, *scriptis legibus non uti. Plutarch. in Lycurg.* Atque ut è Romana republica exemplum petamus; nunquid lex erat, cum rogante Magistratu, *velitis, jubeatis Quirites &c.* populus in tabellis respondisset, *uti rogas?* Quod autem rei jam in esse suo constitutæ ex accidenti supervenit, id de illius rei essentia non est. At enim, inquies, sine quo lex non obligat, id utique est essentiale: sine scriptura autem non obligat, cùm sine ea in notitiam populi pervenire non possit. *arg. l. leges sacratissimæ. C. de legib.* Ut de propositione nihil in præsentia dicam, falsam esse assumptionem evincit, tum exemplum prolatum, tum leges, quas diximus Lacedæmoniorum. Ratio quoque assumptionis falsa est. Quid enim? an non voce præconis quoque lex promulgari potest? Et proinde, certum est in *l. humanum C. de legib.* faciliorem tantùm promulgandi rationem proponi. Cur igitur legem appellamus jus scriptum? Quia nimirum postquam lata esset, scribi solebat & scripto promulgari, aut in tabulis incisa publicè proponi, quo & cognosceretur facilius & minore negotio probaretur. Moris quoque erat apud Romanos, ut qui legem ferre vellet, eam trinundino promulgaret, id est, de sua lege ad populum diceret, eamque scriptam publicè propositam haberet, quo potestas fieret populo cognoscendi otiosè, & ut inde liceret librariis describere, si qui vellent legem apud se habere, ut liquet ex 2. Agraria. Planè si non alio modo promulgandi civitas utatur, quam per scripturam, potest dici scripturam ad vim legis necessariam esse: neque enim ante lex vi sua constat, civesque ad observationem vel pœnam obligat, quam populo innotescere potuerit, quod sine promulgatione sive publicatione aliqua fieri non potest, *l. 7. cum 2. seqq. C. de legib. Perez ad Cod. de legib. n. 18.* An igi- 2
tur lex statim, ut publicata est, obligat? Maximè: eoque jure utimur, extra quam si certum tempus nominatim lege comprehensum sit, ex quo vim capiat, ut fit interdum, *Nov. 57. in fin. Nov. 116. Cap. 1.* Extat sanè constitutio quædam ἐκ τῶν νεαρῶν, quæ indulget spatium duorum mensium à die publicationis, observandum in omnibus novis legibus, *Nov. 66. cap. 1.* Verùm ea constitutio rectè sic à plerisque accepta est, ut prosit hoc spatium ad allegationem ignorantiæ, atque ut hæc interim præsumatur, non quin lex promulgata citius obstringat eum, in cujus notitiam ante pervenit. Quod si quis post lapsum istius temporis ignorantiam alleget, esse quidem adhuc audiendum, sed hac conditione, ut causam ignorantiæ, quam allegat, probet, per *l. ult. de decret. ab ord. fac. Gudelin. 5. de jur. nov. c. 2. add. Christin. vol. 2. decis. 52. num. 2. & seqq.*

Scriptum autem jus] Subdivisio juris scripti, quæ quidem ad juris præsentis auctoritatem non multum pertinet: omnia enim, quæ in libris nostris continentur, auctoritate Justiniani nituntur, *l. 1. & 2. C. de vet. jur. enucl.* Sed quoniam hæc confirmavit Justinianus, quia in veteri jure erant, ideò & hic & in π̃ extare voluit testimonia ex jure priorum temporum, ut juris constituti historia intelligeretur.

Textus.

De lege & plebiscito.

4. *Lex est, quod populus Romanus senatorio magistratu interrogante (velut consule) consti-*

constituebat. Plebiscitum est, quod plebs plebeio magistratu (veluti tribuno) constituebat. Plebs autem à populo eo differt, quo species à genere; nam appellatione populi universi cives significantur, connumeratis etiam patriciis & senatoribus. Plebis autem appellatione sine patriciis & senatoribus cœteri cives significantur. Sed & plebiscita lege Hortensia lata non minus valere, quàm leges cœperunt.

NOTÆ.

4. *Lex est*] Legis nomen hic strictissimè accipitur, aliàs jus omne scriptum significat, opponiturque consvetudini, ut passim in libris nostris, & apud Cic. 1. *de legib.* sæpè etiam non minus latè extenditur, quam vocabulum juris, ut & νόμος apud Græcos.

Interrogante] Mallem *rogante*, ut quidam. Rogabat magistratus populum his verbis, *velitis, jubeatis Quirites,* &c. Populus respondebat in tabella vel A. id est, *Antiquo,* vel V. R. id est, *uti rogas.*

Veluti consule] Item dictatore & prætore, non etiam censore. Addit Hotomanus & interregem; sed perperam. Nam interregibus comitia habere ferendis legibus non licuit, ut patet ex 3. in *Rullum.* vid. Nic. Gruch. 1. *de comit. Rom.* 3.

Plebiscitum] Ἀπὸ τοῦ sciscere, ἢ ψηφίζεσθαι, quod est decernere & constituere, non ἀπὸ τοῦ scire. Fabrot.

Veluti tribuno] Alium magistratum plebeium rogationem ad plebem tulisse nemo prodidit.

Quo species à genere] Rectius dixisset, *quo pars à toto.* Populus enim est συνολόντι, quod ex partibus suis plebe & patriciis constat. Interdum tamen populum pro plebe dixerunt. Gloss. gr. lat. δῆμος, populus, vulgus.

Lege Hortensia] Primum lege Horatia secessione in Aventinum; deinde lege Hortensia, secessione in Janiculum. Cujacius ex Liv. & Plin. add. Gell. 15. cap. 27.

COMMENTARIUS.

1. *Legis varia significata.*
2. *Non omnibus magistratibus senatoriis legibus ferendis comitia habendi jus fuisse.*
3. *Patricios genere semper, non ordine à plebeiis distinctos.*

SEquitur singularum juris scripti partium explicatio; cui nos lumen aliquod ex antiquitatis memoria afferemus, cujus ignoratio crassos errores peperit.

1 *Lex est*] Legem à *legendo* dictam, scribit Cicero *lib.* 1. *de legib.* quoniam in lege inest vis delectus: jubet enim, quæ honesta sunt, prohibetque contraria. Unde vocabulum legis non minus latè patet, quàm juris: tam enim dicimus, lege naturæ quid concessum aut vetitum esse, quàm jure, ut apud Ciceronem passim: frequentissimè autem legem appellamus, quæ scripto sancit, quod vult; eaque popularis est hujus vocis significatio, teste eodem Cicerone *d. lib.* 1. *de legib.* Neque tamen omnis scripta sanctio arcto significatu lex est, sed ea tantum, qua universus populus obstringitur: nec alia de causa plebiscita initio leges dicta non sunt, quam quod partem tantùm civium obligabant. At post legem Hortensiam plebiscita non minus propriè leges appellata, quam quæ populus centuriatim jussisset.

Senatorio magistratu] Lex ferebatur comitiis 2 centuriatis à magistratibus, penes quos erant majora reipublicæ auspicia, puta à consule, dictatore, vel prætore, non autem ab omnibus magistratibus senatoriis aut curulibus; non à censore, interrege, aut ædilibus curulibus. Interreges quidem magistratibus creandis centuriata comitia habere poterant: sed legibus ferendis habere iis non licuit, ut apparet ex 3. *in Rullum,* nimirum quia in interregno nihil prius cum populo agi licebat, quàm subrogati essent ordinarii magistratus. Sed neque censores, centuriatis comitiis legem tulisse usquam legimus: cumque leges censorias apud auctores reperimus, pro censorum subscriptionibus, ut Cicero *pro Cluentio* appellat, aut locationibus censoribus factis, ut 7. *in Verrem,* accipi debent. Populi tamen vocandi jus habuisse ex iis, quæ de lustri condendi ratione Livius commemorat, ostendi potest. Postremo nec ædiles curules ulla comitia habuisse usquam invenias, qui nec alias jus agendi cum populo habuerunt, præterquam in mulctæ certatione; de quo vide *Nic. Gruch. lib.* 2. *de comitiis Rom. c.* 3.

Interrogante] Rogabat magistratus his verbis; *Velitis, jubeatis Quirites,* &c. populus respondebat in tabella vel per literam *A,* id est, *antiquo:* vel per *V. R,* id est, *uti rogas,* quod ex antiquorum plerisque locis intelligitur, *vid. Agell. lib.* 10. *cap.* 20.

Veluti Tribuno] Tribuni & ædiles plebeii proprii plebis magistratus erant: sed ædiles rogationes ad plebem tulisse nemo prodidit. Plebiscita comitiis tributis, leges centuriatis aut curiatis ferebantur: qua de re antiquitatis studiosi consulant Car. Sigonium, & Nic. Gruchium, qui ex professo de comitiis Romanorum, & quæ res, quibus comitiis tractari solitæ, scripserunt; quædam

dam & nos notavimus sub §. 1. *inf. de testam. ord.*

Quo species à genere] Rectius dixisset, quo pars à toto. Est quidem & genus quoddam totum, sed universale, & species pars generi subjecta: sed tale totum non est populus; sed σωματικόν τι, quod ex partibus suis, plebe & patriciis constituitur.

Sine patriciis & senatoribus] Hæc ad rationem priorum temporum proponi videntur, quibus honores & dignitates omnes soli patricii sibi vindicabant. Nam ex quo etiam plebi aditus ad magistratus populi & in senatum esse cœpit; senatores plebeiis opponi desierunt. Sanè patricii gente sive genere
3 à plebeiis semper distincti fuerunt. Dico genere: nam quod ad ordinum pro censu cujusque distinctionem attinet, certum est multos è patriciis familiis, puta qui equestrem aut senatorium censum non habebant, in ordine plebejo, & contra plurimos ex plebeiis gentibus in ordine equestri aut senatorio fuisse. Quin olim etiam antequam ex censu maximo senatores esse cœperunt, quod postremis temporibus factum esse scribit Plinius in *proœm. l.* 14. ipsi senatores, qui minimi census erant, inter pedites numerabantur, & suffragium si ferre vellent, in quinta classe suffragium dicere debebant, vid. *Gruch. lib. de comit. Rom. cap.* 4.

Lege Hortensia.] Tribunitiis rogationibus initio pars tantum civium, non omnes adstringebantur. Primi L. Valerius & M. Horatius consules, cum velut in controverso jure esset, tenerenturne patres plebiscitis, legem centuriatis comitiis tulerunt, ut quod tributim plebs jussisset populum teneret. Id factum anno ab urbe condita 304. secessione secunda in Aventinum. *Liv. lib.* 3. Idem postea confirmatum lege Hortensia lata à Q. Hortensio dictatore secessione tertia in Janiculum, anno ab V.C. 367 Et iterum à Dictatore Q. Publio, anno ab V. C. 413. vid. *Liv. lib.* 8. *Flor. in epit.* 11. *Gell. lib.* 15. *c.* 27.

Non minus valere quam leges] *Ita factum est*, ait Pomponius *l.* 2. *§. deinde* 8. *de orig. jur. ut inter legem & plebiscitum species interesset constituendi: potestas autem eadem esset.* In summa ut plebiscita etiam leges revera & essent & appellarentur.

Textus.

De Senatusconsulto.

5. *Senatusconsultum est, quod senatus jubet atque constituit. Nam cum auctus esset populus Romanus in eum modum, ut difficile esset in unum eum convocari legis sanciendæ causa; æquum visum est, senatum vice populi consuli.*

Notæ.

5. *Auctus esset populus*] Ita & in *l.* 2. *§. deinde* 9. *de orig. jur.* An autem hæc causa fuerit, an potius ambitio & astutia Cæsarum, melius ex Tacit. 1. *annal.* & Sveton. *in Tiber.* disces. Quibus modis senatusconsultum fieret, vide Varronem apud Gellium *lib.* 14. *c.* 7. In notis S. C. D. *Senatusconsultum decrevit* Grot.

Commentarius.

1. *Quando & unde senatus juris condendi auctoritatem acceperit.*

Constat, jus legis ferendæ stante adhuc republ. solius populi, non Senatus fuisse: cui quidem, ut consilio publico, permissum erat de iis rebus, quæ ad constituendam rempub. pertinebant, cognoscere atque decernere; sed ita, ut quæ majoris momenti viderentur, non aliter rata essent, quam si ea aut populus aut plebs confirmasset. *Polyb. lib.* 6. *Dionys. Halic. lib.* 4. & 7. nec ullo senatusconsulto aut jus novum introductum aut vetus sublatum legimus: ac ne Julio quidem & Augusto imperantibus ulla hujusmodi senatusconsultorum mentio, sed legum tantum aut plebiscitorum. Ac proinde verissimum est, quod Bodinus *lib.* 1. *de republ. c.* 10. scribit, senatui Romano ab exactis urbe regibus usque ad Tiberii Cæsaris dominatum leges jubere non licuisse, sed decreta tantum annua, quæ tamen nec populum nec plebem tenerent; & manifeste fallitur D. Connan. *lib.* 2. *c. de senat.* senatui Romano tribuens perpetuam legis condendæ potestatem. Nam *Dionys. Halic. d. lib.* 4. exprese scribit, senatusconsulta nullam vim legis habuisse, nisi plebs ea probaret; & quæ populus probaverat, annua tantum fuisse, nisi rogatione ad populum vel ad plebem vim legis adipiscerentur. Quid igitur est, quod Juris- 1
consultus scribit in *l. non ambigitur.* 9. *de leg. non ambigi senatum jus facere posse?* Non potuit integra adhuc repub. sed tum demum posse cœpit, cum comitia è campo ad patres translata sunt; quod à Tiberio primum factum esse testatur *Tacit. lib* 1. *annal.* Quippe Cæsar dictator, auctore Svetonio, jus comitiorum non in totum populo ademerat, sed cum eo partitus erat. Atque idem jus bellis civilibus diu intermissum reduxerat Augustus: sic enim accipio, quod idem Svetonius *c.* 40. *in Aug. scribit; Augustum jus pristinum comitiorum reduxisse:* eumque Svetonii sensum ex Dione adstruit Just. Lipsius; ego etiam ex verbis Taciti, quæ mox subjicit: *Nam ad eam diem*, inquit, *etsi potissima arbitrio Principis, quædam tamen studiis tribuum fiebant.* Ex eo igitur tempore legibus & plebiscitis quiescentibus senatus jus facere cœpit: quanquam non tam propria auctoritate, quam conniventia quadam & indulgentia Principum; quod vel unus Tacitus nos docere potest, & arguunt orationes Principum in senatu haberi solitæ,

te, in quas ſenatusconſulta fiebant. Tandem translato in Orientem imperio, mutataque penitus reipub. forma, hæc poteſtas ſenatus exolevit; atque à Leone Philoſopho etiam nominatim ſenatui adempta eſt. *Nov. Leon.* 78.

Nam cum auctus] Ἀιτιολογία: at τὸ ἀναίτιον ὡς αἴτιον. Nam ex Livio *lib.* 1. *Dionyſ. Halicarn. lib.* 2. *&* 6. diſcimus, ſenatusconſultorum primordia vetuſtiſſima eſſe: legemq; jam inde ab urbe condita fuiſſe, quæ omnia in ſenatus poteſtate poneret, præter magiſtratuum creationem, legum lationem, & belli inferendi deponendique arbitrium. Sed forcaſſis hoc dicere Juſtinianus voluit, quod & Pompon. in *l.* 2. *§. deinde* 9. *de orig. jur.* aucto populo in eum modum, ut difficulter jam omnes convenire poſſent, neceſſitatem eò rem deduxiſſe, utæqvum viſum fuerit etiam de iis rebus ſenatum conſuli, de quibus antea ad populum ferri ſolebat. Sed & hoc ipſum falſum eſſe ex iis, quæ paulo ante diximus, manifeſtè liquet, poteſtatemque populi ad ſenatum tranſlatam aſtutia Cæſarum, qui ut Tranquillus in Tiberio ſcribit, *ſenatus potentiam augendo ſuæ ſerviebant.*

TEXTUS.
De Conſtitutione.

6. Sed & quod Principi placuit, legis habet vigorem: quum lege regia, quæ de ejus imperio lata eſt, populus ei & in eum omne imperium ſuum & poteſtatem concedat. Quodcunque ergò Imperator per epiſtolam conſtituit, vel cognoſcens decrevit, vel edicto præcepit, legem eſſe conſtat. Hæc ſunt, quæ conſtitutiones appellantur. Planè ex his quædam ſunt perſonales, quæ nec ad exemplum trahuntur: quoniam non hoc Princeps vult: nam quod alicui ob meritum indulſit, vel ſi quam pœnam irrogavit, vel ſi cui ſine exemplo ſubvenit, perſonam non transgreditur. Aliæ autem cum generales ſint, omnes procul dubio tenent.

NOTÆ.

6. *Lege Regia*] Ex *l.* 1. *D. De conſtit. princ.* Lex Imperii dicitur *l.* 3. *C. de teſtam.* De lege regia cognoſce ex indice *leg. Rom.* Hotomanni.

Per Epiſtolam] Epiſtola eſt reſcriptum Principis, quo de jure conſulentibus reſpondet. Ut paſſim *in Cod.*

Decrevit] Decretum Principis dicitur, cum ipſe de cauſa cognoſcit, & partibus auditis pronuntiat, ut in *l.* 3. *D. de his quæ in teſt. del.* ἀπόφασις βασιλικὴ in Gloſſ. Baſilic.

Edicto præcepit] Edictum eſt, cum Princeps motu proprio, ἐξ οἰκείας φύσεως κινηθεὶς aliquid conſtituit ad honeſtatem & utilitatem ſubditorum. *Theophil. & l.* 3. *C. de legib.* & ferè ad præfectos prætorio hujuſmodi conſtitutiones diriguntur, ut in *l.* 6. *C. de ſecund. nupt.* & ſimilib.

Perſonales] Hæ ſunt quæ privilegia Latinis dicuntur, eo quod veteres *priva* dixerunt, quæ nos *ſingula* dicimus. Gell. 10. c. 20. Feſt. in voce *privos*, & ibi Joſ. Scal. *in annot.* alias jus ſingulare. *l.* 16. *D. de legib.* Hujuſmodi ſunt privilegia militum, doctorum, ſtudioſorum, &c.

Pœnam irrogavit] Nempe graviorem ordinaria propter exemplum. Obiter hic nota, privilegia non ſolum pro aliquo, ſed etiam in aliquem ferre poſſe; ut in Milonem à Pompejo, à Clodio in Ciceronem lata ſunt.

Perſonam non transgreditur] Non producitur hoc jus ad conſequentias, *l.* 14. *D. de legib.* non tranſit ad ſucceſſores, *l.* 68. *l.* 196. *de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

1. *Lege regia jus omne populi privativè in Principem translatum.*
2. *Genera conſtitutionum expoſita.*
3. *Quid & quotuplices ſint, tum quam vim habeant conſtitutiones perſonales & privilegia, & n.* 5.
4. *Privilegiorum rariorem uſum eſſe in ſtatu democratico, quam in monarchico.*
6. *De reſcriptis contra jus elicitis & de precibus ſub & obreptitiis, nec non de moratoria præſcriptione.*

L*Ege regia*] Hæc eadem habet Ulp. *l.* 1. *de conſt. princ.* Latam autem fuiſſe legem, idque ſub Auguſto, eamque ſecutum in eandem ſententiam ſenatusconſultum, qua lege populi omnis poteſtas Principibus conceſſa, ipſique legibus ſoluti ſunt, probatur teſtimonio Dionis, qui *lib.* 53. de principibus loquens, λέλυνται, inquit, τοῖς νόμοις, ὡς αὐτὰ τὰ λατῖνα ῥήματα λέγει, *ut ipſa verba latina ſonant.* Quod non niſi de verbis alicujus legis accipi poteſt. Eadem eſt, quæ lex imperii dicitur, *l. ex imperfecto,* 3. *C. de teſtam.*

Ei & in eum] Hæc verba *in eum* Theoph. Hotom. Weſemb. interpretantur in ſe, quod nimis argutum. Probabile eſt, populum his verbis in formula legis uſum ad oſtendendam enixam ſuam voluntatem omne imperium ſuum παντελῶς transferendi. Fabrot.

Omne imperium & poteſtatem] Ergo populus non retinuit veterem poteſtatem, eamque cum Principe 1

 com-

communicavit duntaxat, ſicut illi ſentiunt, qui populum non privativè, ſed cumulativè poteſtatem ſuam in Principem contuliſſe contendunt: qui error in notiſſima Politices principia impingit, & manifeſtior eſt, quam ut refutari debeat. Non equidem nego jura majeſtatis ita dividi poſſe, ut non omnia in unum, quem Principem conſtituit populus, transferantur, ſed quædam apud optimates aut populum remaneant, atque ita temperatum ac mixtum fiat imperium: ſed eadem jura majeſtatis & transferri & retineri nullo modo poſſunt. Nihil ad rem facit, quod Principes ab inviſis populo nominibus, Regis aut Domini abſtinuerint, cum alio ſub nomine regiam poteſtatem exercent, auctore Dione *d. lib.* 53. quod non ſatis examinavit D. Gudelinus *lib.* 5. *de jur. noviſſ. c.* 2. multo autem minus jus illud imaginarium populi in ſuffragiis ferendis, aut illa in jure condendo precaria ſenatus auctoritas. Manebant enim tunc temporis adhuc, ut inquit Tacitus, *veſtigia morientis libertatis.* Et veriſſimè de populo Romano Juvenalis *Satyr.* 10.

Qui dabat olim
Imperium, faſces, legiones, omnia, nunc ſe
Continet, atque duas tantum res anxius optat,
Panem & Circenſes.

Quodcunque ergo Imperator] Conſtitutiones Prin-
2 cipum non ſunt unius generis. Diſtinctio à cauſa finali, hoc eſt, à ſcopo & intentione Principis ſumenda. Etenim vel hoc apertè & directè Princeps agit, ut legem condat & jus præſcribat, quod fit non tantum, cum generaliter & motu proprio quid conſtituit ad uſum ſubditorum, quæ ſpecies conſtitutionis edictum dicitur & lex edictalis, *l.* 6. *C. de ſec. nupt. cum ſimil.* ſed etiam cum reſpondet magiſtratibus de jure dubio conſulentibus; quanquam Theophilus hoc genus conſtitutionis epiſtolæ ſpeciem facit; vel non agit id principaliter, ut jus aliquod in commune conſtituat, ſed ut in ſpecie litem aliquam inter partes componat; & tamen propter excellentiam & dignitatem perſonæ conſtituentis, id quod conſtituit, legis vigorem habet, *l.* 1. §. 1. *de conſt. Princ. l. ult. C. de legib.* cum à judicibus res judicatæ aliis non noceant, *tit. C. res int. al. act. vel jud. al. non noc.* ac ne ſententiæ quidem latæ in conſiſtorio Principis, aut ab ipſo quidem Principe, ſed ad relationem & conſultationem judicum *l.* 2. *l.* 3. *C. de legib.* Vid. tamen Chriſtin. *vol.* 2. *decis.* 63. *n.* 3. *& ſeqq. & vol.* 3. *decis.* 111. *n.* 8. *&* 9. Poſterioris hujus generis duæ ſunt ſpecies, epiſtola & decretum. Epiſtola propriè dicitur, cum privatis de jure ſuo conſulentibus Princeps reſcribit. Decretum ἀπόφασις βασιλικὴ, cum ipſe de cauſa cognoscit & partibus auditis ſententiam pronuntiat; quem veterum Principum morem fuiſſe teſtantur hiſtoriæ AA. ſcriptores, elegans exemplum habemus in *l.* 3. *de his quæ in teſt. del.*

Quædam ſunt perſonales] Cum dixiſſet non ea tan-
tum, quæ Princeps edicto præcepit, ſed etiam quæ 3
per epiſtolam conſtituit, aut cognoſcens decrevit, vim etiam in aliis cauſis & perſonis habere, id nunc ex Ulpiano in *d. l.* 1. §. 2. *de conſt. Princ.* ſic temperat, niſi aliam eſſe voluntatem & ſententiam Principis appareat: eſſe enim conſtitutiones quaſdam perſonales; quibus jus ſingulare in certæ alicujus perſonę gratiam conſtituitur: Hæ ſunt quæ *privilegia* Latinis dicuntur, eo quod veteres *priva dixerunt quæ nos ſingula dicimus* autore Gellio *lib.* 10. *c.* 20. & Feſto in voce privos, ubi Joſ. Scal *in annot. Offendit me,* inquit *quod apud Ciceronem pro hac voce privatum ſubſtituerint,* ut in ea Pro dom. *Vetant leges ſacratæ, vetant* 12. *Tab. leges privis hominibus irrogari.* At hodie legunt *privatis*: Item 3. de leg. *Tantum majores in poſterum providiſſe: in privatos homines leges ferri noluerunt. Cum Cicero ſcripſerit, in privos homines. Subjicit enim: id enim eſt privilegium. Poſtea interpretatur: ferri de ſingulis niſi centuriatis comitiis noluerunt.* Ait autem Juſtinianus, hujusmodi conſtitutiones perſonales ſive privilegia aut jura ſingularia in exemplum non trahi, nec perſonam egredi: quoniam non ea mens ſit Principis, qui ſolius puta Titii aut Sempronii cauſa aliquid conſtituit, ut id, quod ita conſtituit, in univerſum pro jure obſervetur, aut ad alios transferatur. Apparet vero ex ipſis verbis non agi hoc loco de privilegiis cauſæ aut rei, ſed perſonę, quibus ſola perſonæ conditio locū facit: qualia ſunt privilegia militum, doctorum, ſtudioſorum, &c. Item im̄unitas certæ perſonæ tributa, *l.* 1. §. 1. *de jur. immun.* jus tacitæ hypothecæ, quod in exigenda dote mulieri indultum eſt in bonis mariti, & nominatim à Juſtiniano cum hoc privilegio, ut aliis creditorib⁹ hypothecariis etiam tempore prioribus præferatur, *l. aſſiduis C. qui pot. in pig.* Tale item beneficium eſt, quod parenti, patrono, marito, donatori &c. conceſſum, ut in id tantum, quod facere poſſunt, condemnentur, *l. ſunt qui.* 16. *& ſeqq. de re. jud. l.* 12. *& ſeqq. ſol. matr.* Hæc & ſimilia, perſonarum privilegia deficiente perſona, cui data ſunt, ſtatim ſimul deficiunt, aut extinguuntur, neque ad ſucceſſores transeunt, *dd. ll. l. in omnibus* 68. *l. privilegia.* 196. *de reg. jur.* niſi id quoque nominatim privilegio cautum ſit, *l.* 4. *de jur. immun.* At quæ privilegia magis cauſæ, quam perſonæ præſtantur, ea hæredibus quoque & cæteris ſucceſſoribus tribuuntur, *d. l. in omnibus, & d. l. privilegia de reg. jur.* Cujus generis beneficia ſunt immunitates generaliter locis aut civitatibus aut familiis datæ, *l.* 4. §. 3. *de cenſib.* induciæ temporis, quæ judicatis indulgentur, *l. tempus* 29. *de re jud.* jus ante omne creditum deducendi impenſas funeris, *l. pen. junct. filiusf.* 31. §. *ult. de re l. & ſumpt. fun. &c.* de quo

adui *D. Pet. Fab. ad d. l. in omnibus, & d. l. privilegia, de reg. jur. Christin. vol. 5. decis. 47. 30. & seqq.* Usus pri-
4 vilegiorum, ut hoc obiter addam frequentior est, ubi singuli regunt, quam ubi universi, propterea quod in statu populari major esse debet æqualitatis observatio. Quam ob causam etiam lege 12. tabb. cautum fuit *ne privilegia irrogarentur.* teste *Cic. pro dom. sua* quod Decemviros à Græcis accepisse ex oratione *Demosthonis contra Aristocratem* liquere potest. Cæterum hoc juris erat ordinarii: nam extra ordinem jure supremæ potestatis privilegia etiam à populo, aliquando ferebantur sed nonnisi centuriatis comitiis *Cic. 3. de legib.* Quale illud apud Romanos fuit, ut quis ante magistratum capere posset, quam per leges licebat. Sic Athenienses cum injurati nullius testimonium admitteretur, soli Xenocrati remiserunt jusjurandum. *Diog. Laërt. in Xenocr.*

Ob meritum indulsit] Tres personalium constitu-
5 tionum species hoc loco proponuntur; si quid princeps alicui ob meritum indulsit, puta immunitatem ab oneribus publicis; si quam pœnam irrogavit, puta graviorem ordinaria propter exemplum; si cui sine exemplo subvenit; puta gratiam delicti fecit. Ubi obiter notandum privilegia non solum pro aliquo, verum etiam in aliquem ferri posse, ut in Milonem à Pompejo, in Ciceronem à Clodio lata
6 sunt, *Cic. pro dom. sua.* Illud hic prætereundum non est, non ut quisque privilegium à Principe impetravit, ita & continuo id valere. Nam primo rescripta Principum contra jus vel utilitatem publicam elicita à judicibus improbari etiam ipsorum imperatorum constitutionibus jubentur, extra quam si prosint petenti & alium non lædant, vel crimen supplicantibus indulgeant, *l. 3. & 7. C. de prec. imp. off. l. ult. C. si cont. jus vel util. pub.* aut licet cum læsione alterius; moratoria duntaxat præscriptio debitori permittatur, ut est in *l. 2. C. de præc. Imp. offer* id est, exceptio dilatoria, exceptio non qua perimatur actio, sed petitio & exactio in tempus certum differatur, spatiô ad solvendum debitori dato Brieff von respect. Quo tamen casu placet non aliter rescriptum valere, quam si fidejussio idonea super debiti solutione præbeatur, *l. 4. C. d. tit.* quod & cautum Caroli V. *edicto* 19. *Maji* 1544. *art.* 32. Secundo si Principi obreptum sit, cælata scilicet veritate; vel subreptum expresso mendacio, rescripti fructu privari jubetur, qui id impetravit, *l. 2. C. de legib. l. pen. C. si cont. jus vel util. pub.* Utrumque ex voluntate & mente Principis sumptum est, qui non creditur aliquid velle contra utilitatem publicam concedere; aut aliter, quam si preces veritate nitantur; *l. 7. C. de div. rescr. l. pen. & ult. C. si cont. jus & l. Græneuv. tract. de ll. abro. Gail. 1. obs. 14. Tuld. & Perez. post. DD. comm. ad d. tit. C. si cont. jus vel ut. pub. Ant. Fab. C. suo ibid. de fin. 1. Christin. vol. 2. decis. 74. & 76.* exemplum in *l. 1. ff. de natal. restit.* Hinc est, quod à Curiis rescripta ejusmodi aut reiici aut admitti, sive ut nunc loqvuntur, interinari solent.

TEXTUS.

De Jure honorario.

7. Prætorum quoque edicta non modicam obtinent juris auctoritatem. Hoc etiam jus honorarium solemus appellare: quod qui honores gerunt, id est, magistratus, auctoritatem huic juri dederunt. Proponebant & ædiles curules edictum de quibusdam causis; quod & ipsum juris honorarii portio est.

NOTÆ.

7. *Prætorum edicta*] Jus prætorium introductum est adjuvandi vel supplendi & corrigendi juris civilis gratia, *l. 7. §. 1. D. de just. & jur.* exempla *in pr. & §. 1. infr. de bon. poss. §. 3. Infr. de exh. lib. §. 9. infr. de her. quæ ab intest: §. 3. infr. de leg. agn. succ.*

Non modicam auctoritatem] Minorem tamen, quam species superiores. Nam edicta prætorum non valebant auctoritate populi aut Principis, sed tantum ob honorem magistratus, qui non tam conditor est juris novi, quam custos & interpres conditi, *d. l. 7. §. 1. & l. seq. D. de just. & jur. l. 2. §. 12. de orig. jur l. 12. §. 1. D. de bon. poss. l. 1. in fin. D. ex quib. caus. maj.*

Ædiles curules] Ad distinctionem ædilium plebis. Curabant ædes sartas tectas esse, aquas mundas, integros aquæductus, vias expeditas. *Cic. 5. in Verr. add Liv. lib. 6. in fin. & 7. in pr. Varr. 4. de ling.*

Iuris Honorarii Portio] Jus honorarium genus est, cujus species prætorium & ædilitium.

COMMENTARIUS.

1. *Unde prætori & qualis condendi juris potestas*
2. *Ædiles Curules qui & unde dicti.*
3. *Ius ædilitium quo sensu dicatur sub prætorio contineri.*

Inter species juris civilis numeratur hoc loco & jus prætorium: quod tamen non raro ut species diversa, juri civili opponitur. Sed non est novum in jure nostro, ut idem nomen nunc latius, nunc angustius accipiatur; & quod per se positum nomen generis est, contrahatur ad certam speciem oppositam speciei ejusdem generis, Itaque cum jus civile à prætorio distinguitur, per jus civile intelligitur, quod ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, decretis Principum; auctoritate prudentum venit; per prætorium, quod illius juris adjuvandi, supplendi, corrigendi causa magistratus introduxerunt. Papinan. *l. 7. de just. & jur.* Unde autem prætori juris condendi potestas? Neque enim prætor aliud, quam 1

magi-

magiſtratus fuit, juri dicundo non condendo, quod majeſtatis eſt, præpoſitus; cuſtos juris civilis, non arbiter, neque ulla lege talem poteſtatem prætori datam uſpiam legimus. Sic exiſtimo; Prætores ab initio jure magiſtratus edicta tantum propoſuiſſe, de quipus rebus, & quomodo jus dicturi eſſent, *l.2. §. eodem tempore 10. de orig. jur.* Progreſſu autem temporis, non obnitente populo, hoc ſimul uſurpaſſe ut edicendo etiam jus conſtituerunt: ut tamen edicta eorum minorem longè vim, quam leges haberent, nec abrogare jus conſtitutum aut receptum poſſent, *l. cum ſponſus 12. §.4. de publ. in rem act. l. 12. §.1. de bon. poſſ.* ſed tantum adjuvare, ſupplere, corrigere, *l.7. §. 1. de juſt. & jur.* hoc eſt, rigorem juris civilis mitigare, & de iis, quæ legibus nec ſancita nominatim nec vetita eſſent, ex bono & æquo aliquid ſtatuere, etiam præter rationem juris civilis. Nam certè plus hic licuiſſe prætori, quam vel juriſconſultis vel judicibus privatis, argumento ſunt tot exceptiones & actiones, tot bonorum poſſeſſiones præter manifeſtam rationem juris civilis à prætore introductæ, in quibus ante jus à prætoribus conſtitutum nihil ſibi ſumere quiſquam privatus potuit: atque hinc eſt, quod edictum prætoris nonunquam lex apellatur, uti ab Ulpiano *l.1. §.2. unde cog. & Cic. 3. Verrin.*

Qui honores gerunt] Jus honorarium ad honorem prætorum nominatum eſt, ait Papin. in *d. l.7. §.1.* quod, qui honores gerunt, id eſt, magiſtratus, auctoritatem huic juri dederunt, ut hic Juſtinian. Propoſuerunt quidem & alii magiſtratus cenſores, conſules tribuni, edicta, ut ex Cic. Gell. & aliis notum eſt: nec dubium, quin ſecundum ea jus dictum fuerit: attamen quia ſoli prætores juris dicundi cauſa creati ſunt, totaque ferè juriſdictio penes prætores erat, hinc factum arbitror, ut jus omne quod à juriſdictione venerat, non minus prætorium, quam honorarium appellaretur, atque appellatione prætorii etiam aliæ partes juris honorarii continerentur.

2 *Ædiles curules*] Curules, ad diſtinctionem ædilium plebis: nam ædilitatem curulem patricium magiſtratum fuiſſe conſtat ex *Liv. init. lib.7. dec.1.* Ædiles autem dicti à potiſſima parte procurationis eorum, quod ædes ſacras & privatas ſartas tectas eſſe curarent. Auctores Feſtus & Varro *lib.4. de ling. Lat.* nam & alia ad munus eorum pertinebant, quæ recenſet *Cic. lib.5. in Verr. & Gruch. lib.1. de comit. Rom.* De veriverbio vocis Curules non magnoperè laborandum: ſive enim à curia, ſive à curru, quo vehebantur, ſive à ſella curuli, in qua ſedebant, eam deducas, parū refert.

De quibusdam cauſis] De rebus maximèque mancipiis & jumentis venalibus, idem de animalibus feris continendis, qua vulgo iter fit, edictum ſatis celebre & explicatum, *lib.21. π. tit.1.*

3 *Iuris honorarii portio*] Jus ædilitium appellatione juris honorarii propriè continetur, ut ſpecies appellatione generis. Sed & prætorii appellatio jus ædilitium continet, *l.5. in pr. de verb. oblig.* non quidem verbi ſignificatione, (neque enim ædiles prætores erant) ſed ſententia ſcribentis. Et hoc eſt, quod Pomponius ſcribit in *d. l.5.* prætorias ſtipulationes ſic exaudiri oportere ut in his etiam contineantur ædilitiæ; *nam & hæ*, inquit, *à juriſdictione veniunt.* innuens id, quod de prætoriis, tanquam principali earum ſpecie, dictum eſt, etiam dictum intelligi de reliquis, quarum interponendarum eadem ſit cauſa & origo, juriſdictio nimirum magiſtratus.

TEXTUS.

De Reſponſis Prudentum.

8. *Reſponſa prudentum ſunt ſententiæ & opiniones eorum, quibus permiſſum erat, de jure reſpondere: nam antiquitus conſtitutum erat, ut eſſent, qui jura publicè interpretarentur, quibus à Cæſare jus reſpondendi datum eſt, qui Juriſconſulti appellabantur: quorum omnium ſententiæ & opiniones eam auctoritatem tenebant, ut judici recedere à reſponſis eorum non liceret, ut eſt conſtitutum.*

NOTÆ.

8. *De jure reſpondere*] Cujac. Hotom. Weſ. ex libris veteribus, *jura condere.* Theoph. *νομοθετεῖν* ſed ut rectè idem, κατὰ πεῦσιν καὶ ἀπόκρισιν, *per conſultationem & reſponſionem.*

Antiquitus conſtitutum] Malo *inſtitutum.* nulla enim lege id conſtitutum, ſed more majorum inſtitutum fuit: dictaque hæc pars in ſpecie jus civile, *l.2. §.5. D. de orig. jur.*

A Cæſare] Primus D. Auguſtus conſtituit ut ex auctoritate Principis reſponderetur, *d. l.2. circa fin.*

Quorum omnium] Aut utique plurium, *l. un. C. Theod. d. Reſponſ. prudent.*

COMMENTARIUS.

Origo auctoritatis prudentum à capite acceſſita.

Poſtrema juris ſcripti pars ſunt reſponſa prudentum. Cujus juris originem operæ eſt à capite acceſſere. Latis legibus 12. tabb. quæ perbreves erant & obſcuræ, cœpit (ut naturaliter evenire ſolet) ut interpretatio deſideraret prudentum auctoritatem, neceſſariaque eſſet diſputatio fori. Hæc diſputatio atque hoc jus, quod ſine ſcripto venit, compoſitum à prudentibus, communi nomine appellabatur jus civile, hoc eſt, nomine generis ad ſpeciem contracto. Hæc Pompon. *l.2. §. his legibus 5. de orig. jur.* Unde primo intelligimus, interpretationem juris duntaxat prudentibus permiſſam fuiſſe, non juris pro-

propriè condendi potestatem: ac neque hanc earum interpretationem statim pro jure acceptam: sed ubi ea in foro agitata & recepta esset: quo respectu jus istud sine scripto introductum Pomponius ait: quod tamen pars est juris scripti, quatenus est ex interpretatione illius juris & legum sententia, *arg. l.9 §.1. de verb. sign.* ad quod declarandum habemus accommodatissimum exemplum, *infr. tit. de leg. patr. tut.* atque hoc sensu rectè opponitur consvetudini. Item jus illud sive receptas interpretum sententias compositas, hoc est, descriptas, atque in certum volumen collectas fuisse, neque ab iis judicem in judicando potuisse recedere; utpote quæ partem constituerent juris civilis, eoque nomine in specie etiam appellarentur. Atque ut obiter sciamus, ante tempora Augusti, quicunque studiorum suorum fiduciam habebat, de jure consulentibus publicè respondere poterat. Divus autem Augustus, quo major esset juris auctoritas, primus constituit, ut ex sua auctoritate responderetur. Post quod tempus peti pro beneficio & à Principe jus respondendi dari cœpit, ut in *d.l.2. circa fin.* idem Pompon. scribit; quam ob causam nonnulli existimant ex eo demum tempore responsa auctoritatemque Jurisconsultorum inter partes juris scripti numerari cœpisse. Nunc verba hujus §. inspiciamus.

Permissum erat de jure respondere] Hoc ad tempora liberæ reipub. referri non posse ex jam dictis liquido apparet: sed ad posteriora referendum, postquam nimirum D. Augustus hoc jus à Principe peti voluit. Fallitur Theophilus, dum putat hoc jus à populo aut senatu concessum fuisse.

De jure respondere] Veteres codices, (auctore D. Pacio) habent *jura condere*, id est, *νομοθετεῖν*, non malè: nam & consulti quodammodo jus condebant; nempe, ut rectè Theophilus, κατὰ πεῦσιν καὶ ἀπόκρισιν, *per consultationem & responsionem* quo sensu etiam juris conditores nonnunquam appellantùr, *l. nulla 23. C. de proc. l. si furiosi 25. C. de nupt.* Cæterum, ut dixi, quod ita respondentes interpretando condebant, non ex propria eorum auctoritate statim valuit aut vim legis habuit; sed tum demum habere cœpit, cum usu forensi receptum esset: errantque adeo toto judicio, qui tantam Jurisconsultis auctoritatem tributam fuisse existimant, ut novum etiam jus condere potuerint per *l. ult. C. de legib.* ubi tamen nihil eis conceditur, quod antea non habuerint; sed tantum relinquitur pristina legum interpretandarum facultas, *add. D. Gudelin. 5. de jur. nov. 2.*

Constitutum erat] Malo *institutum*, ut nonnulli codices habent: nulla enim constitutione tale quid sancitum fuit.

Jurisconsulti] Item jurisperiti, & prudentes, & auctores juris, modestiæ quoque causa juris studiosi appellari amabant: fortassis ad exemplum Pythagoræ, qui se non σοφὸν, sed φιλόσοφον dici voluit. Itaque hæc appellatio communis est tam præceptorum, quam discipulorum & auditorum juris, *l. 1. de off. assess. l. 9. §. 4. de pœn. l. 4. de extr. cogn.* quibus in locis constat juris studiosos pro juris professoribus & assessoribus comitibusve judicum accipi. *add. Cujac. 7. observ. 25. Rev. 2. conject. 10.*

Quorum omnium] aut utique plurimorum: nam singulorum sententiis eam vim tribuere perquam absurdum; & videtur Justinianus, ut verba postrema hujus §. arguunt, respicere ad constitutionem Theodosii, quæ extat *in l. un. Cod. Theod. de resp. prud.*

TEXTUS.
De jure non scripto.

9. ***Sine scripto jus venit, quod usus approbavit; nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur.***

NOTÆ.

9. *Diuturni*] Propria hæc sunt epitheta consvetudinis, ut dicatur, diuturna, longa, inveterata: quanto autem tempore introducatur, jure nostro definitum non est.

Legem imitantur] Id est, legis vim & effectum habent, *l. 32. & seq. D. de legib.* Quin etiam plus valere & in rebus majoris momenti versari leges, quæ moribus comprobatæ sunt, quam quæ scripto constant, testatur Aristot. 3. *Polit. cap. ult.*

COMMENTARIUS.

1. *Juris non scripti seu longa consvetudine introducti quanta, & unde auctoritas, num. 2. & 5.*
3. *Ad jus consvetudine introducendum opus esse probabili superioris scientia.*
4. *Quantum tempus, quot actus & quales ad inducendam consvetudinem necessarii.*
6. *Applicatio superioris divisionis ad jus civile Batavorum.*
7. *An plures species juris, quam quæ memoratæ, & de æquitate, & communi opinione.*

Sine scripto] De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus 1
& consvetudine inductum est, *l. de quib. 32. de legib.* Imo magnæ auctoritatis hoc jus habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere, *l. imo magna 36. eod. Usus est.* inquit alicubi Livius, *gravissimus juris censor & explorator, ut non possit non æquum esse & utile, quod is probavit, sæpius facto periculo.* Cui simile est, quod Aristot. 3. *Polit. ult.* scribit, *plus valere & in rebus majoris*

majoris momenti versari leges, quæ moribus comprobatæ sunt, quam quæ scripto constant. Dicitur autem hoc jus non scriptum, non quod scribi non possit, sed quod scribi necesse non sit, *d. l.36.* Utique tamen utile est scripto id comprehendi ad lites & sumptus probationum minuendos; & videmus multarum regionum consvetudines non modo scriptas, sed etiam commentariis illustratas circumferri. Neque tamen idcirco consvetudo fit jus scriptum, quod legem appellamus: quia non ex scriptura, sed ex usu æstimatur; & facilioris tantum probationis causa scripta intelligitur.

Consensu utentium] Nimirum tacito. Nam quemadmodum expresse sanctio legem facit, ita tacita populi voluntas consuetudinem; unde quoad vim &
2 effectum inter hæc duo nihil interest. Quid enim refert, ait Julianus in *d.l.de quibus suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis & factis?* Populum autem etiam hic intelligere debemus nullius imperio subjectum: nam quæ civitates alterius imperio parent, non magis tacito consensu consuetudinem introducere possunt, quam expresso legem. Hinc quia ejusdem est legem tollere, cujus est condere, rectè rescriptum est in *l. 2. C. quæ sit long. consf.* legi à Principe latæ contraria consuetudine derogari non posse. Quamobrem etiam existimandum est Julianum in *d.l.quibus,* respexisse ad anteriora tempora, quibus populo adhuc jus suffragii erat, aut ad ea jura, quæ nondum sublato jure suffragii moribus introducta sunt: quale est pupillaris substititio, *l.2. de vul. & pup. subst.* item querela inofficiosi testamenti *l.8. in pr. de bon. poss cont. tab.* donationis inter virum & uxorem inprobati, *l.1. de don. int. vir. & ux.* & si quæ sunt generis ejusdem. Fortassis etiam jura municipiorum consideravit, quæ suis legibus & moribus utebantur etiam sub. Imperatoribus, ut notavi *sup.* §.1. Evincit hoc ipsa Jurisconsulti disputatio, qui argumentatur à jure suffragii ad jus introdu-
3 cendi consvetudinem. Proinde in statu populari jus consvetudinis introducendæ, quæ instar legis sit, solus populus habere potest; in monarchico aut optimatum non item: sed in ea introducenda probabilis Principis aut superioris scientia & patientia requiretur, ut rectè D. Wesemb. *par. de legib. n.9. & D. Gudelin. lib.5. de jur. noviss.c.2. per d. l. de quib. & d. l.2. C. quæ sit long. consf.* etsi quod non requiratur scientia superioris communior opinio est, quam post *Schneid. hic n.2.* probat D. Tulden. *ad. d. tit. C. n.* 1. & in judicando secuta est suprema Curia Mechlin. teste D. Cristin. *vol.2. decis.55. n.5. & 6.* neque D. And. Gail. 2. *obser.* 31. aut Mynf. 9. *obs.*41. *& seq.* hoc inter requisita consuetudinis numerant. Planè quatenus civitates statuta condere possunt, nec consuetudines statutis similes introducere prohibentur, aut ante statuta tacitè abrogare.

Diuturni mores] Propria hæc epitheta sunt consuetudinis, ut dicatur diuturna, longa, inveterata. Nam cum sensim tacito consensu populi inducatur, necesse est is consensus ex factis & tractu temporis arguatur. Et quia hoc respectu consuetudo facti est, probari quoque debet, atque ad eam probandam multum confert, si ea judicio contradictorio aliquando firmata sit, *l. cum de consvetudine 34. de legib.* Quantum autem tempus & quot actus ad introdu- 4
cendam consvetudinem requirantur, inter interpretes non satis convenit, *D. Connanus 1. comm. 10. & Hotom. hic,* tantum tempus requirunt, quantum superstitum hominum nec ætas nec memoria comprehendit per, *l.1. §.ult. junct. l.2. §. idem Labeo 7. de aq. pluv. arc.* Vulgo, testibus *D. Gail. 2. obs.41. Mynf. 6. obs.41. Schneid. hic n. 5. Wesemb. par. de legib. num.9.* arbitrantur consvetudinem induci decennio aut tanto tempore, quanto jus aliquod præscribi potest. Verum, ut rectè *D. Ant. Fab.1. jurispr. 2. pr.11.* notat, in eo hi omnes errant, quod consvetudinem cum præscriptione juris confundunt. Præscriptio enim nullum jus acquirit nisi præscribenti, & in eos duntaxat, contra quos præscriptum est, & in tantum, in quantum præscribens possedit vel quasi. Consvetudo vero acquirit jus in universum omnibus & contra omnes in suo casu: quia cum sit lex quædam tacita, legem imitatur, *l. ult. C. quæ sit long. consf.* Quam ob causam cum *D.Cujac. 20. obs.1. & Menoch. consil.543. num. 20.* potius judicis arbitrio hoc definiendum censeo, qui pro negotii qualitate modo longius modo brevius tempus statuere possit, & quantumcumque tempus sufficere, modo adsit actuum frequentia, & uniformitas, ut *Ant. Fab. ad l. nam Imperator. 38. de legib.* Et quoniam in consvetudine introducenda non hujus aut illius hominis vel etiam ordinis morem inspicere debemus, sed totius populi usum, eumque colligere ex iis, quæ non semel aut bis, sed frequenter circa eandem rem & controversiam observata sunt, *l.1. C. quæ sit long.consf.* & observata tenaciter, hoc est, perpetuo similiter, *l.ult. C. eod.* non putarem ad inducendam consvetudinem duos actus sufficere, quantumvis judiciales & notorios, quæ communis est opinio probata item à *Gail. & Mynf. dd. loc.* sed hoc etiam arbitrio judicis relinquendum, ut cætera, quæ certo jure definita non sunt, *arg.l.1.§.ult. de jur. delib. l.9. C. de bon. auct. jud. poss. Cujac. Menoch. Fab. ubi sup.* eleganter *D.Diod. Tulden. in comm. ad hunc tit. cap.4.* Illud majoris partis consensu & rectè receptum est, cum de consvetudine probanda quæritur; necesse non esse probare, eam aliquando firmatam fuisse judicio contradictorio. Nam cum ea populi consensu inducatur, quid refert, quod non etiam intervenerit res judicata? Quid si tam certum jus fuerit, ut de eo nunquam

apud

apud judicem dubitatum sit, an non majoris auctoritatis id videri debet, quam quod in judicio contradictorio approbatum? *l. imo magnæ 36 de legib.* Consilii igitur est, non necessitatis, quod scribit Ulpianus in *l.34. d. tit.* cum de consvetudine quæritur, primum explorandum esse, an etiam contradictorio aliquando judicio confirmata sit. Consilium dat, ut id fiat, quia illa exploratio utilis est probaturo consvetudinem, scilicet ut paratas habeat easdem illas probationes, quibus consvetudo tum probata est. Et secundum hanc opinionem in Camera judicatum testatur *Gail. 2. obs. 31. num. 8. add. Mynf. 6. obs. 41. num. 15. Schneid. hic num. 6. Christ. vol. 4. decis. 187. num. 7. & seqq.* ubi plures citat, qui hanc sententiam defendunt, & communem asserunt. Itaque quoque judicatum refert *Radelant Traject. decis. 3. num. 4.*

5 *Legem imitantur*] Id est, vim & effectum legis habent. Itaque non hic solus consvetudinis effectus est, quod jus novum de quo nihil ante cavebatur inducat; sed etiam quod latam antea legem abroget, *§. pen. inf. eod.* Est & alius item consvetudinis effectus, in jure scripto nimirum interpretando. Nam si de interpretatione dubiæ alicujus legis quæratur, monemur in primis inspiciendum esse, *quo jure civitas retro in hujusmodi casibus usa sit*: optimam enim legum interpretem esse consvetudinem, *l. si de interpretatione 37. & l. seq. de legib.* minimeque mutanda, quæ interpretationem certam semper habuerunt, *l. minimè 23. eod.*

6 Nos item in his regionibus aut scriptis legibus utimur, aut non scriptis. Leges scriptæ aut generales sunt, quæ ad omnes pertinent, & ubique locorum in hac provincia vim habent, aut speciales, quæ sunt propriæ alicujus loci, aut privilegia certis corporibus, collegiis civitatibus, aut regionibus, itemque certæ alicui personæ aut pluribus unius generis, ut viduis, pupillis, pauperibus, &c. concessa. Generales leges soli sanciunt Ordines, aut Præfecti, quibus ea potestas, sub nomine Comitum aut summorum magistratuum legitimè delata est. Sed & sine hac delatione, Præfecto Provinciæ una cum Præside aliisque Curiæ Provincialis Senatoribus jus est de quibusdam causis leges ferre, nempe de iis; quæ ad usum fori, morem judiciorum, ad lites tractandas atque expediendas, ad frustrationes & captiones scribarum, advocatorum, procuratorum, viatorum &c. corrigendas pertinent, quippe quibus in hac parte cura reipub. jam ab initio mandata fuit, *Merul. lib. 1. tit. 4. c. 3. add. Christin. vol. 2. decis. 51. num. 8. & decis. 65. num. 3. & 4.* nisi hæc Curiæ decreta speciales potius leges dicendæ cum *D. Grot. 1. manud. 2.* Speciales leges non tantum Ordines condunt, aut Præfecti, quos diximus, privilegiis ferendis, aut condendis statutis particularibus: verum etiam prætores & Baillivi de sententia magistratuum urbanorum legitimè congregatorum in sua quisque civitate leges locales quas *Heuren* appellamus condere possunt: item Baillivi cum potissimis agros colentium, *(Melgeboren Mannen)* prætores pagani cum Scabinis in agris & pagis de rebus ad jurisdictionem suam pertinentibus; quatenus nimirum jus condendorum statutorum ab iis, quæ summæ rei præsunt, acceperunt. Leges non scriptæ sive mores aut inveteratæ Consvetudines & ipsæ partim generales, qualis est communio bonorum inter conjuges; partim speciales, quale est jus retractus, quod in Rhinlandia, Delflandia, Kennemerlandia & agro Voornano observatur, *D. Merul. d. lib. tit. 4. c. 1. & seqq. Grot. d. loc.* Quod si de re, de qua quæritur, nihil legibus aut moribus nostris definitum est, jus commune, hoc est, Romanorum, sequendum est, auctore *D. Grot. d. loc. add. Christin. vol. 1. decis. 343. Gudelin. lib. 1. de jur. Nov. c. 13. & lib. 3. cap. 13.*

Et hactenus quidem explicatæ sunt partes juris civilis à Justiniano propositæ. 7 Sed an non plures poni debuerint, dubitari potest. Video enim, à nonnullis inter partes juris non scripti præter consvetudinem, quæ sola à Justiniano posita est, numerari etiam res judicatas sive præjudica, & æquitatem. Sed utrumque perperam. Nam etsi rerum, præsertim sæpius judicatarum, non vilis est auctoritas: vim tamen legis minimè habent, nec jus inducunt, quod inter alios, simili aut ejusdem generis controversia mota, sequi necesse sit, *tit. C. res int. al. act. aut jud. al. non noc.* eoque pertinet, quod Imp. in *l. nemo C. de sent. & interl.* rescribit, & vulgo dici solet; *Non exemplis, sed legibus judicandum esse. Christin. vol. 2. decis. 51. num. 5. & seq.* Sed nec æquitas propriè dicta hujus juris pars est. Est quidem ἄγραφον, quia scripta non est: sed non eo sensu ita appellari potest, quo jus illud constituit speciem juris civilis. Quod ut planius intelligatur, observandum est; nomen æquitatis dupliciter accipi; vel in genere pro æquo, quod cum omni jure conjunctum est; vel in specie pro eo, quod est à jure civili diversum: Generalis appellatio etiam juri civili convenit: nam omnibus legibus & juri civili æquitas aliqua inesse creditur, nomenque juris non meretur, quod ab omni æquitate destitutum est. Atque hoc sensu Cicero in *Topic.* jus civile definit *æquitatem constitutam iis, qui sunt ejusdem civitatis.* In specie autem & propriè accepta æquitas juri opponitur, non scripto, ut malè nonnulli, sed stricto. Hæc Græcis ἐπιείκεια dicitur, nostris etiam æqvum & bonum, humanitas, benignitas: & ab Aristotele 5. *Eth.* 10. definitur ἐπανόρ-

ἐπανόρθωμα τοῦ νομίμου δικαίου, *juris legitimi correctio*. Cujus usus elucet cum in verbis legis ex sententia extendendis & ad casus similes producendis, ubi lex minus scripsit, plus voluit; tum in verbis restringendis, ubi ex sententia constat plus scripsisse legislatorem, minus voluisse: maximè verò in benigna legum interpretatione, earumque ad singulas facti species accommodatione; tali tamen, quæ ab expressa & manifesta legislatoris voluntate non recedat. Huc pertinet *l.* 10. *& seqq. de leg.* item *l.* 17. *& multa seqq. eod.* Atque hinc etiam peti potest conciliatio *l. placuit. C. de judic.* cum *l.* 1. *de leg. & l. prospexit.* §. 1. *qui & à quib. man. Gudelin.* 5. *de jur. Nov.* c. 2. *Christin. vol.* 2. *decis.* 62. *n.* 3. *& seqq.* Non est ergo æquitas hæc species juris civilis, sed quid à jure civili diversum, consistens magis in arbitrio boni viri & judicis: unde & nonnunquam boni viri arbitratus & religio judicis appellatur. Quamobrem rectè Aristoteles *d. loc.* æqvum & bonum comparat regulæ Lesbiæ. quippe cum indefinitarum rerum & norma indefinita esse debeat, æquo & bono ita utendum esse ait, ut fabri cæmentarii & structores utuntur norma Lesbia, quæ cum plumbea sit & flexibilis, eam structuræ, cum usus est, accommodant, nec semper ad normam exigunt structuram: quod Guil. Budæus initio *annot. prior.* opulentius explicat. Ea quæ de auctoritate communium opinionum hic disputari solent, in medio relinquo. Unum dico, etsi non vile esse debet, quod plures sentiunt, & id judicium integrius haberi, quod plurium sententiis comprobatur: *Clement.* 1. *vers. quod etiam de sent. excom. l.* 1. *in pr. de eff. quæst.* non tamen usque adeo valere debere, ut in manifesto errore jus faciat, *arg. l.* 2. *C. quæ sit long. consu. vid. Menoch.* 2. *præsumpt.* 71. *n.* 24. *& ibi citatos D. Diod. Tulden. hic c.* 7. *latè Osvv. Hill. notat. in Donn. lib.* 26. *cap.* 2.

TEXTUS.
Ratio superioris divisionis.

10. *Et non ineleganter in duas species jus civile distributum esse videtur. Nam origo ejus ab institutis duarum civitatum, Athenarum scilicet & Lacedæmoniorum, fluxisse videtur. In his enim civitatibus ita agi solitum erat, ut Lacedæmonii quidem ea, quæ pro legibus observabant, memoriæ mandarent: Athenienses verò ea, quæ in legibus scripta comprehendissent, custodirent.*

NOTÆ.

10. *Non ineleganter*] Nec admodum tamen eleganter, ut apparet ex iis, quæ Hotom. & Bachou. *Lacedæmonii*] Lacedæmonii scriptis legibus usi non sunt, atque una τῶν καλουμένων ῥητρῶν hæc erat, μὴ χρῆσθαι νόμοις ἐγγράφοις, *scriptis legibus non uti.* Plutarch. *in Licurg.*

COMMENTARIUS.

1. *Error Triboniani notatus.*

Exactis regibus cœpit populus Rom. incerto magis jure & consuetudine uti, quam lege lata: donec placeret publica auctoritate decem constitui viros, per quos peterentur leges à Græcis civitatibus. Itaque legati Athenas missi, qui inclytas Solonis leges describerent, & aliarum civitatum Græcarum instituta, mores, juraque cognoscerent, *Pomp. l.* 2. §. *exactis* 2. *de orig. jur. Liv. lib.* 3. Hæ leges in 12. tabulis postea descriptæ leges decemvirales & 12. tabb. sunt appellatæ; fons omnis publici privatique juris, auctore eod. Livio. Ex quibus perspicuum est, jus scriptum sive leges Romanorum originem suam habere partim ex legibus, partim ex moribus Græcarum civitatum, & insigniter errare Tribonianum, qui jus scriptum Romanorum ab Atheniensibus, non scriptum à Lacedæmoniis arcessit. Nam primum malè confert leges non scriptas Lacedæmoniorum cum jure non scripto Romanorum. Neque enim Lacedæmoniorum leges fuere jus aliquod moribus introductum, quo sensu jus non scriptum hic accipi constat, & scripto, hoc est, legibus latis opponi: sed leges propriè dictæ & expressim sancitæ; quamvis eas non scribi, sed in memoria conservari voluerit legislator eorum Lycurgus. Secundo nec mores Lacedæmoniorum dici possunt originem dedisse juri non scripto Romanorum, non magis quam mores Atheniensium aut aliarum Græciæ civitatum, unde legati Roma missi leges petierunt. Nam non minus mores, quam leges horum populorum, descripti in illis, quas dixi, duodecim tabulis, lege decemvirali perlata, partem juris scripti Romanorum constituerunt.

TEXTUS.
Divisio juris in immutabile & mutabile.

11. *Sed naturalia quidem jura, quæ apud omnes gentes peræquè observantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent. Ea verò, quæ ipsa sibi quæque civitas constituit, sæpe mutari solent, vel tacito consensu populi, vel alia postea lege lata.*

NOTÆ.

NOTÆ.

11. *Divina providentia*] Quorum Deus inventor, disceptator, lator, ut loquitur Cic. Intelligit ergo jus gentium primævum, quod nobis ingenitum; non secundarium, quod usu exigente inventum.

Immutabilia] Jus naturale semper & ubique justum est, & fuit: unde nec quod hoc jure prohibetur, juberi potest, nec quod jubetur, vetari. Grot. 1. *manuduct.* 2. addi tamen ei aliquid potest, aut detrahi, *l. 6. D. de just. & jur.*

Tacito consensu] Non tamen novum jus longo usu introduci potest, sed id etiam, quod ante lege aliqua constitutum erat, contrario usu abrogari, *l. 32. D. de legib.*

Alia postea lege lata] Nam posteriores leges semper potiores sunt prioribus, *l. ult. D. constit. Princ. Harm. lib. 1. tit. 1.* Varro *lib. 8. de lingua; An non sæpè veteres leges abrogatæ novis cedunt?*

COMMENTARIUS.

1. *Jus naturale seu jus gentium primævum immutabile esse, non item jus gentium secundarium, nisi proportionaliter.*
2. *Immutabilitatem illam præcipuè apparere in notionibus divinitus animis hominum impressis, quod exemplis declaratur.*
3. *Leges civiles etiam consuetudine contraria abrogari posse.*
4. *Expediatne leges aliquando mutari.*

EXposito jure tum naturali, tum civili, observataque utriusque differentia in causis efficientibus, non incommodè hoc loco subjicitur alia quædam differentia, quæ in effectu cernitur.

Quasi divina providentia constituta] Hoc est, quæ ab incorrupta ratione, à simplici illa notitia mentibus nostris divinitus impressa promanant. Jus quod nobiscum natum est, non ab hominibus excogitatum; cujus Deus est inventor, disceptator, lator, ut loquitur M. Tullius *lib. 3. de repub.* Apud Xenophontem *lib. 4. memorab.* hujusmodi jura θεῶ νόμοι dicuntur. De jure igitur gentium primario, id est, eo, quod
1 simpliciter naturale est, hæc accipienda sunt, non de secundario, quod usu exigente inventum. Nam diligenter distinguenda naturalia præcepta ab his, quæ pro certo statu duntaxat naturalia sunt; jura multis populis seorsim communia ab his, quæ societatis humanæ vinculum continent. Sic vetera gentium jura circa bella & res bello captas, circa incrementa fluminum, &c. multum mutata hodie videmus. Sed & multa, quæ jus naturæ non jubet, sed permittit tantum, communi consensu prohiberi possunt, uti factum circa omnia ferè ἀδιάφορα, de quo suo loco disseremus uberius. Sanè etiam jus gentium secundarium ἀναλόγως immutabile dici potest; utique multo difficilius tollitur, quam jus civile.

Immutabilia] Jus naturale semper & ubique justum est & fuit: nec aliud hic, aliud Romæ, aliud Athenis, aliud nunc est, aliud posthac erit, Nam ut recta ratio insita à natura & diffusa in omnes constans est & sempiterna, ita & quod ea præscribit, semper atque ex se justum est atque immortale. Quamobrem nec quod hoc jure prohibetur, juberi potest, nec quod jubetur, vetari, ut rectè *Grot. 1. manud. 2.* & convenienter ei, quod scribit Jurisconsult. in *l. 6. de just. & jur.* jus civile *in totum à jure naturæ recedere non debere.* Nec est contrarium, quod Jurisconsult. addit, jus civile *non per omnia juri naturali, servire, sed plerumque ei addere aliquid aut detrahere.* Nam illa addi- 2
tio aut detractio nihil aliud est, quam generalium juris naturæ præceptorum ad usum moresque civium & formam reip. specialis cum delectu accommodatio. Quod quamvis variis in locis diversimodè fiat, atque etiam in applicando naturæ jura inflecti quodammodo videantur; immutabile tamen pertinet τὸ αὐτοδίκαιον, quod per se atque ex sui natura justum est, vimque suam perpetuo retinent in obligandis conscientiis anticipatæ in animis nostris communes illæ, quas diximus, notiones, in quibus hæc constantia atque immutabilitas præcipuè elucet. Covarr. *de matr. p. 1. c. 6. §. 9. n. 7.* belle *Michael. Ephes. ad 5. Ethic. Albert. Bolong. c. 16. de lege, juris & æquit. §. 16.* Exemplis res fiet illustrior. Lex naturæ ita præscribit; *Deum colito; Liberi potestati patris subjecti sunto; Pacta conventa servato.* Hæc sunt æternæ legis perpetua decreta, & quæ nullo jure civili abrogari possunt. Tantum in modo applicandi, de quo lex naturæ nihil definit, varietas aliqua apparet, propter varietatem constitutionum civilium: ut scilicet hoc vel illo ritu externo adhibito, Deus colatur: ut patribus in liberos vel eadem, quæ dominis in servos, potestas sit, & quodcunque per filium acquiritur, id acquiratur patri, vel ut jus tantum pater habeat filium modicè & sine acerbitate castigandi, & contumacem expellendi domo: ut pacta etiam nuda efficaciter obligent, aut eam vim tantum habeant vestita, ut vulgo loquuntur. Ait Justinianus, nihil tam conveniens esse æquitati naturali, quam voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi, *§. per traditionem 40. inf. de rer. div.* At lex civilis occurrens temerariæ hominum liberalitati, cujus eos mox pœnitere posset, modum huic rei in donatione præscripsit, eamque donationem, quæ quingentos solidos excederet, non aliter ratam esse voluit, quam si actis sit insinuata, *§. 2. inf. de donat.* Hoc, inquam, facto non mutatur jus naturale, sed adjuvatur, dum propter utilitatem civium (quo legislatores omnes spectant, tametsi non idem sem-

semper constituant (aliquid ei adjicitur, aut si mavis, detrahitur, respectu scilicet præcepti generalis. Atque hoc est, quod DD. nostri ajunt, jus naturale *modificari, declarari, & provisionibus adjuvari posse*: sic enim loqui amant *Io. Fab. Aug. & alii ad hunc §.* Sexcenta ejusdem generis exempla afferri possent (occurrunt enim in omnibus fere partibus juris civilis) sed quæ pauca è multis retulisse, puto rei declarandæ sufficere. Illud etiam sciendum est, esse quosdam quasi gradus principiorum practicorum & præceptorum naturæ, ac nonnunquam usu venire, ut inter se hæc concurrant & invicem obstent. verbi causa; Lex naturalis est; *Non occides.* Et altera ejusdem generis, sed momentosior, quæ sui defendendi causa permittit aggressorem occidere. In hoc concursu lex inferior superiori cedat necesse est *Wesemb. par. de just. & jur. n.15.*

3 *Tacito consensu*] Quamobrem non tantum jus novum longo usu introduci potest, sed etiam id, quod ante lege aliqua constitutum erat, contrario usu abrogari. Atque hoc omnino consequens est rationi Juliani, qui in *l. de quibus 32. de legib.* nihil interesse scribit, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis & factis. Ex eodem loco etiam hoc colligitur, quod supra diximus, cessante jure suffragii non tantum cessare jus populi in lege palam ferenda; verum etiam in consvetudine, contra jus â superiore constitutum introducenda; quoniam ejus solius est legem tollere, cujus est condere. Ita cape *l.2. C. quæ sit long. cons.* aut de consvetudine alicujus municipii, *fac. l.3. §. Dinus 5. ff. de sepulch. viol.*

4 *Alia lege lata*] Expediatne leges mutare aut quando expediat, politicæ disquisitionis est: cujus tamen quæstionis decisionem suggerit Ulp. in *l.2. de const. princ. In rebus,* inquit, *novis constituendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo jure, quod diu æquum visum est.* Eaque consentiens est politicorum omnium sententia. *Plato lib.7. de legib. Aristot. 2. pol. 6. in fine Bodin.4. de rep. 3. Lips.4. pol.9. Connam.1. comm.9.*

TEXTUS.
De Objectis Juris.

12. *Omne autem jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. Et prius de personis videamus: nam parum est jus nosse, si personæ, quarum causa constitutum est, ignorentur.*

NOTÆ.

13. *Vel ad personas, &c.*] Distributio ex objectis ad finem juris obtinendum accommodata. ex *l.1. D. de stat. hom.* Omne jus redditur personis de rebus per actiones & judicia. M. VV.

COMMENTARIUS.

Hoc §. transitus fit à jure constituente ad jus constitutum, & methodica quædam via, pro materiæ diversitate, circa quam illud versatur, ad hujus cognitionem sternitur, præeunte Cajo in *l.1. de stat. hom.*

Vel ad personas &c.] Distributio ex objectis, ut apparet, ad finem juris obtinendum accommodata. Finis juris, quod jam sæpè diximus, est suum cuique tribuere. Ut autem hunc finem consequamur, necesse est primum scire, quid sit suum cujusque; deinde qua ratione, si id ultrò non præstetur, ab invito obtineamus. Cognitio ejus quod cujusque est, vel ex persona sumitur, vel ex rebus; ex jure, quod quisque vel conditione & statu personæ suæ habet, vel ratione rerum externarum. Conditione personæ multum inter se homines differunt: alii enim liberi sunt, alii servi; liberorum alii ingenui, alii libertini; alii patresfam. alii filiif. patrumf. alii in tutela, alii in curatione, alii in neutro eorum. Ac pro diversis hujusmodi qualitatibus diverso quoque jure in civitate censentur; quod quia statum ac conditionem personæ sequitur, jus personarum appellatur: deque eo deinceps hoc primo libro disputabitur. In rebus externis quod cujusque est, id aut est jus reale, nempe dominium aliudve in rem aliquam jus; aut personale duntaxat, uno nomine obligatio sive creditum. Illud D. Grotio est *Beheering.* hoc *Inschuldt. 1. manuduct. c.1. & 2. c.1. circa fin.* Nimirum ergo huc pertinent non tantum modi acquirendi dominii aut juris alicujus in rem dominio proximi, modi acquirendi res singulas aut per universitatem: sed etiam modi contrahendarum & acquirendarum obligationum, & contra etiam horum omnium amittendorum aut infirmandorum ac distrahendorum rationes; agiturque de hoc jure *lib.2.3.* & parte quarti usque ad *tit. de actionib.* Obtinendi utriusque juris ratio est in actionibus, hoc est, juris nostri persecutionibus, sive id fiat in judicio, sive extra judicium auctoritate magistratus; quod argumentum ultimo tractatur loco.

TITU-

TITULUS TERTIUS.
De Jure Personarum continuatio.

Conc. tit. 5. lib. 1. D.

Quid hic persona, quid status & jus personæ.

IN calce præcedentis tit. proposita fuit series & dispositio summarum partium, quæ deinceps hoc libro & sequentibus singulatim tractantur. Initium fit à personis, quarum causa cætera constituta sunt. In Pand. titulus ejusdē planè argumenti inscribitur de *statu hominum*. Unde intelligimus personam hic non qualitatem civis, sed hominis designare, aut potius hominem simpliciter; eamque appellationem tam servo competere, quam homini libero: sicut & in jure passim etiam servo tribuitur, *l. 3. pr. ne quis eum qui in jus. voc. l. potestatis de verb. sing. l. 22. de reg. jur.* Item jus personæ hic esse, quod statum & conditionem personæ sequitur: nam status ipse est personæ conditio, aut qualitas, quæ efficit, ut hoc vel illo jure utatur; ut esse liberum, esse servum, esse ingenuum, esse libertinum, esse alieni, esse sui juris. Itaque status rationem causæ, jus effecti habet.

TEXTUS.
Prima divisio personarum.

Summa itaque divisio de jure personarum hæc est: quod omnes homines aut liberi sunt, aut servi.

NOTÆ.

Iure personarum] In ff. *de statu hominum.* status rationem causæ, jus effecti habet: status est ipsa personæ conditio, jus, quod hanc conditionem sequitur.

Summa divisio] Id est, prima & principalis, vel generalissima, πρώτη καὶ ἀκροτάτη. *46. basil. tit. 1.*

Liberi aut servi] Ex *l. 3. D. eod.* Adscriptitios, de quibus *lib. 11. Cod.* alii in liberorum, alii in servorum numero ponunt.

COMMENTARIUS.

1. *Adscriptitii cujus conditionis habendi, & num. 3.*
2. *Servi diverso respectu ad primum & secundum juris objectum pertinent.*

1 SUmma] id est, prima & principalis, vel etiam generalissima; nam reliquæ sunt secundariæ aut speciales. De agricolis & adscriptitiis quæri solet, quibus comparandi. Et quod in re non dissimili respondet Ulp. *in l. 10. hoc tit.* etiam his respondeti potest, ejus conditionis æstimandos esse, quæ in eis prævalet. Non enim una agricolarum coloniis addictorum conditio fuit. Quidam eorum censiti erant, quidam non censiti: hi coloni, illi ferè adscriptitij dicebantur. Adscriptitij quasi servi erant, peculiumque eorum ad dominum pertinebat: coloni liberi, ut coloni Palæstini, Thracenses, Illyricani, de quibus proprij *tit. lib. 11. C.* Adscriptitij tributarij erant, id est, capitis censum sive capitationem præstabant: coloni non erant tributarij, reditus tamen certos pro solo domino terræ solvebant. Consule *Cujac. ad tit. C. de agric. & cens. Greg. Tholos. 14. synt. 10.* & omnino *Christin. vol. 5. decis. 86. & seq.*

Servi] Videmus igitur & hic in *l. 3. eod.* unde hæc sumpta, non solum liberos, sed etiam servos ad primum juris objectum referri, videlicet ad personas. Atqui servi non minus in dominio nostro & in 2 commercio sunt, quam reliqua, quæ in bonis habemus, adeoque quadrupedibus eos exæquat Gajus in *l. 2. §. 2. ad leg. Aquil.* Unde effici videtur, ut servi non ad personas, sed ad res referri debeant, non ad primum, sed ad secundum juris objectum. Sed nimirum duplex est servi consideratio, qua res, quæ in commercio est, ut & reliquæ res nostræ; & qua persona, quatenus puta cognatus dicitur, *l. 14. §. 2. & seq. de rit. nupt.* quatenus liber fieri, hæres institui, &c. contrahere & dominum de peculio obligare, ipse iterum naturaliter obligari & alios sibi obligare potest, *l. 14. ff. de oblig. & act.* Prout igitur consideratur, ita vel ad primum vel ad secundum objectum pertinet.

In hisce & plerisque aliis Christiani orbis provinciis quamvis nulli amplius servi sint; reperiuntur 3 tamen adhuc homines conditionis adscriptitiæ, sive rusticani glebæ addicti & quasi proprij illius loci, cui adscripti sunt; ut in Hannonia, teste D. Gudelino *1. de jur. nov. 5.* in Burgundia & multis partibus Galliæ. Hi enim sunt, quos vocant *Gens de main morte*, *homines manus mortuæ.* de quib. *Chass. ad consuet. Burg. rubr. 9. §. 17.* Germania quoque ejusdem conditionis homines habet, quos appellant *proprios*, & libertis magis similes esse, quam mancipiis scribit D. Vigilius ad *§. sed cum aliquis inf. de test. ord.* Christin. Latinis colonis eos comparat. *d. dec. 86. n. 18.* Sed vide Zas. *lib. 1. sing. resp. c. 3. n. 75. & seqq. & lib. 2. c. 7. n. 8. Gail. de pignorat. cap. 8.*

TEXTUS.

Textus.
Definitio libertatis.

1. *Et libertas quidem (ex qua etiam liberi vocantur) est naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut jure prohibetur.*

NOTÆ.

Facere libet] Effectus libertatis est, facere quod libet, est enim potestas vivendi, ut velis. Cic. *in Paradox.* Aristot. 1. *polit.* 9. Zeno apud Laërt. breviter, ἐξουσία αὐτοπραγίας, *potestas pro jure suo agendi.*

Nisi si quid vi] Finge nos vinciri, usu rerum nostrarum vi prohiberi, &c. hæc facultatem quidem faciendi impediunt, libertatem autem non minuunt.

Jure] Οὐ γὰρ ἐστι δουλεία τὸ ζῆν πρὸς τὴν πολιτείαν. Arist. 1. *pol.* 9. *Legum idcirco omnes servi sumus, ut liberi esse possimus.* Cic. *pro Cluent.* Indicat hanc exceptionem illud Persianum: *Excepto si quid Masuri rubrica vitavit.*

Commentarius.

Ex *qua etiam liberi*] Non ex vocabulo, sed ex re ipsa, quæ vocabulo designatur. Effectum à causa; concretum ab abstracto. Auctor hujus definitionis est Florent. *in l.* 4. *hoc tit.*

Cuique facere libet] Differentia ab effectu sumpta. Effectus libertatis est, facere quod libet: est enim *potestas vivendi, ut velis*, teste Cicerone in *Paradox. & 1. off.* à Zenone apud Laërt. breviter definitur ἐξουσία αὐτοπραγίας, potestas pro jure suo agendi. Cæterum quia hæc potestas partim vi impediri potest, partim legibus circumscripta est, additur exceptio, *nisi quid vi aut jure, &c.* qua exceptione significatur, duabus rebus, quo minus faciamus, quod lubet, nos impediri, vi & jure; neque tamen eo minus liberos esse. Finge igitur nos usu rerum nostrarum vi prohiberi, finge vinciri; facultatem faciendi hæc impediunt, libertatem non imminuunt. Sed neque eo minus sua cuique constat libertas, quod quædam facere legibus prohibemur: nam quæ cum legibus & bonis moribus pugnant, ea ne facere quidem nos posse credendum est, ut præclare noster Papinian. *l. filius.* 15. *de cond. inst.* Et diviné M. Tullius in Cluentiana; *Legum*, inquit, *idcirco omnes servi sumus, ut liberi esse possimus.* cui simile illud Arist. 1. *pol.* 9. Οὐ γὰρ ἐστι δουλεία τὸ ζῆν πρὸς τὴν πολιτείαν. Nimirum legis imperium non est δεσποτικὸν, sed πολιτικόν. Quapropter obedientia, quæ legibus ultro præstanda, ut omnibus libertas sit incolumis, non pugnat cum libertate, sed eam tuetur; quamvis coërceat atque in gyrum rationis actiones cohibeat, ne licentius evagentur, ut bene D. Wesemb. *hic & D. Tulden. c.* 2.

Textus.
Definitio servitutis.

2. *Servitus autem est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur.*

NOTÆ.

2. *Constitutio*] Id est, res jure gentium constituta, causa pro effectu. Sic thesaurus dicitur depositio pecuniæ *l.* 31. §. 1. *D. de acq. rer. dom.* pro *pecunia deposita.*

Dominio alieno] Unde Zenoni apud Laërt. servitus definitur στέρησις αὐτοπραγίας.

Contra naturam] Contra communem illam omnium hominum conditionem, quam ab initio habuerunt à natura, *l.* 3. *D. de just. & jur. l.* 32. *de reg. jur.* φύσει γὰρ οὐδεὶς δοῦλος ἐγενήθη ποτέ. Philist. Liberos & servos à natura procreari disputat Aristot. 1. *pol.* 3. & 4. sed alio sensu; nempe ingenio stupidos, & corpore robustos à natura productos videri ad serviendum iis, qui ingenio valent, ministerio scilicet œconomico. D. Heins. *in Epist. ad Georg. Richt.*

Commentarius.

Constitutio *juris gentium*] Causa pro effectu; res jure gentium constituta, non ordinatio aut pars constituens. Tropus in hujusmodi verbalibus non inusitatus: sic enim & thesaurus dicitur depositio pecuniæ, *l. nunquam* 31. §. 1. *de acq. rer. dom.* pro pecunia deposita apud Laërtium à Zenone definitur servitus, στέρησις αὐτοπραγίας.

Contra naturam] Hoc est, contra communem illam omnium hominum conditionem, quam ab initio habuerunt à natura. Nam servi natura, id est, citra factum humanum, aut primævo naturæ statu nulli sunt, *l.* 4. *de just. & jur d. l. quod attinet. de reg. jur.* quanquam justitiæ naturali non repugnat, ex pactione aut delicto servum fieri. Quod verò Aristoteles *lib.* 1. *pol.* scribit, servos quosdam nasci & natura esse, eo nihil aliud significat, quàm quosdam, nempe ingenio tardos ac stupidos, corpore autem robustos, in hunc finem à natura productos videri, ut aliis, qui ingenio &ra-

& ratione valent, serviant, subjectione scilicet œconomica, ad ministeria domestica explicanda; qua de re copiosè & acutè differit Clariss. Heinsius *in epist. ad Georg. Richterum.*

TEXTUS.

Servi & mancipii Etymologia.

3. Servi autem ex eo appellati sunt, quod Imperatores captivos vendere, ac per hoc servare, nec occidere solent; qui etiam mancipia dicti sunt, eo, quod ab hostibus manu capiantur.

COMMENTARIUS.

1. *Captos jure belli quovis tempore accidi posse: non tamen salvâ internâ justitiâ.*
2. *Sigonius & Bachovius notati.*
3. *Iura de captivis à gentibus introducta, ut captores libentius abstinerent à summo jure, quo captos interficere poterant.*
4. *Captivitatis jura in bello cum Mahumetanis adhuc servari: inter Christianos autem morem esse, ut captos liceat redimere.*
5. *In his regionibus servos adeò nullos agnosci, ut etiam illi, qui aliunde huc cum dominis veniunt, liberi fiant.*

EX *eo appellati*] Eadem ratio nominis redditur à *Florent. l.4. §.2. hoc tit. Pompon. l. pupillus 239. §. 1. de verb. sign. Augustin. 19. de civ. Dei. 15.* Notat hinc *Alciat. in d. l. 239. de verb. sign.* eumque secuti *Mynf. & Schneid. hic,* non licere hostem, postquam captus est, seque dedidit, occidere, sed tantùm arma adhuc tenentem, neque se volentem dedere. In dedititium autem sævire nefas esse, neque id bonos Imperatores unquam permisisse; quamvis plerique statuant, etiam postquam captus est, seseque dedidit, hostem jure occidi posse, donec intra præsidia nostra deductus sit: quia alioqui multa adhuc accidere possunt, ut iterum evadat, *arg. l. in laqueum 55. de acq. rer. dom.* Accuratius autem hac de
1 re disputat *D. Grot. lib. 3. de jur. bell. c. 4.* ubi multis adductis authoritatibus ostendit, jure belli licere captos occidere, & quovis tempore; licere & eos, qui se dedere volunt, nec recipiuntur; imò & deditos sine ulla conditione. Cum autem scriptores dicunt, id belli jure licitum esse, non intelligi tale jus, quod actum omni culpa liberet, sed facti impunitatem, ut si fortè qui supplicem aut se ultrò dedentem interfecerit, in alio territorio deprehendatur, tanquam homicida puniri non possit, nec bellum ipsi ab alio talis facti nomine inferri. Cæterum etsi impunè id fiat, laudabile tamen natura esse, actumque hujusmodi carere interna justitia, quoniam excedit modum lædendi naturaliter concessum: ideòque nec in foro animæ excusatum esse. Hinc Augustinum meritò laudare Gothos, quod supplicibus & in templa perfugientibus pepercissent, *illicitum sibi esse judicantes, quod belli jure fieri licuisset lib. 1. de civ. Dei cap. 2.* De illo inter omnes convenit eos, qui vitam salvam pacti, sive in fidem recipiuntur, nec exteriori jure trucidari licere. Porrò de temperamento circa jus interficiendi in bello captos adi eund. *Grot. d. lib. 3. cap. 11. & 14.* nonnulla etiam habet D. Tulden. *comm. ad Inst. tit. de his, qui sui vel. al. jur. cap. 3.*

Imperatores] Non intelligit Principes Romanos, sed στρατηγοὺς, belli duces, τῶν πολέμων ἡγεμόνας, ut rectè vertit Theoph. Quod hic ex Sigonio notat Bachovius, Imperatores dictos ab imperio militari, hoc est, jure belli gerendi, verum quidem est: Cæterum quod ex eodem Sigonio adjicit, hoc imperium militare magistratui seorsum lege Curiata dari solitum, falsum est. Nam lex Curiata omnibus omnium annorum patriciis magistratibus necessaria erat, non ad aliquod adventitium rei militaris imperium obtinendum, sed ad comfirmationem sui magistratus, ut religio auspiciorum, quæ propriè & præcipue in Curiarum suffragiis inerat, retineretur; quod vel ex una *orat. 2. in Rull.* intelligi potest, *vid. Gruch. lib. 3. comit. & in refut. post. disp. Car. Sigon.* ubi multis testimoniis ex antiquitate petitis ostendit, consules & prætores potestatem administrandæ rei militaris jure sui magistratus habuisse. 2

Vendere ac per hoc servare solere] Non quod hoc facere quasi ex pactione captores cogerentur, sed quia hoc svadebant commoda, quæ captivos servantem gentium item jure sequebantur: nempe διὰ τὴν ἐλπίδα τῆς πράσεως, ut est in Basilic. quo pertinet illud Horatii; 3

Vendere cum possis captivum, occidere noli.

Cæterum, ut ait Seneca in *Troad.*

Lex nulla capto parcit, aut pœnam impedit.

Et centurio Cæsarianus Scipionem alloquens apud Hirtium *de bell. Afric. Tibi,* inquit, *gratias ago, quod mihi vitam incolumitatemq; belli jure capto polliceris.* Similiter Cæsar Hæduis significat, suo beneficio servatos quos *jure belli* interficere potuisset, *lib. 7. comm.* Plura ejusmodi reperies apud *D. Grot. d. lib. 3. cap. 4.* vid. tamen eundem *d. lib. c. 11. & 14.* ubi docet, quid hic victori liceat secundum justitiam internam. Non frustra autem jura ista in captivos serva-

ros à gentib9 introducta exemplo bellorum civilium intelligi potest, in quibus plerumque videmus captos interfectos, quia in servitutem redigi non poterant, *l. si quis* 21. §. 1. *de capt. & postlim.* quod & Plutarchus notavit *in vita Othon.* & Tacitus *lib.* 2. *hist.*

Manu capiuntur] Hæc notatio si vera est, dicendum erit, hoc nomen ad res cæteras translatum esse. Nam mancipium teste Isidoro 8. orig. 4. veteribus dicebatur, quicquid manu capi subdique potest, ut homo, equus, ovis: adeoque omne, quod per æs & libram fiebat, in quo erant res mancipi, teste Varrone *in fin. lib.* 6. *de ling.* Postea receptum, ut & prædia inter res mancipi referentur, *Vlp. tit.* 19.

4 In Lusitania aliisque Hispaniæ partibus, & nonnullis aliis regionibus, quæ Turcis aut Scythis vicinæ sunt, vetera captivitatis & belli jura adversus Mahumetistas adhuc exercentur; qui eadem acerbitate & Christianos tractant, quos bello capiunt. Ac mos est captos servos permanere, etiamsi religionem Mahumetis ejuraverint, eo quod servum esse non adversetur legi Divinæ, 1. *ad Corinth.* 7. 21. *Deuteronom. c.* 15. *Exod. c.* 21. *Levit. cap.* 25. ubi de formis servitutis apud Hebræos, add. *Bodin.* 1. *de repub. c.* 5. *Connan.* 2. *com.* 1. *circa fin.* Inter Christianos autem jus istud gentium de captivis non obsevatur, apud quos licet res aliæ ex hostibus captæ capientibus acquiruntur, homines tamen capti servi capientium non fiunt, nec vendi possunt, aut ad operas urgeri, aliave patienda, quæ servorum sunt. Quippe Christianos lex charitatis rectius instituere debuit, quam ut à miseris hominibus interficiendis abduci nequirent, nisi minoris sævitiæ concessione. Atque hoc à majoribus ad posteros pridem transiisse scripsit Gregoras, nec eorum fuisse proprium, qui sub Romano imperio viverent, sed commune cum Thessalis, Illyriis, Triballis, & Bulgaris. Et quod hac in parte Christiani, item & Mahumetistæ inter se servant. Mansit tamen etiam inter Christianos mos captos custodiendi donec pretio redimantur, cujus æstimatio in arbitrio victoris est, nisi certi aliquid convenerit: nam pactum semel pro redemptione pretium victor augere non potest. *Guid. Pap. quæst.* 113. Humanitas etiam docet, non ultra intendi debere, quam deducto, ne egeat captus rebus necessariis: quandoque pactis hoc definitur, ut nunc inter milites menstruo stipendio. Jus autem captos servandi solet concedi singulis, qui ceperunt, extra personas eximiæ dignitatis: in has enim reipub. aut ejus capiti jus dant plerarumque gentium mores, testib. *Bart. & Bald. in l. nam & Servius, de neg. gest. Boër. decis.* 178. *Grot. lib.* 3. *de jur. bell. c.* 7 *n.* 9. Porro in hisce regionibus servos plane nullos habemus aut agnoscimus, adeo ut judicatum sit à summo Consilio, quod est Mechliniæ etiam eos servos, qui in Hispania empti cum dominis suis in has partes veniunt, in libertatem proclamari posse, liberosque fieri, sive libertatem iis, quamdiu hic sunt, jurisdictione defendi. In Gallia quoque servos, licet peregrinorū, ut primum regni fines penetraverint, eodem momento liberos fieri, exempla rerum judicatarum ostendunt. *vid. Bodin.* 1. *de rep.* 5. *Lud. Charond. es Pandect. du droict. Franc. lib.* 2. *cap.* 2. *Gudelin.* 1. *de jur. nov.* 4. *Francisc. Zypæum lib.* 3. *c.* 2. *n.* 11. *& seq. Christin. vol.* 4. *decis.* 80. *num.* 2. *& seqq. Grœnevv. de ll. abr. ad h. t.*

TEXTUS.
Quibus modis servi constituuntur.

4. ***Servi autem aut nascuntur, aut fiunt, nascuntur ex ancillis nostris: fiunt aut jure gentium, id est, ex captivitate; aut jure civili, cum liber homo major viginti annis ad pretium participandum sese venundari, passus est.***

NOTÆ.

4. *Nascuntur ex ancillis*] Ex Marcian. *l.* 5. §. 1. *eod.* Hi vernæ prudentibus dicuntur, de quo nomine vid. Fest. & Nonium. Eodem autem jure ex ancillis nati servi fiunt, quo sata cedunt solo; mater enim solo comparatur. vis patris sato. Cujac.

Iure civili] Etsi servitus ex jure gentium originem habet, sunt tamen modi quidam constituendæ servitutis etiam jure civili inventi, unus hic exprimitur, alios reperies apud Accurs. & Hotom.

COMMENTARIUS.

1. *Cur ad natos ex servo ventre dominium porrectum.*
2. *Quibus modis jure civili servi fiebant.*
3. *Si quis spontanea subjectione se in servitutem det.*

EX *ancillis nostris*] Non ipsi tantum, qui capiuntur, servi fiunt; sed & posteri in perpetuum: 1
nempe qui ex matre serva nascuntur. Et hoc est, quod Martianus dicit jure gentium servos nostros fieri, qui ex ancillis nostris nascuntur, *l.* 5. §. 1. *hoc tit.* Placuit autem ad natos dominium ideo porrigi, quia alioqui si summo jure captores uterentur, illi ipsi nascituri non erant. Cui consequens est, ut nati ante calamitatem, nisi & ipsi capiantur, servi non fiant. Ideo autem natos maternæ esse conditionis gentibus placuit, quia serviles concubitus nec lege, nec certa custodia erant constricti, ita ut nulla sufficiens præsumptio patrem indicaret. Atque ita capiendum Ulpiani illud; *Lex naturæ hæc est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur, l. lex naturæ* 24. *hoc tit.* id est, lex consvetudinis generalis ab aliqua ratione naturali ducta:

quo-

quomodo juris naturalis vox abusione quadam interdum sumitur.

2 *Iure civili*] Etsi servitus est ex jure gentium: sunt tamen nonnulli modi servitutis constituendæ ex jure civili. Unus hic exprimitur: sed plures fuisse constat: Huc enim pertinent, qui servi pœnæ efficiebantur atrocitate sententiæ, quorum crebra in libris nostris mentio. Item qui liberti ob ingratitudinem damnati patrono in servitutem traduntur, §.1. *inf. de cap. de min.* haud secus ac ingrati liberi revocantur in potestatem parentum, *l. un. C. de ingrat. lib.* Erat ex SCto Claudiano alius libertatis amittendæ modus, si libera mulier domino denuntiante se servo alieno junxisset, de quo *inf. lib.* 3. *tit.* 13. Ulp. *in fragm. tit.* 11. ubi & alium modum indicat, cum incensus aliquis veniisset, quod explicat Cicero pro Cæcin. in extremo orationis, *Dionys. Halic. lib.*4. *Sigon. lib.* 1. *de antiq. jur. civ. Rom. c.* 14. Denique etiam in nexos magna fuit creditorum potestas, nec herili admodum absimilis, adi *Liv. lib.*2. & 8. *Gell. lib.*20. *c.*1. *Mercer.* 1. *opin.*9. *D. Salmas. lib. de mod. us. c.* 18. & *seq.* Cur igitur servi jure civili dicuntur incogniti? Nimirum quia in iis, quæ sunt juris civilis, pro nullis habentur, nullam eorum communionem habent.

Liber homo] Ingenuus scilicet & sui juris, ut rectè monet Cujac. neque enim patroni aut patris jus hoc pacto libertus aut filius intervertere possunt, quod & Ang. & Fab. hic notant.

Pretii participandi causa] Modo & partem pretii verè acceperit, *l.*1. *quib. ad lib. prov. non lic.* Et gnarus conditionis suæ *l.*2. *si lib. ing. esse dic.* venditus sit ignoranti conditionem venditi, *l.* 7. §.2. *de lib. caus. vid. Gloss.* & *Accurs.*

3 *Venundari passus sit*] Venditorem subornabant hominem improbum & has partes fabulæ lucri alicujus gratia peragentem simulabat is se suum servum vendere. Apud nonnullos usitata fuit voluntaria in servitutem datio; ut apud Germanos, qui novissimo aleæ jactu de servitute contendebant, *victus voluntariam servitutem adibat*, ait Tacitus *de Morib. Germ.* Posidonius autem Stoicus in historiis narrat, multos olim fuisse, qui suæ imbecillitatis conscij sponte se aliis in servitutem darent, ut domini quidem ipsis providerent de necessariis, ipsi vero operam vicissim, quam possunt, præstarent. Quæ si res ita accipiatur in terminis naturalibus, nihil habet in se eximiæ acerbitatis, quoniam perpetua ista obligatio compensatur perpetua alimentorum certitudine, quam sæpe non habent, qui diuturnas operas locant: unde sæpe accidit quod dixit Eubulus:

Ἐθέλει δ' ἀνὴρ μισθοῦ παρ' αὐτοῖς καταμένειν
Ἐπισιτίοις.

Quærunt autem hic DD. possitne quis apud nos perpetuo se obligare ad serviendum aut operas suas locare, quæ servitutis quædam species videtur: nos autem servos non agnoscimus. Respondent omnes, posse: sed cum facti hæc promissio sit, solvendo id, quod interest, promissorem liberari, *l.*13. §.1. *de re jud.* Adi de tota re *D. Grot. lib.*2. *de jur. bell. cap.*5.

TEXTUS.

De liberorum & servorum divisione.

5. *In servorum conditione nulla est differentia: in liberis autem multæ, aut enim sunt ingenui, aut libertini.*

NOTÆ.

5. *Nulla differentia*] Servorum varia quidem ministeria, una tamen conditio est, *l.*5. *D. eod.* id est, omnes æquè servi sunt, *πάντες τὴν αὐτὴν δουλείαν δοῦλοι εἰσιν*, nihilque interest natus quis, an factus servus sit, etsi alius alij præstat, juxta vetus proverbium, *δοῦλος πρὸ δούλου, δεσπότης πρὸ δεσπότου*, 1. *polit.* 4.

COMMENTARIUS.

1. *Liberorum nullum amplius discrimen esse.*
2. *Civium apud nos quæ distinctio.*

NVlla *differentia*] Servorum una conditio est, *l.*5. *in pr. hoc tit.* οἱ δοῦλοι ἐν εἶδος εἰσιν. Mich. Attaliata, id est, omnes æquè servi sunt, nihilque interest, utrum quis natus, an factus sit servus. Planè officiis & ministeriis etiam servi inter se differunt: aliis enim honestior, ut atriensibus, dispensatoribus, amanuensibus; aliis minus honesta provincia mandatur, ut medianistis, focariis, fornicatoribus, *l.*15. §. *itaq; prætor.*44. *de injur. l.*1. §. *caupones. naut. caup. stab.* sed hoc cum totum sit arbitrii herilis, conditionem eorum non mutat. De variis servorum ministeriis & officiis scripsit *Pet. Fabr. semestr. pag.*155.

In liberis multæ] Nam primum interest, utrum quis natus, an factus sit liber, hoc est, utrum quis ingenuus sit, an libertinus: deinde utrum qui liber factus est, civis Romanus sit, an Latinus Junianus, aut dedititius: & porro qui civis Romanus, suine juris sit, an alieno juri subjectus: denique qui sui juris est, sitne in tutela vel curatione, an neutro eorum teneatur: quæ summa est eorum, quæ deinceps hoc primo libro tractantur. Prima autem & secunda distin- 1
ctio vix ullum amplius usum habent. Nam cum libertinorum differentia à Justiniano sublata sit, & novissi-

novissimo jure liberti etiam ingenuis per omnia (salvo licet jure patronatus) exæquati; *Nov.78. c.1. & 2.* nullum hodie superesse videtur ne inter liberos quidem discrimen; utiq; respectu conditionis liberæ: nam quoad civitatis & familiæ jura adhuc differunt, & sic temporandum existimo, quod scribit D. Bachovius ad hunc locum, hodie de liberis recte dici videri, nullam in eorum conditione & statu differentiam esse. Apud nos sanè cum nulli sint servi, o-
3 mnes ingenui dici possunt. Cæterum est generis nonnulla distinctio: alii enim nobiles sunt, qui certis privilegiis atque immunitatibus gaudent, alii ignobiles sive plebeii. Ex nobili patre nati & matre ignobili patrem sequuntur, convenienter *l. cum legitimæ 19. hoc tit. Christin. vol. 5. decis. 88. n. 12.* Sed & Comitum ac Baronum liberi ex concubinis suscepti pro nobilibus habentur. Distinctio autem inter ecclesiasticos & seculares sive laicos post receptam apud nos religionem reformatam pene tota sublata est, *D. Grot. lib. 1. manud. c. 14. & 15.* Sicubi adscriptitii sunt ad eos manumissos jus *d. Nov. 78.* applicari posse, censet *D. Gudelin. lib. 1. de jur. noviss. c. 6. in fin.* De variis hominum generibus adi Franc. Zypæum *in Ind. lib. 3. c. 2.*

Titulus Quartus.

Conc. Tit. 14. Cod. lib. 7.

De Ingenuis.

Sequitur subdivisionis supra positæ per definitionem partium explicatio; & primo ingenuorum hoc tit.

Textus.

De ingenui Definitione.

Ingenuus est is, qui statim, ut natus est, liber est; sive ex duobus ingenuis matrimonio editus est, sive ex libertinis duobus, sive ex altero libertino, & altero ingenuo. Sed & si quis ex matre nascitur libera, patre verò servo, ingenuus nihilominus nascitur. Quemadmodum, qui ex matre libera & incerto patre natus est: qnoniam vulgo conceptus est. Sufficit autem, liberam fuisse matrem eo tempore, quo nascitur, licet ancilla conceperit: Et è contrario, si libera conceperit, deinde ancilla facta pariat, placuit eum, qui nascitur, liberum nasci: quia non debet calamitas matris ei nocere, qui in ventre est. Ex his illud quæsitum est, si ancilla prægnans manumissa sit, deinde ancilla postea facta pepererit, liberum an servum pariat? Et Martianus probat liberum nasci: sufficit enim ei, qui in utero est, liberam matrem vel medio tempore habuisse, ut liber nascatur, quod & verum est.

Notæ.

Ingenuus] Antiqui ingenuos spuriis opponebant, & patricios initio appellabant, eo quod patrem ciere possent. Liv. *lib.* 10. Cincius apud Fest. in voce *Patricios*. Cæterum etiam jam olim, qui liberi nati erant ingenuos dictos fuisse ex Plauto in Milit. & *Pœnul.* constat, & alias quoque Latini ingenuum vocant, quod nativum est: quomodo Lucretius *ingenuos fontes*, Juvenalis *ingenuum tophum* appellat.

Statim ut natus] Ingenuus propriè est, qui nativam habet libertatem: eum tamen etiam qui ingenuus pronuntiatus est, pro ingenuo accipere debemus; quia res judicata pro veritate habetur, *l. 25. D. de stat. hom.*

Matre libera] Quia qui nascitur sine legitimo matrimonio conditionem matris sequitur, *l. 19. l. 24. D. de stat. hom.*

Quoniam vulgo Conceptus.] His verbis indicatur ratio, cur dicatur ex incerto patre natus. Hotom. pro *quoniam* legendum putat, *id est, qui.* Theoph. τεχθεὶς ὁ ἀπὸ πορνείας τεχθείς.

Martianus probat] Ex Martiano *l. 5. §. 2. & 3. D. de stat. hom.* totus hic locus sumptus est. Is itaque liber nascitur, qui ex matre aut conceptionis, aut partus, aut medio tempore libera nascitur; quod favor libertatis extorsit. Paul. *lib. 2. sent. 24. add. l. 18. D. de stat. hom. l. 4. C. de pœn.*

Commentarius.

Ingenuus est is] Prima semper quæstio esse debet de verbis, licet de rebus potior sit, auctore Platone *in Cratylo.* & Quintilianus *in proœm. lib. 8.* curam verborum, rerum vult esse solicitudinem. Antiqui ingenuos spuriis opponebant, & patricios initio appellabant: eo quod patrem ciere possent, ut constat ex oratione P. Decii Muris apud *Liv. lib. 10.* & con-

& confirmat Cincius apud Festum in *voce patricios*. Cæterum etiam eos, qui liberi nati essent, jam olim ingenuos appellatos fuisse & distinctos ab iis, qui facti erant liberi, ostendit locus Plauti *in Milit*.

Quid? ea ingenua, an festuca facta è servâ libera est?
Et quod respondet Palæstrio;

Vah, egone ut ad te ab libertina esse auderem internuntius,
Qui ingenuis satis respondere nequeas cupidis tui?

Eodemque sensu in Pœnulo Adelphasium non semel *ingenua* dicitur. Atque hic hujus vocis apud Latinos usus est etiam in aliis rebus, quæ à natura sunt, & factitiis opponuntur. Sic enim Lucretius *ingenuos fontes*, Juvenalis *ingnuum tophum* appellat. Verba Juvenalis *satyra* 3. sunt;

Quanto præstantius esset
Numen aquæ, viridi si margine clauderet undas
Herba, nec ingenuum violarent marmora tophum?

Quo loco tophum nativum disertè *ingenuum* vocat; nec ulla est trâslatio, contra quam existimat Britannicus. Ingenuus igitur propriè est, qui nativam habet libertatem. Cæterum quia res judicata pro veritate habetur, etiam ingenuum accipere debemus eum, qui ingenuus pronuntiatus est, *l. antepen. de stat. hom.* Sed & jura ingenuitatis habent, salvo jure patronatus, qui jus aureorum annulorum à Principe impetraverunt, *tit. de jur. aur. annul.* & plenissimam ingenuitatem, qui à Principe natalibus restituti sunt, *tit. de nat. rest.* Hodie omnes liberi ex constitutione Justiniani *Nov.* 78. ingenui sunt; ut hæc quæstio, quæ olim propter prærogativas ingenuorum magni momenti erat, hodie nullius usus sit.

Matre libera] Partus extra nuptias conceptus matris conditionem sequitur, *l. lex naturæ* 24. *de stat. hom. l.* 3. *C. sol. matrim.* Patrem sequi non potest, quia nullum habere intelligitur, cum is duntaxat pater sit jure civili, quem nuptiæ demonstrant, *l.* 6. *de his qui sui vel al. jur. l.* 5. *de in jus voc.* Quid si natus sit ex ventre adscriptitio? Placet adscriptitium nasci, *l. ne diutius* 21. *C. de agric. & cens. lib.* 11. In comitatu tamen Burgundiæ hoc non observatur, sed natus ex manumortua & patre libero, aut manumortuo & matre ingenua, patris conditionem, non ventris, sequitur, *Christin. vol.* 5. *decis.* 88.

Quoniam vulgo conceptus] Ratio cur dicatur ex incerto patre natus; nimirum quia mater cum pluribus consvevit. Hoc quidem de natis ex concubina dici non potest; sed tamen nec hi patrem habere intelliguntur, quoad ea, quæ sunt juris civilis, & effecta justi matrimonii, puta patriam potestatem, familiam, jura sacrorum, §. *si adversus inf. de nup.*

Liberum nasci] *l.* 5. §. 2. *de stat. hom.* Is itaque liber nascitur, qui ex matre aut conceptionis, aut partus, aut medio tempore libera nascitur: quod partim ex ratione juris, partim propter favorem libertatis receptum est, *Paul. lib.* 1. *sent.* 24. Potest & in universum hæc ratio dari, quod is, qui in utero est, quoties de commodo ejus agitur, pro jam nato habetur, *l.* 7. *l. pen. d. tit.*

TEXTUS.

De servitute ac manumissione facti.

1. *Quum autem ingenuus aliquis natus sit, non officit ei, in servitute fuisse, & postea manumissum esse: sæpissimè enim constitutum est, natalibus non officere manumissionem.*

NOTÆ.

Constitutum est] Plures extant hac de re constitutiones sub *tit. Cod. de ingenuis manum.* & eo pertinet *l.* 21. §. 1. *D. de capt. & postlim.*

Natalibus] Theophil. τῇ εὐγενείᾳ, ingenuitati. Paul. *lib.* 5. *sent.* 1.

Non officere] Non inurere notam libertinæ conditionis.

COMMENTARIUS.

IN servitute] Aliud est in servitute esse, aliud servum esse: illud facti, hoc juris est. Sic aliud est in libertate esse, aliud liberum esse; aliud in possessione esse, aliud possidere, *l.* 10. §. 1. *de acq. poss.* Servus est, qui justam servitutem servit: in servitute esse dicitur, qui cum servus non sit, pro servo habetur, ut Pamphila in Andria Terentii,

Natalibus] id est, τῇ εὐγενείᾳ ingenuitati sive nativæ conditioni, quam non vitiavit falsa servitutis opinio. Plures extant hac de re constitutiones *sub tit. C. de ingen' manum.* Atque huc pertinet, quod *Vlp. in l. si quis* 21. §. 1. *de capt. & postl.* scribit, bello civili captos & venundatos, posteaque manumissos, supervacue à Principe repetere ingenuitatem, utpote quam captivitate illa non amiserunt.

TITULUS QUINTUS.

De Libertinis.

Summa tituli.

Pars altera subdivisionis, quæ ad libertinos pertinet: qui quales sint, unde originem ducant, quibus modis ad hanc conditionem perveniant, & de diversa eorum qualitate, hoc tit. disputatur.

TEXTUS.

Definitio & Origo libertinorum & manumissionis.

Libertini sunt, qui ex justa servitute manumissi sunt. Manumissio autem est, de manu datio: nam quamdiu aliquis in servitute est, manui & potestati suppositus est: & manumissus liberatur à domini potestate. Quæ res à jure gentium originem sumpsit: utpote cum jure naturali omnes liberi nascerentur, nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita. Sed postquam jure gentium servitus ingenuitatem invasit, secutum est beneficium manumissionis: & cum uno communi nomine omnes homines appellarentur, jure gentium tria hominum genera esse cœperunt, liberi, & his contrarium servi, & tertium genus libertini, qui desierant esse servi.

NOTÆ.

Libertini] Ex *l.6.D. de stat.hom.* Appii Cœci temporibus & deinceps aliquandiu libertini dicti non ipsi, qui manumittebantur, sed ingenui ex his procreati, ut scribit Sveton. *in Claud.* postea ipsi manumissi libertini dici cœperunt, & ex his procreati ingenui. Liberti & libertini nomina sic differunt. Liberti nomen ad jus patronatus respicit, libertini ad personæ conditionem, *l.1. & ult.D.si ingen. esse dic.* Libertus & patronus relata sunt: libertinus & ingenuus contraria. Hotom.

Justa servitute] Id est, quæ revera servitus sit, non opinione & errore tantum, addit Theop. ϗ ἐννόμως, *& legitima.* quod non placet.

De manu datio] Reponendum ex Florent. *de manumissio, id est, datio libertatis l.4.D.de just.& jur.* ut brevi sermonis compendio notetur & nominis definitio & rei.

Communi nomine] Apud Ulp. in *d.l.4.* legitur, *uno naturali nomine*, sensus est, cum omnes homines natura liberi essent, ut nomen rei conveniat.

Liberi] Id est, *ingenui.* Partem subdivisionis in divisione collocat, quod Ulpiano, à quo hæc sumpta, familiare, *l.5.D.de pact.l.1. §.2. D.de just.& jur.*

COMMENTARIUS.

Libertini sunt] Ex Cajo in *l.6.de stat.hom.* antiquitus libertinos dictos scribit esse Tranquillus *in Claud.* non ipsos, qui manumitterentur, *sed ingenuos ex his procreatos.* Ex quo loco duo præterea colligas, nempe postea eos ipsos, qui manumitterentur, libertinos dici cœpisse, & qui ex his procreati essent, ingenuos. Notant hic plerique ex Laur. Valla *lib. 4. c.1.* differentiam esse inter *Libertinus* & *Libertus*; illud esse relativum ingenui, hoc patroni: id est, voce *Libertinus* designari conditionem hominis ingenuitati ex adverso oppositam; per *Libertus* autem significari privatum quendam respectum ad patronum, cujus libertus, non libertinus dicitur, qui manumissus est. Illud leviusculum est, quod ibidem Valla notat, *Libertinus* esse adjectivum: *Libertus* substantivum.

Ex justa servitute manumissi] Justa, id est, quæ revera servitus sit, non opinione & errore tantum. Aliquando & sine manumissione dominorum servi libertatem accipiunt ex senatusconsulto aut constitutione aliqua, exempla suppeditat *tit.ff.qui sin.man. ad lib. perv. & tit.C.pro quib.ca. serv. pro præm. lib. ac.* Generalius itaque definiri potuisset, libertinos esse, qui desierunt esse servi, ut in calce hujus text. ex Ulp. *l.4.de just.& jur.* unde reliqua hujus loci descripta sunt.

De manu datio] Reponendum ex textu Florentino, *de manu missio, id est, datio libertatis, d.l.4. de just. & jur.* ut brevi sermonis compendio notetur definitio & nominis & rei. De manu enim est, de potestate Domini Lucan. *lib.1.*

In manibus vestris, quantus sit Cæsar, habetis.

Ingenuitatem] Vox hæc delenda est, censeo cum Bachov. ut quæ nec in vulgatis editionibus reperitur, nec est apud Ulpian. *d.l.4.* unde hæc sumpta; neque eam agnoscunt Hotom. Cujac. Cont. Theophil.

Communi nomine] Alias, *naturali nomine.* Id est, cum omnes homines liberi essent: ut nomen rei conveniat. Plura quæ huc pertinent, notavimus sup. ad *tit.de jur. nat.gent. & civ.*

TEXTUS.

TEXTUS.
Quibus modis manumittatur.

1. *Multis autem modis manumissio procedit: aut enim ex sacris constitutionibus in sacrosanctis Ecclesiis, aut vindicta, aut inter amicos, aut per epistolam, aut per testamentum, aut per aliam quamlibet ultimam voluntatem. Sed & aliis multis modis libertas servo competere potest, qui tam ex veteribus, quā ex nostris constitutionibus introducti sunt.*

NOTÆ.

Sacrosanctis Ecclesiis] Hic modus tribuendæ libertatis à Constantino introductus est, *l.* 1. *&* 2. *Cod. de his qui in eccles. man.* & suffectus in locum ejus, qui olim fiebat lustrali censu. vid. Sigon. *l.* 1. *de antiq. jur. civ. Rom. c.* 14. *add. tripert. hist. lib.* 1. *c.* 7. *& Niceph.* 7. *c.* 16.

Vindicta] Virgulam esse scribit Boët. *in Topic. Cic.* quam lictor jussu magistratus manumittendi capiti imponebat. *Festuca* Plauto dicitur in *Mil. Glor.* κάρφος Plutarcho *de sera num. vind.* Nomen ductum à Vindicio creditur Vitelliorum servo, qui cum nobilium adolescentium conjurationem de Tarquiniis reducendis detexisset, primus hoc modo manumissus traditur, *Liv. lib.* 2.

COMMENTARIUS.

M*Vltis autem modis*] Olim tres tantum modos manumittendi fuisse, censu, vindicta, testamento, ostendit argumentatio Ciceronis in Topic. ab enumeratione partium. *Si neque censu*, inquit, *neque vindicta, neque testamento liber factus est, non est liber.* Accesserunt quidem postea alii modi; veluti per epistolam, in convivio, inter amicos; sed his modis manumissis plena libertas non conferebatur, *Vlp. & Cajus in Inst.*

In sacrosanctis Ecclesiis] A Constantino constitutum est, ut in Ecclesiis, hoc est in cœtu Christianorum, velut in comitiis ecclesiasticis, teste populo & signatore Episcopo, manumissi justam libertatem consequerentur, *tit. C. de his qui in Eccles. man.* quod genus manumissionis suffectum esse apparet in locum ejus, quæ olim per censum fiebat, cum servi lustrali censu in campo jussu dominorum inter cives Romanos censum profitebantur, *vid. Sigon. lib.* 1. *de ant. jur. civ. Rom. cap.* 14.

Vindicta] Virgulam esse scribit Boëtius in Top. Ciceronis, quam lictor jussu magistratus manumittendi capiti imponebat: atque ab hac virgula hunc manumittendi modum appellatum. *Festuca* Plauto dicitur *in mil. glorios.* Alii hunc modum sic dictum malunt à Vindicio Vitelliorum servo, qui primus dicitur vindicta liberatus, eo quod conjurationem nobilium adolescentium de Tarquiniis reducendis detexisset, auctore Livio *lib.* 2. Tenebat dominus modo caput, modo aliud membrum servi, dicebatque, hunc hominem liberum esse volo. Fest. in verb. *manumitti*, & cum dicto eum circumagebat, significans, se ei potestatem facere abeundi, quo vellet. Eò pertinent hæc Persii satyr. 5.

--- Heu steriles veri, quibus una Quiritem
Vertigo facit.

Et paulo post:

Verterit hunc dominus, momento turbinis exit
Marcus Dama.

Pluribus hæc explicant *Marcil. ad d. satyram, Brissonius lib.* 5. *antiq. c.* 11. *Sigonius lib.* 1. *de antiq. jur. civ. Rom. cap.* 6. *Iac. Galius Neapol. in apicib. leg.*

Inter amicos, per epistolam] Inter amicos adhibitis quinque testibus; per epistolam à domino & quinque testibus subscriptam *l. un. §.* 1. *&* 2. *C. de Lat. lib. toll.*

Aliam ultimam voluntatem] Puta codicillos. Consulto tamen miscere videtur justos manumittendi modos cum cæteris, quia ipse differentiam sustulit.

Aliis multis modis] Quorum plerique enumerantur in *d. l. un. §.* 3. *& seqq. C. de Lat. lib. toll.* Addant curiosiores *tit. C. pro quib. ca. serv. pro præm. lib. acc. ff. qui sine man. ad lib. perv. C. si manc. ita ven. ne prostit. & si manc. ita fu. alien. l. nemini. C. de episc. aud.*

TEXTUS.
Ubi & quando manumitti potest.

2. *Servi verò à dominis semper manumitti solent, adeò ut vel in transitu manumittantur; veluti cum prætor, aut præses, aut proconsul, in balneum, vel in theatrum eunt.*

NOTÆ.

2. *Semper*] Id est, omni die sive festo, sive profesto, sive fasto, sive nefasto, καὶ ἐν ἀπεῤῥήτῳ ἡμέρᾳ. Fabrot. in not. ad Theophil. *l.* 2. *l.* 8. *C. de feriis.*

COMMENTARIUS.

I*N transitu*] Cum aut lavandi, aut gestandi, aut ludorum gratia prodeunt prætor, proconsul, legatusve Cæsaris, *l.* 7. *de man. vind.* Neque enim necesse est pro tribunali manumittere, cum hic actus sit voluntariæ jurisdictionis, *l.* 2. *de offic. proconsul.*

TEXTUS.
De libertinorum divisione sublata.

3. *Libertinorum autem status tripertitus anteà*

anteà fuerat: nam qui manumittebantur, modò majorem & justam libertatem consequebantur, & fiebant cives Romani: modò minorem, & Latini ex lege Junia Norbana fiebant: modò inferiorem, & fiebant ex lege Ælia Sentia dedititii: Sed quoniam deditiorum quidem pessima conditio jam ex multis temporibus in desvetudinem abierat: Latinorum verò nomen non frequentabatur: ideoque nostra pietas omnia augere, & in meliorem statum reducere desiderans, duabus constitutionibus hoc emendavit, & in pristinum statum reduxit: quia & à primis urbis Romæ cunabulis una atque simplex libertas competebat, id est, eadem: quam habebat manumissor; nisi quod, scilicet, libertinus sit, qui manumittitur, licet manumissor ingenuus sit. Et dedititios quidem per constitutionem nostram expulimus, quam promulgavimus inter nostras decisiones; per quas suggerente nobis Triboniano viro excelso Quæstore nostro antiqui juris altercationes placavimus. Latinos autem Junianos, & omnem, quæ circa eos fuerat, observantiam, alia constitutione per ejusdem Quæstoris suggestionem correximus, quæ inter Imperiales radiat sanctiones. Et omnes libertos (nullo nec ætatis manumissi, nec domini manumittentis, nec manumissionis modo discrimine habito, sicuti anteà observabatur) civitate Romana decoravimus, multis modis additis, per quos possit libertas servis cum civitate Romana, quæ sola est in præsenti, præstari.

NOTÆ.

3 Status tripertitus] Ulpian. *in fragm. tit.* 1. & 3. Cajus 1. *Inst. tit.* 1.

Cives Romani] Nempe qui vindicta, censu, testamento manumissi erant. Ulp. & Caj. *ubi sup.* Hos modos civiles & legitimos vocar Theoph.

Lege Iunia Norbana] Qua cautum, ut ij servi, qui per epistolam aut inter amicos aut convivii adhibitione manumitterentur, non cives Romani, sed eodem jure essent, quo ante bellum sociale Latini colonii *l.un. in pr. C. de Lat. lib. tol.* ut neque conubii, neque testamenti, neque mancipii aut nexus, neque patriæ potestatis, &c. jura habuerint. Ulp. *in fragm.* variis locis. Poterant autem multis modis jure Quiritium augeri. Ulp. *d. tit.* 3.

Dedititii] Hi quoque Latini liberti fuere, sed conditione Latinorum dedititiorum, quos scilicet populus Romanus post defectionem victos in deditionem acceperat. Scribit Svetonius Augustum cavisse, ne vinctus unquam tortusve ullo libertatis genere civitatem adipisceretur *cap.* 40. Add. Ulp. & Caj. *ubi sup.*

Pessima Conditio] Non multum distans à servientium specie, §. *ult. inf. d. succ. libert.*

In meliorem statum] Aliud judicium Augusto fuit. qui magni æstimabat sincerum atque ab omni colluvione peregrini ac servilis sanguinis incorruptum servare populum. Svet. *c.* 40.

Simplex libertas] Cic. pro *Balb.* Dionys. Halic. *lib.* 4. ubi Servium Tullium hujus instituti auctorem fuisse refert.

Ætatis manumissi] Vid. Ulpian. *tit.* 1. §. 7. Theophil. *hic.*

Decoravimus] Alii *donavimus.* Antonius antea à civitate data exæquaverat omnes ingenuos *l.* 17. *D. de stat. hom.* Justinianus omnes libertinos, novissimè & libertinorum conditionem sustulit, data manumissis ingenuitate. *Nov.* 78. *c.* 5.

COMMENTARIUS.

1. *Latini liberti quo jure fuerint.*
2. *Quo jure dedititii.*
3. *Antoninum exæquasse omnes ingenuos, Iustinianum omnes libertinos.*

1 A*Ntea fuerat*] Hoc non est referendum ad tempora liberæ reip. sed sequentia. Nam, ut auctor est Svetonius, primus Augustus, cum servorum manumissione contaminari civitatem Romanam videre (quod & Dionys. Halicam. *lib.* 4. conqueritur) eos multis difficultatibus à libertate justa removit: deque numero & conditione & differentia eorum. qui manumittebantur, curiosè cavit. Hinc nata lex Ænia Sentia, hinc Fusia Caninia, de quibus postea: Hinc Junia Norbana Silano & L. Norbano Coss.

Cives Romani] Scilicet, qui censu, vindicta, testamento, non qui per epistolam, aut inter amicos manumissi erant. Ulp. & Cajus in Inst.

Latini ex lege Norbana] Qua cautum fuit, ut ij servi, qui per epistolam, aut inter amicos, aut convivii adhibitione manumitterentur, non cives Romani, sed eodem jure essent, quo ante bellum sociale Latini coloni; quod significare voluit Justinianus *l. un. in pr. C. de Lat. lib. toll.* cum ait, *Latinos libertos ad similitudinem antiquæ Latinitatis, quæ in colonias deducta est, introductos esse.* Discimus autem ex Cicerone *pro Cæcinn. & pro domo sua,* eos qui in Latinam Coloniam nomina dedissent, aut deducti inque eam civitatem recepti essent, Romanam civitatem amisisse; & hoc quoque est, quod Boet. *in Top. Cic.* scribit,

bit, *ista in Latinas Colonias profectione mediam capitis deminutionem contingere.* Quæ cum ita sint, apparet eos neque connubii, neque testamenti, neque mancipii aut nexus, neque patriæ potestatis, neque tutelæ recipiendæ jura habuisse, ac proin eadem quoque conditio Latinorum libertinorum fuit: quod etiam disertè variis in locis testatur Ulpian. *in fragm.* De Latinis libertis ita scribit Justinianus §. *ult. inf. de success. libert. eos quidem ut liberos vitam peregisse, attamen ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amisisse; & quasi servorum ita bona eorum jure quodammodo peculii patronos occupasse* congruit *l.* 1. *C. Theodos. de petit. hæred.* Quemadmodum autem Latini coloni multis rationibus ad civitatem Rom. pervenire poterant, quas ex *Liv. Appian. Cic. pro Cæc. pro Balb. pro dom. sua,* collegit *Gruch. lib.* 2. *de comit.* Ita & Latini liberti multis modis jure Quiritium augeri, quos recenset Ulpian. *in fragm. tit.* 3.

Ex lege Ælia Sentia deditii] Auctor hujus legis Augustus, latores Sext. Ælius & C. Sentius coss. Scribit, enim Svetonius Augustum cavisse, *ne vinctus unquam tortusve ullo libertatis genere civitatem adipisceretur.* Et existimare licet libertos hosce dedititios eandem habuisse libertatem, quam populus Rom. Latinis illis reliquerat, quos post defectionem victos & in deditionem acceptos vita quidem & imagine aliqua libertatis ex humanitate donaverat, sed ut jure connubiorum & commerciorum multati ad jus civitatis nunquam pervenire possent: ut sint hi quoque Latini liberti, sed conditione Latinorum dedititiorum, add. *Ulp. Caj. in Inst.* Formulam deditionis descripsit Livius in deditione Collatinorum & Campanorum, *lib.* 1. *&* 7.

In meliorem statum reduxit] Non deest, quod contra dici posset. Certè aliud judicium Augusto fuit, qui magni existimabat sincerum atque ab omni colluvione peregrini ac servilis sanguinis incorruptum servare populum: civitatemque tam parce dabat, ut Liviæ pro tributario Gallo roganti civitatem negaverit, imunitatem obtulerit: affirmans se facilius passurum fisco detrahi aliquid, quã civitatis Romanæ vulgari honorem. Sveton. *in August. c.*40.

Primis cunabulis] Hoc non ita dictum accipiemus, quasi jam inde ab urbe condita manumissi jus civium habuerint: sed ex quo manumissis jus civitatis communicatum est (quod factum est infante adhuc populo sub rege Servio Tullio) id diu postea observatum fuisse, mansisseque usque ad tempora Augusti, arg. eorum, quæ tradit *Dionys. Halic. lib.*4. Et ergo ex illo tempore, quamdiu respub. stetit, una liberorum omnium conditio fuit: nam omnes pari jure cives Rom. erant, & plena ac justa libertate fruebantur.

Libertinus fit] Jure novissimo & hoc sustulit, data ingenuitate, salvo tamen manente jure patronatus. *Nov.*78.

Ætatis manumissi] Nam lege Ælia Sentia cavebatur, ut servus minor triginta annis in testamento manumissus non civis fieret, sed Latinus esset; vindicta manumissus non aliter civis fieret, quam si causa apud consilium probata fuisset, teste Ulpiano *in fragm. tit.* 1. De censu quid hic dicam non habeo: necesse tamen est, aut hunc actum nullum fuisse, aut eum, qui inter cives census esset, civem factum. Itaque dubito, an verum sit, quod generaliter definit Theophilus, servum minorem 30. annis, quoquo modo manumissum, Latinum fieri.

Domini manumittentis] Augustinus 3, *emend.* legendum censet *dominii*; ut hoc non ad ætatem domini referatur, sed ad qualitatem dominii, quod & Grot.; h. in flor. spars. probat, & Theophilum ita legisse arguunt verba paraphrasis, *περὶ τὴν δεσποτείαν τοῦ ἐλευθεροῦντος.* Dominorum enim alius in bonis, alius ex jure Quiritium habebat: ille Latinum faciebat, hic civem. Ulp. *in fragm. tit.* 1. §. 11. *& Theoph. hic* quæ differentia à Justiniano sublata est *l. un. C. de nud. jur. Quir. toll.*

Civitate Romana decoravimus] Atqui jam multo ante omnes, qui in orbe Romano essent, ex constitutione Antonini cives Romanos effectos Ulp. prodidit *l. in orbe* 17. *de stat. hom.* Sed illa constitutio non pertinet ad eos, qui conditione personæ, sed natali loco & patria impediebantur, quominus essent cives Romani. Quæ res ut planissimè intelligatur: Jus civitatis Romanæ olim raro, & non nisi bene meritis civitatibus dari solitum erat. Postea lege Julia datum est sociis & Latinis omnibus, qui arma deposuerant. Id factum initio belli socialis. Sigon. *lib.* 3. *de antiq. jur. Ital. cap.* 1. *&* 2. Gruch. *lib.* 2. *de comit. Rom.* Hoc autem beneficium intra terminos Italiæ continebatur, ut docet *Cic. pro Balb.* Progressu temporis quibusdam etiam provincialibus civitas data: & ad extremum omnibus, qui sub imperio Romano essent, constitutione Antonini. Antoninus ergo civitate data exæquavit omnes ingenuos, Justinianus sublata differentia manumissionis omnes libertinos: qui novissimè & libertinos exæquavit ingenuis, salvo jure patronatus. *Nov.*78. quod positum est in obsequiis, operis, dono, munere & successione libertorum, *tit. de jure patron. & aliquot seqq. lib. seq.* Sunt & tacitæ quædam manumissionis species; veluti si dominus servum suum tutorem vel hæredem scripserit, aut adoptaverit §. 2. *inf. tit. prox.* §. 1. *inf. qui test. tut. dar.* §. *ult. inf. de adopt.* alioque complures, quas operæ pretium non est aut recensere aut explicare, congessit eas Gudelin. *lib.* 1. *de jur. noviss. cap.*4.

TITULUS SEXTUS.

Qui & quibus causis manumittere non possunt.

D. lib. 40. Tit. 9. C. lib. 7. Tit. 11.

Argumentum tituli.

EGitur quod ex superiore tit. intelligi potuit, cum varii sint manumittendi modi, eadem tamen omnium vis atque effectus est, ut omnes manumissi liberi fiant & cives Romani. At enim hac manumissorum omnium exæquatione nihil derogatum est legi Æliæ Sentiæ, quæ quibusdam ex causis libertatem impediebat; sed quibus ex causis illa eam impediebat ante hanc exæquationem, ex iisdem etiam nunc obstat, quominus manumissi liberi fiant. Causæ duæ duobus hujus legis capitibus, quæ hic proponuntur & explicantur, comprehensæ; quorum primo cavetur, *Ne quis in fraudem creditorum manumittat, nisi fortè servum unicum hæredis habendi gratia*: altero, *ne minoribus 20. annis aliter jus sit manumittere, quam justa causa apud consilium approbata.* Et totidem ergo erunt superioris regulæ exceptiones.

TEXTUS.

Prius caput L. Æliæ Sentiæ, de manumittente in fraudem Creditorum.

Non tamen cuicunque volenti manumittere licet: nam is, qui in fraudem creditorum manumittit, nihil agit: quia lex Ælia Sentia impedit libertatem.

NOTÆ.

Nihil agit] Igitur ita manumissi liberi non fiunt: & additur ratio, quia lex Ælia Sentia impedit libertatem, id est, liberos fieri prohibet; sicut in universum, quod lege prohibente fit, ipso jure nullum est, *l.5. C. de legib.* quod sicubi legas libertatem revocari aut rescindi, id minus propriè dictum accipe: vid. respectu actus manumissionis, qui in suspenso est, donec constet de fraude, & an creditores suo jure uti velint. Legem hanc latam esse Augusti temporibus indicat Dio *lib. 55.* consule *judic. leg. Rom.* Hotom. Conn.lib.2. comm. c.5.

COMMENTARIUS.

NIhil agit] Nempe ergo ita manumissi liberi non fiunt: & ratio additur, quia lex Ælia Sentia impedit libertatem, hoc est, liberos fieri prohibet, *l. in fraudem 27. qui & à quib. man.* sicut in universum quicquid lege prohibente fit, ipso jure nullum est, *l. non dubium C. de legib.* Quamobrem cum legimus libertates per legem Æliam Sentiam rescindi aut revocari, ut in *l.5. §.2. d. tit. l.1. C. qui man. non poss.* hoc minus propriè dictum accipiemus, & respectu actus manumissionis, qui non continuo & ab initio ipso jure nullus est, sed suspenditur, donec constet, fraudati sint creditores, nec ne: & si fraudati sunt, utrum jure suo uti velint: nam si non sint fraudati, aut fraudati jure suo non utantur, actus validus est, & manumissi retro liberi facti intelliguntur: si fraudati sint & jure suo utantur, perinde habetur atque si nulla manumissio intervenisset. Quamdiu autem hæc incerta sunt, scribit Paulus manumissos vi ipsa statuliberos esse, *l. 1. de statulib.* Ipse autem manumissor & hæredes ejus nullo colore libertatem revocare possunt, *l.5. C. de serv. pig. dat. man. fac. l.3. qui & à quib. man.* His addi potest & peculiaris ratio, quod libertas, quæ semel competiit, non revocatur, *§. semel hoc tit. l.9. §.1. de man. vind.* Ex quibus omnibus manifestum est, errare D. Pacium, qui in notis marginalibus scribit, libertatem ipso jure competere, sed retractari. Alia longè ratio est edicti, *Quæ in fraud. cred.*

TEXTUS.

De servo instituto cum libertate.

1. *Licet autem domino, qui solvendo non est, in testamento servum suum cum libertate hæredem instituere, ut liber fiat, hæresque ei solus & necessarius, si modò ei nemo alius ex eo testamento hæres extiterit: aut quia nemo hæres scriptus sit, aut quia is, qui scriptus est, qualibet ex causa hæres ei non extiterit. Idque eadem lege Ælia Sentia provisum est, & rectè. Valde enim prospiciendum erat, ut egentes homines, quibus alius hæres extiturus non esset, vel servum suum necessarium hæredem haberent, qui satisfacturus esset creditoribus: aut hoc eo non faciente creditores res hæreditarias servi nomine vendant, ne injuria defunctus afficiatur.*

NOTÆ.

NOTÆ.

Hæresque ei solus] Non tamen necesse est, solum hæredem scriptum esse, sed neminem alium hæredem existere, ne ex substitutione quidem, *l. 57. D. de her. institut.*

Injuria] Positum pro *ignominia*, nam ignominiosum bona cujusquam propter æs alienum divendi: cujus rei testis locuples Cicer. *pro Quint.* Igitur ratio exceptionis hæc est, ut actionis ignominia, qua alioqui defunctus oneraretur, potius derivetur in hæredem servum.

COMMENTARIUS.

IN capite legis Æliæ Sentiæ, *Ne quis infraudem creditorum manumittat*, nominatim additur hæc exceptio, *nisi quis unum ex servis suis testamento liberum & hæredem esse jusserit*, quod quamobrem à lege Provisum sit, mox dicitur.

Heresq; ei solus] Non quod necesse sit, solum eum hæredem scriptum esse, sed si plures scripti sunt, cæteros deficere, & neminem alium hæredem existere, ne ex secundo quidem gradu; utique libero homine substituto, *l. si is qui 57. de hær. inst.* nam si & alter servus secundo loco scriptus sit, solus primo loco scriptus hæreditatem capiet *l. qui solvendo 60. d. tit.* Quid si duo servi eodem gradu instituti? Invicem sibi obstant. Cæterum altero ante apertas tabulas mortuo is qui superest, liber & hæres erit, *l. 42. & seq. eod.*

Necessarius] Ita dicitur, non quia hæreditatem adire cogitur: sed quia sive velit, sive nolit, omnino post mortem testatoris protinus liber & hæres fit, *§. 1. inf. de hær. qual. & diff.* ac proinde ipso jure, sicut sui & necessarii hæredes, *arg. l. furiosus 63. de acq. hær.* Hoc tantum interest, quod prætor suis hæredibus potestatem facit abstinendi ab hæreditate. necessariis non item. *l. necessariis 57. d. acq. hæred.*

Valde enim prospiciendum erat.] Ratio exceptionis satis justa, videlicet ut famæ defunctæ parcatur, & auctionis ignominia, qua alioqui defunctus oneraretur, in hæredem servum potius derivetur: qui duplici de causa hoc æquo animo ferre debet: primum quia rem pretiosissimam & inæstimabilem, libertatem, consequitur: deinde quia quicquid post mortem patroni sui acquirit, non obnoxium creditoribus, si bonorum separationem petierit, quam impetrare potest, si bona defuncti non attigerit, *d. §. 1. Inst. de hær. qual. & diff. junct. l. 1. §. ult. de separ.* Falluntur ergo qui scribunt, servum hæredem necessarium conveniri posse, si is postea ad meliorem fortunam pervenerit, exemplo eorum, qui bonis cesserunt, *§. ult. inf. de act.*

Injuria] Hoc est, ignominia, quamvis enim edicto prætoris de infamibus non notetur; oneratur tamen existimatio ejus, & facti infamiam non effugit is, cujus bona auctioni & hastæ publicè subjiciuntur: cujus rei locupletem testem habemus Ciceronem *pro Quintio.*

TEXTUS.

De servo instituto sine libertate.

2. Idemque juris est, etsi sine libertate servus hæres institutus est. Quod nostra constitutio non solùm in domino, qui solvendo non est, sed generaliter constituit, nova humanitatis ratione: ut ex ipsa scriptura institutionis etiam libertas ei competere videatur: quum non sit verisimile, eum quem hæredem sibi elegit, si prætermiserit libertatis dationem, servum remanere voluisse, & neminem sibi hæredem fore.

NOTÆ.

2. *Sine libertate*] Non libertate nominatim prohibita, sed omissa, nulla facta mentione libertatis.

Nostra constitutio] *l. pen. C. de necess. serv. hær. inst.* junct. *pr. infr. de her. instit.*

Nova humanitatis ratione] Quia etsi ex veteribus quoque juris auctoribus quidam hoc ipsum probaverant, nunquam tamen obtinuerant, ut *d. pr. inf. de hær. instit.* Cujac,

COMMENTARIUS.

NOva humanitatis ratione] Primus Justinianus generaliter constituit, ut servus à domino simpliciter hæres institutus & liber & hæres fiat, veterum quidem, sed eorum paucorum sententiam secutus, quæ idcirco antea non obtinebat, *l. pen. C. de nec. serv. hær. inst. junct. pr. inf. de hær. inst.*

Quum non sit verisimile] Nam qui vult consequens ut DD. hic notant, & in *l. 2. de jurisd.* etiam antecedens velle intelligitur, sine quo ad illud consequens perveniri non potest; eademque ratione haud dubiè & Paulus & Atilicinus, quibus jam ante hæc sententia placuit, usi sunt. Verum hæc ratio aliis non satis idonea visa fuit, fortassis ideo quia cum libertas sit aliquid majus & pretiosius ipsa hæreditate, absurdum videatur per consequentiam hæreditatis, datæ libertatem servo defendere, rem longè majoris momenti. Rationem enim juris non pati, ut id, quod dignius est & magis principale, à re minus digna minusque principali vires capiat, per *l. quod per manus de jur. Cod.* Constitutio Justiniani ad adscriptitios, sicubi sunt, trahi potest: & sic etiam si quis homini proprio, ut vocant, feudum dederit, eo ipso & libertatem ei dedisse censet D. Tulden. *in com. hic c. 3.*

Textus.

Quid sit in fraudem Creditorum manumittere.

3. *In fraudem autem creditorum manumittere videtur, qui vel jam eo tempore, quo manumittit, solvendo non est; vel qui datis libertatibus desiturus est solvendo esse. Prævaluisse tamen videtur, nisi animum quoque fraudandi manumissor habuerit, non impediri libertatem, quamvis bona ejus creditoribus non sufficiant: sæpè enim de facultatibus suis amplius, quàm in his est, sperant homines. Itaque tunc intelligimus impediri libertatem, cum utroque modo fraudantur creditores, id est, & consilio manumittentis, & ipsa re, eo quod bona ejus non sunt suffectura creditoribus.*

Notæ.

3. *In Fraudem*] Descriptus hic locus est ex *l. 10. D. qui & à quib. man.*

Desiturus est solvendo esse] Species hæc sit. Sempronius, qui mille in bonis habebat ac totidem debebat, servum in fraudem creditoris manumisit: quo facto 50. de bonis ejus decesserunt, ut jam creditores solidum consequi nequeant. Q. an impediatur libertas. R. impediri cum Cajo *in d. l. 10.*

Prævaluisse] Libertas non revocatur, nisi & fraudandi consilium manumissor habuerit, & creditores re ipsa fraudentur, *d. l. 10. l. 1. C. qui man. non poss.* In fideicommissaria tamen libertate solus rei eventus spectatur, *l. 4. §. 19. in fin. D. de fideic. lib. l. ult. C. eod.*

Commentarius.

Desiturus est solvendo esse] De scriptus hic locus est ex *l. in fraudem 10. qui & à quib. man.* Nimirum quia lex Ælia Sentia simpliciter loquitur de debitore, qui solvendo non est, quæsitum est, an lex etiam ad eum pertineat, qui datis demum libertatib⁹ desiturus est solvendo esse, & placuit pertinere, *d. l. 10.* Ratio in prōptu est quia solvendo esse nemo intelligitur, qui solidum, quod debet, solvere non potest, *l. solvendo de verb. sign.* non potest autem, qui posse desiit.

Prævaluisse] Nisi hæc duo concurrant, ut & fraudandi consilium manumissor habuerit, & creditores eventu atque re ipsa fraudentur, libertas non revocatur, *d. l. 10. l. 1. C. qui man. non poss.* quod & ipsum procul dubio ex sententia legis simpliciter loquentis acceptum est, non ratione aliqua speciali & favore libertatis, ut putat D. Wesemb. sed communi & ad revocationem ex edicto *Quæ in fraudem creditorum* etiam pertinente, de quo dicemus ad *§. item si 6. inf. de act.* Creditoribus igitur agentibus incumbet probare se & eventu fraudatos esse, & manumissorem animum fraudandi habuisse. Atque hic locus erit præsumptionibus, quibus fraus aut arguitur, aut abfuisse docetur: qua de re consulantur DD. hic & *in d. §. 6.* Cæterum hæc quæ diximus locum habent in libertate directo testamento data: in fideicommissaria autem solus rei eventus spectatur, *l. 4. §. si in fraudem in fin. de fideic. lib. l. ult. C. qui man. poss.* An quia ubi res adhuc integra est, & ab alio servus manumittendus, facilius visum est impediri libertatem.

De facultatibus suis amplius sperant] Plerumque humani ingenii vitio rei modicus spei immodicus est: quod accidit frequenter his, qui transmarinas negotiationes & in aliis regionibus quam ubi ipsi morantur, per institores exercent, *d. l. 10. qui & à quib. man.* ex quo loco apparet, quod hic traditur, etiam ad libertates inter vivos datas pertinere, non ad testamentarias duntaxat; ut male, post alios Schneid.

Textus.

Alterum caput L. Æliæ Sentiæ de minore viginti Annis.

4. *Eadem lege Ælia Sentia domino minori viginti annis non aliter manumittere permittitur, quam si vindicta apud consilium, justa causa manumissionis approbata, fuerint manumissi.*

Notæ.

4. *Domino*] *l. 4. §. ult.* & passim *D. de manum. vind.* Providere lex voluit, ne temere & sine certo animi judicio servi libertate & civitate donarentur.

Apud consilium] Adhibebantur in consilium Romæ 5. Senatores, & 5. Equites, in provinciis 20. recuperatores cives Rom. *Vlp. tit. 1. §. 8. Theophil. hic.* In notis D. S. C. *de consilii sententia.* Grot. *in spars. Flor.* Exercere consilium non potest, cui mandata est jurisdictio, *l. 2. D. de off. ejus cui mand. jurisd.* unde apparet magistratum non habuisse jus exercendi consilium vi suæ jurisdictionis, *arg. l. 1. pr. d. t.*

Commentarius.

Alterum caput legis Æliæ Sententiæ fuit; *Minoribus 20. annis non aliter manumittere jus esto, quam causa justa apud consilium approbata l. 1. de manum. l. 11. & seqq. de man. vind.* Providere lex voluit; ne temere & sine certo animi judicio servi libertate & civitate donarentur.

Quam si vindicta] Legendum cum D. Hotom. ex autoritate librorum veterum. *Quam si dicta apud consilium*

filium justa causa manumissionis, approbata fuerit manumissio, & ita Theoph.

TEXTUS.

Quæ sunt justæ causæ manumissionis.

5. *Justæ autem causæ manumissionis sunt; veluti si quis patrem aut matrem, filium, filiamve, aut fratres, sororesve naturales, aut pædagogum, aut nutricem, aut educatorem, aut alumnum alumnamve, aut collectaneum manumittat, aut servum procuratoris habendi gratia, aut ancillam matrimonii habendi causa: dum tamen intra sex menses in uxorem ducatur, nisi justa causa impediat: & servus, qui manumittitur procuratoris habendi gratia, non minor decem & septem annis manumittitur.*

NOTÆ.

Si quis patrem, &c.] Finge filium, cum esset una cum parentibus naturalibus in ejusdem Domini potestate, hæredem à domino institutum esse, hic filius, ut cæterarum rerum defuncti, ita & parentum suorum dominus efficitur. Justissimam autem eos manumittendi causam habet, & ita porrò.

Alumnum] Quod ferè in mulieribus usu venit: sed tamen in viris etiam receptum, *l.* 14. *D. de man. vind.*

Procuratoris) Plerique de procuratore ad negotia hunc locum accipiunt, Cujac. de procuratore ad judicia, ut & Fabrot. Bachovius de utroque, cui assentior.

Intra sex menses) Et exigitur prius jusjurandum, *d.c.*13.

Justa causa impediat] Veluti si patronus senator fiat, *l.* 23. *D. de rit. nupt.*

Decem & septem] In *d. l.* 13. est *decem & octo*. Sed illic qui attigit annum XVIII. non minor XVIII. dicitur, hoc loco non minor XVII. qui implevit XVII. Cujac.

COMMENTARIUS.

HÆc desumpta sunt ex *l. justa* 9. *l. si minor.* 11. *& aliquot seqq. de man. vind. l. matrimonii* 21. *qui & à quib. man.*

Procuratoris] Arbitror in genere hanc manumissionis causam justam fuisse, etiamsi minori 20. annis speciatim opus non esset procuratore ad judicium; scilicet ut liber factus servus tanto commodius officium procuratoris exercere tam in judicio, quam extra judicium, posset. Itaque neque Cujacio assentior, qui *lib.*22.*obs.*16. locum hunc accipit de procuratore ad judicium tantum, (neque enim satis justa causa videtur, ut quis ob unam fortè litem persequendam servum suum manumittat) nec DD. vulgo, qui de procuratore ad negotia duntaxat: quasi minor 25. annis alienæ litis procurator esse neutiquam possit: quod falsum est, *l. cum mandato* 23. *de minorib.* Sanè ad defendendum minor 25. annis procurator idoneus non est, *l.minor.* 51. *de procur.*

Matrimonii habendi] Verbum *habendi* delendum esse, nemo, qui modo Latinè sciat, negare poterit: nec in aliis reperitur, ut neque in *l.* 21. *hoc tit. nec in l.* 13. *de man. vind.* nec Theophil. agnoscit.

TEXTUS.

De causa semel probata.

6. *Semel autem causa adprobata, sive vera sit, sive falsa, non retractatur.*

COMMENTARIUS.

EX *l.*9.§.1. *de man. vind.* Ratio est, quia lex Ælia Sentia non causam exigit nominatim, sed causæ dictionem: & hoc est, quod Marcian. ait in *d. l.* 9. §. 1. causæ probationi contradicendum esse, non etiam causam approbatam retractandam.

TEXTUS.

Abrogatio posterioris capitis L. Æliæ Sentiæ.

7. *Quum ergo certus modus manumittende minoribus viginti annis dominis per legem Æliam Sentiam constitutus esset, eveniebat, ut qui quatuordecim annos expleverat, licet testamentum facere, & in eo sibi hæredem instituere, legataque relinquere posset, tamen, si adhuc minor esset viginti annis, libertatem servo dare non posset. Quod non erat ferendum, nam cui totorum suorum bonorum in testamento dispositio data erat. quare non similiter ei, quemadmodum alias res, ita & de servis suis in ultima voluntate disponere, quemadmodum voluerit, permittimus, ut & libertatem eis possit præstare? Sed quum libertas inæstimabilis res sit, & propter hoc ante vigesimum ætatis annum antiquitas libertatem servo dare prohibebat: ideò nos mediam quodammodo viam eligentes, non aliter minori viginti annis libertatem in testamento dare servo suo concedimus, nisi septemdecimum annum*

impleverit, & octodecimum attigerit. Quum enim antiquitas hujusmodi ætati & pro aliis postulare concesserit: cur non etiam sui judicii stabilitas ita eos adjuvare credatur, ut ad libertatem dandam servis suis possint pervenire?

NOTÆ

Libertas inæstimabilis res] Servum tamen libertate donare non est inæstimabile domino, & alia haud dubiè ratio legis Æliæ Sententiæ fuit; & hæc nimirum, quod servi minoribus dominis facilè blandis verbis aut aliis artibus persvadere possunt, ut se manumittant, vel pro turpis alicujus obsequii remuneratione, *fac.l.2.C.si adv.lib.l.16.C. de lib.cauf.*

Mediam viam]Hinc inferunt posse quandoque judicem in ambiguitate juris vel facti rem dividere utique hoc facere solent prudentes, ubicumque est πάρεξις, id est, perplexa quæstio *l. 7. D. ut leg.nom. cauf.l.40. D. de her. instit.* videndum tamen semper, quid suadeat ratio juris.

Pro aliis postulare] *l.1.D.de postul.* Collectio tamen hæc minus bona est; Adolescens ingressus annum XVIII. postulare potest, ergo & servum suum manumittere, sunt enim hæc planè diversa.

COMMENTARIUS.

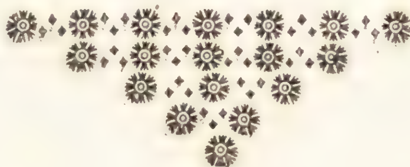
NAm cui totorum] Argumentatur à majori ad minus κατασκευαστικῶς, cui quod plus est licet, ei non debet, quod minus est, non licere, *l.21.de reg.jur.*

Quum libertas inæstimabilis res sit] Aliam rationem legis Æliæ Sentiæ fuisse existimo, nempe quod servi junioribus dominis facilè blandis verbis aut aliis artibus persuadere possunt, ut se manumittant, *arg.§.4.sup. eod.* vel pro turpis alicujus obsequii compensatione. Est quidem libertas res inæstimabilis, & ipsi servo ὐδὲν τιμιώτερον ἐλευθερίας: at servum libertate donare non est inæstimabile domino, cui longè plus est, posse aliquem hæredem instituere, prædium legare, quam servo vilissimi pretii dare libertatem: licet ipsi servo majus sit, libertatem accepisse, quam hæreditatem aut prædium.

Ideo nos mediam viam eligentes] Hinc inferunt, posse quandoque judicem in ambiguitate juris vel facti rem dividere, *Cujac.17.obs.21. Tessaur. decis. 19. Boër. decis. 239.* Et sanè causa anceps per mediocritatem optimè dividitur, etiam Paulo teste in *l. filio. 7. ut legat. nom. cau.* Sic cum de dominio speciei ex aliena materia factæ dissensio inter Sabinum & Proculum esset, Gajus in *l.7. §. cum quis de acq. rer. dom.* mediam sententiam secutus est, eamque probavit Justinianus *§.cum ex aliena.inf.de rer.div.* Et Tiberius Cæsar, cum servus ejus Parthenius tanquam ingenuus hæres scriptus esset; cum substituto Parthenii hæreditatem divisit, *l.& hoc 41.de hær. inst.§.ult.inf.de vulg. subst.* Videndum tamen semper est, quid svadeat ratio juris.

Nisi 17. annum] Jurè novissimo permittitur non minus libertates, quam res alias testamento relinquere ea ætate, qua testamentum facere permissum est, masculis nimirum anno ætatis quartodecimo, fœminis duodecimo. *Nov.119.c.2.*

Pro aliis postulare] Veteres ætatem 17. annorum idoneam rati sunt ad prodeundum in publicum & causas agendas: atque hac ætate & paulo majore fertur Nerva filius publicè de jure responsitasse, *l. 1. de postul.* Est autem, si liberè philosophandum est, vitiosa hæc collectio; Adolescens annum ingressus 18. pro alio postulare potest; ergo & servum suum testamento manumittere, sunt enim hæc planè diversa. Ne pigeat in transitu discere, pueros ingenuos usque ad annum ætatis decimum sextum prætexta puerili toga usos fuisse, ingressosque annum decimum septimum puram, quæ & virilis dicitur, sumpsisse: quo ferè anno ad oratorem aliquem deducebantur, qui cum in forum descendentes annum unum patronos audiebant; quo assiduis auscultationibus confecto, causas ipsi agere, tanquam jam informati & non omnino rudes instituebant, funebres autem orationes etiam minore multo ætate habebantur: nam Augustus annum agens duodecimum pro concione aviam Juliam defunctam laudasse traditur. *Sueton.in Aug.c.8.ad Car.Sigon.l. 3. de judic. c. 18. Hotom. hic.*



TITU-

Titulus Septimus.

Conc. Lib. 7. Cod. Tit. 3.

De lege Fusia Caninia tollenda.

Textus.

Lege Fusia Caninia certus modus constitutus erat in servis testamento manumittendis; quam quasi libertates impedientem, & quodammodo invidam, tollendam esse censuimus: quum satis fuerat inhumanum, vivos quidem licentiam habere totam suam familiam libertate donare, nisi alia causa impediat libertatem: morientibus autem hujusmodi licentiam adimere.

Notae.

Lege fusia caninia] Lata hæc lex Augusti temporibus, ut ex Svetonio intelligimus *c.* 40. ubi & ratio legis indicatur, ne sc. concessa libera testamento manumittendi potestate libertis & sordidis hominibus civitas Rom. contaminaretur, sustulit eam Just. *l. un. Cod. hoc tit.*

Certus modus] Certus numerus, quem in manumittendo excedere non liceret. *Ulp. tit.* 1. *Caj. lib.* 1. *tit.* 2. *Paul.* 4. *sent.* 14. Apud Vopiscum legimus Tacitum Imperatorem in testamento suo intra Caniniam mansisse.

Commentarius.

C*Ertus modus*) Id est, certus numerus definitus erat, quem in manumittendo excedere non licebat, vid. Ulp. *tit.* 1. *Cajum lib.* 2. *tit.* 1. *Paul.* 4. *sent.* 14. Ratio legis hæc fuit, ut ex Suetonio *in Aug. c.* 40 intelligimus, nec concessa libera testamento manumittendi potestate, libertis & sordidis hominibus civitas Rom. contaminaretur.

Testamento) Cur non etiam inter vivos? nimirum quia & sine eo scopum suum lex assequitur. Nam metuendum non est, ut vivi & valentes tam profusè liberales simus, ut ea faciamus, quæ mox morituri, cum rebus nostris jam non amplius uti nos posse credimus, liberalitatis laudem tum maximè venantes. Pertinet huc insignis locus apud Dionys. Halicarn. *lib.* 4. ubi scribit, *multos se vidisse, qui profusa honoris ambitione omnes servos suos testamento vel flagitiosissimos manumitterent, ut pileati funus sequerentur.* Atque hic ferè mos est legislatorum ut ea sola prohibeant, quæ facilè fieri posse existimant, non quæ difficulter, *l.* 4. *in fin. ad sen. Vell.* ubi hæc eadem ratio redditur, cur senatus intercessionem mulieris prohibuerit, non donationem, & videmus, quo facilius quid fieri potest, quod lex fieri non vult, eo strictius id vetari: ideo enim lex Julia fundum dotalem alienari vetat invita muliere, obligari etiam ea consentiente, *inf. quib. al. non lic. in pr.*

Totam familiam) Id est, ut Theophil. vertit, πάντας τοὺς οἰκέτας, *omnes servos.* Servos enim unius domini familiam veteres frequenter appellant, ut in *tit. si fam. furt. fec. l.* 9. *de jurisd. l. illud.* 31. *in pr. ad leg. Aq. l. optio* 13. *de opt. leg. l. pronuntiatio* 195. *§. servitutum de verb. sign.* atque in urbanam & rusticam dividunt, *l. urbana 166 eod.* Alias plerasque hujus vocis significationes habes in *d. l. pronuntiatio.*

Alia causa impediat) Puta si manumissor solvendo non sit, vel minor decem & septem annis.

Morientibus adimere) Argumentatio ab actu inter vivos ad ultimam voluntatem, eaque κατασκευαστική. Quatenus hæc argumentatio procedat, & contra, bene docet *D Præses Everhard. Claud. Cant. in top. & Mynss. hic.* certè non procedit, si legis Fusiæ spectemus rationem. Quæ hæc est, quod facilius in testamento manumittimus, quam inter vivos. *l.* 4. *in fin. ad Senat. Vell.*

Titu-

TITULUS OCTAVUS.

Conc. D. Lib. 1. Tit. 6.

De his, qui sui vel alieni juris sunt.

TEXTUS.

Altera divisio personarum.

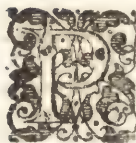
Sequitur de jure personarum alia divisio. Nam quædam personæ sui juris sunt; quædam alieno juri subjectæ. Rursus earum, quæ alieno juri subjectæ sunt, aliæ sunt in potestate parentum, aliæ in potestate dominorum. Videamus itaque de his, quæ alieno juri subjectæ sunt. Nam si cognoverimus, quænam istæ personæ sunt, simul intelligemus, quæ sui juris sunt, ac prius inspiciamus de his, quæ in potestate dominorum sunt.

NOTÆ.

Alia Divisio) Ex Cajo *l. 1. D. hoc tit.* Hac divisione personæ superiore divisione secretæ iterum in unum coguntur, quia de vi & effectu dominicæ potestatis adhuc erat cognoscendum.

In potestate) Varia est hujus vocis signficatio, *l. 215. D. de verb. sign.* hic summam significat, ἀκραν ἐξουσίαν, ut definit Theophil.

COMMENTARIUS.



PRoponitur hic ex Cajo *l. 1. hoc tit.* alia personarum divisio: sed non sine vitio. Primum quia hæc ex summa illa, quæ *sup. tit. 3.* tradita est, non deducitur; deinde quia de servis jam ante intellectum est, eos omnes esse juris alieni, ut nihil necesse fuerit rem eandem inculcare, Rectius fecissent Compositores, si hic omissis servis, quorum omnium eadem conditio est, liberorum hominum differentias, sicuti instituerant §. *ult. dict. tit. 3.* porro persecuti essent, eosque subdivisissent in eos, qui sui, & qui alieni juris sunt, aut potius in patresfam, & filiosfam. ut Ulpian. *l. 4. h. tit.* Excusantur tamen, quod cum de vi & effectu dominicæ potestatis adhuc cognoscendum erat, secretas superiore divisione personas in unum iterum coëgerint,

Simul intelligemus) Ratio ex hoc principio logico petenda; *Contrariorum cognito uno, cognoscitur & alterum Aristot. 1. Top. 14. & 2. c. 2. Cic. in Top. & 2. de orat.* Non quod explicata & cognita una specie generis divisi statim accuratè cognoscamus naturam speciei oppositæ: sed quod illa cognita, intelligimus cætera, quæ sub genere comprehensa sunt, ad species oppositas pertinere. Nam illud tantum in universum verum est, unum oppositum alterius cognitionem juvare in eo, quatenus oppositum est, quo pertinet illud Arist. 2. *Rhet. c. 12.* τὰ ἐναντία παράλληλα μάλιστα φαίνεται.

TEXTUS.

De jure Gentium in servos.

1. In potestate itaque dominorum sunt servi, quæ quidem potestas juris gentium est, nam apud omnes peræque gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitæ necisque potestatem fuisse: & quodcunque per servum acquiritur, id domino acquiri.

COMMENTARIUS.

1. *Jus vitæ & necis neque omnes gentes usurpasse, neque justitia interna licere servum occidere.*

EX quo jure servitus est, ex eodem & dominorum in servos potestatem esse, nemo est qui ambigat. Cæterum quod hic ex Cajo *l. 1. §. 1. hoc tit.* Justinianus refert, apud omnes gentes summum illud jus vitæ & necis in servos usurpatum fuisse, de majore parte accipiendum est, deque eo, quod impunè in servos fit ex rigore juris gentium. Nam apud multos populos jus hoc usurpatum non fuisse, sed servos humaniter tractatos, ut apud Parthos, Germanos, Hispanos, ipsosque adeo Græcos, testes sunt *Justin. lib. 4. Tacit. de morib. Germ. Athenius lib. 6. Bodin. 1. de repub. 5. Grot. 3. de jure bell. & pac. 14.* Et agnoscunt omnes, multum distare id, quod impunè in servum fit ex gentium jure, & id quod naturalis ratio fieri sinit. *Cum in servum,* inquit Seneca 1, *de Clem. 18. omnia liceant, est aliquid, quod in hominem licere commune jus vetet.* Et Paulo ante; *In mancipio ait, cogitandum, non quantum illud impunè pati possit, sed quantum tibi permittat æqui bonique natura, quæ pecere etiam captivis & pretio paratis jubet.* Et vero si natura inter omnes homines cognationem quandam constituit; *l. 3. de just. & jur.* consequens est, hominem in hominem sævire, nefas esse: ac proinde alienum ab

ab omni humanitate, quamvis servum, hominem tamen occidere, aut crudeliter tractare. Apostoli dictum est; *Domini, jus & quod æquum est, servis præstate, gnari, vobis quoque dominum esse in cælo. ad Coloss. 4. vers. 1.*

Quodcunque per servum acquiritur] Hoc ut rationi juris gentium convenit (nam qui in aliena non tantum potestate, sed etiam dominio est nihil proprium habere potest, de quo plenius *in §. item vobis. inf. per quas pers. cuiq. acq.*) ita nihil admodum iniquitatis habet; quoniam dominus vicissim ad alimenta servo præstanda obligatus est.

TEXTUS.

De Jure Civil. Roman. in servos.

1. *Sed hoc tempore nullis hominibus, qui sub imperio nostro sunt, licet sine causa legibus cognita in servos suos suprà modum sævire. Nam ex constitutione Divi Antonini, qui sine causa servum suum occiderit, non minus puniri jubetur, quàm si alienum servum occiderit. Sed & major asperitas dominorum ejusdem Principis constitutione coërcetur. Nam Antoninus consultus à quibusdam Præsidibus provinciarum de his servis, qui ad ædem sacram, vel statuam Principum confugiunt, præcepit, ut, si intolerabilis videatur sævitia dominorum, cogantur servos suos bonis conditionibus vendere, ut pretium dominis daretur, & rectè: expedit enim reipublicæ, ne suâ re quis malè utatur. Cujus rescripti ad Ælium Martianum missi verba sunt hæc:* Dominorum quidem potestatem in servos illibatam esse oportet, nec cuiquam hominum jus suum detrahi. Sed & dominorum interest, ne auxilium contra sævitiam, vel famem, vel intolerabilem injuriam denegetur iis, qui justè deprecantur. Ideoque cognosce de querelis eorum, qui ex familia Julii Sabini ad sacram statuam confugerunt, &, si vel durius habitos, quàm æquum est, vel infami injuria affectos esse cognoveris, venire jube, ita ut in potestatem domini non revertantur. Quod si meæ constitutioni fraudem fecerit, sciat me hoc admissum adversus se severius executurum.

NOTÆ.

1. *Sine causa*] Descripta hæc partim ex *l. 1. §. 2.* partim ex *l. 2. D. hoc tit.*

Non minus puniri] Hoc significat, qui servum suum sine causa occidit, tam reum esse homicidii, quam si alienum occidisset, & teneri publico judicio legis Corneliæ de sicariis: neque enim privato judicio legis Aquiliæ locus est, ubi sibi quis damnum infert.

Major asperitas] Modica tantum castigatio dominis permittitur, *l. un. C. de emend. serv.* adhibenda tamen etiam circa minores pœnas clementia, juxta illud in constitutionibus Clementis Romani, οὐκ ἐπιτάξεις δούλῳ σου ἢ παιδίσκῃ ἐν πικρίᾳ ψυχῆς Grotius, *ubi sup.*

Ædem Sacram] Fana ethnicis pro asylis erant. Plaut. *Rudent. Virgines duæ Veneris fano sese adversus lenonis vim tuentur.* Tac. *3. annal. Complebantur templa pessimis servitiorum, &c.* Sublato Paganismo idem jus ἀσυλίας templis Christianorum tributum: *tit. C. de his qui ad eccles. confug. Nov. 17.* Hæc verba, *ad ædem sacram,* non sunt apud Ulp. Rufini *tit. 3.* nec in *d. l. 2. hoc tit.* nec Theophilus habet.

Statuam principum] Statuæ quoque Principum his, qui ad eas confugissent, asyla fuerunt, *l. un. C. de his qui ad stat princ.* Judæorum populo sex civitates constitutæ erant, quo tuto confugerent, qui ἀκουσίως sanguinem effudissent. *Num. 35. vers. 11. Deut. 19. Jos. 20. vers. 2 & 3.*

Bonis conditionibus] Justo pretio, ut in *l. 12. D. de relig.* Et ne dominus infensus duriores conditiones adjiciat, veluti ut ne manumittantur, ut tanquam fugitivi in vinculis habeantur. Th. & *l. 25. D. de statu lib.*

Expedit reip.] Hæc sententia est apud Sosipatrum. Potest quis etiam abuti re sua, *l. 25. §. 11. D. hær. pet.* sed tamen providendum, ne privati fortunis suis abutendo noceant publico.

Dominorum interest] Alia ratio decidendi. Si servi nullum sibi contra dominorum sævitiam auxilium paratum esse sciant, aut manus sibi afferent, aut in perniciem domini aliquid molientur.

Severius executurum] Pro qualitate scil. delicti extra ordinem in ipsum animadversurum: Nam certa pœna hic definita non est. Wes.

COMMENTARIUS.

1. *Etiam circa minores pœnas in servos oportere adhiberi æquitatem.*
2. *Sicariis. adulteris, raptoribus, & similium criminum reis, jus asyli dandum non esse.*
3. *Potestatem quam dominus in re sua habet, lege civili posse restringi.*

1 Refert hic Justinianus ex Cajo & Ulpiano *l.1. & l.2.h.tit.* Antoninum Pium modum posuisse potestati dominicæ, qua plerique immoderatè utebantur: quæ hujus potestatis moderatio ad jus naturæ sive internam justitiam jus illud exterius retraxit.

Sine causa] Nam ex causa licet; puta si servum in facinore deprehenderit, in quo repertum etiam liberum occidere jus sit.

Non minus puniri jubetur] Hoc est, publico judicio legis Corneliæ de sicariis non minus obnoxius est & reus homicidii, quam si alienum servum occidisset: nam lex Cornelia non distinguit, quis homo occisus sit, *l.1.§.2. ad leg. Corn. de sicar.* Utique privatum Aquiliæ judicium locum habere non potest, cum quis sibi damnum, non alii infert.

Major asperitas] Modica autem castigatio dominis permittitur, *l.un.C. de emend.serv.* & tamen etiam circa pœnas minores, puta verbera, in servos adhibenda est æquitas, imo & clementia. In constitutionibus, quæ Clementi Romano adscribuntur, legimus, σὺ ἐπιτάξεις δούλῳ σου, ἢ παιδίσκῃ, ἐν πικρίᾳ ψυχῆς. *Non opprimes servum, non dominaberis ei dure*, ait lex divina de servo Hebræo *Deut.* 15. quod nunc prolata vi proximitatis ad omnes servos debet extendi. Et Apostolus *ad Ephes.* 6. dominis imperat, *ne cum servis minaciter agant*, eo argumento, *quod & ipsi dominum in cœlis habeant, qui ad talia qualitatum discrimina non attendat.* Sed & operæ cum modo exigendæ sunt, & valetudinis servorum humanè habenda ratio: quod ipsum præter alia spectat lex divina in Sabbati institutione, nimirum ut laboribus aliquod daretur spiramentum. C. Plinius *lib.5. epist.19.* sic ad Paulinum scribit, *Video quam molliter tuos habeas, quo simplicius confitebor tibi, qua indulgentia meos tractem. Est mihi semper in animo Homericum illud*, πατὴρ ὥς, ἤπιος ἦεν. & hoc nostrum *paterfamilias*. In qua voce & Seneca veterum humanitatem observat; *Ne illud quidem videtis*, inquit, *quam omnem invidiam majores nostri dominis, omnem contumeliam servis detraxerint. Dominum patremfamiliæ appellaverunt; servos, familiares epist.* 47. Plura hujusmodi habet Grot. *lib.3. de jur. bell. & pac. c.* 14.

Ad ædem sacram] Ad fana seu templa Deorum, quo confugientes aras & signa Deorum amplecti solebant. *Plaut. Mostell. act.5. scen.1. & Rudent. act.2. scen.7. Virg. Æneid.* eodemque & obærati adversus creditores, suspectique criminum capitalium receptabantur. *Tacit. 3. annal.* & quia ab his locis neminem eripere fas erat, ideo ἄσυλα dicta sunt. Sublato paganismo Impp. Christiani idem jus etiam templis Christianorum tribuerunt, *tit. C. de his qui ad*
2 *eccl. conf.* sed leviores tantum delicti suspectos recipi voluerunt, non sicarios, adulteros, raptores, aut similium criminum reos; neque τοῖς ἀδικοῦσιν, ἀλλὰ τοῖς ἀδικουμένοις jus asyli dari. *Nov. 17. c. 7. Nov.37.* convenienter legi Divinæ, quæ jubet homicidam ab altari abstrahi, atque iis solum asyliam dari, qui ἀκουσίως sanguinem effuderint. *Exod.c.21. vers.13. & seq. Num.35. vers.6. & 11. Ios.c.20.vers.2. & 3.* Cui etiam convenit, quod Thucydides *lib.4.* scribit, τῶν ἀκουσίων ἁμαρτημάτων καταφυγὴν εἶναι τοὺς βωμούς. Jure autem canonico, remotis solis nocturnis populatoribus agrorum & publicis latronibus, cæteri cujuscunque facinoris rei, immunitate ecclesiarum gaudent, *c. inter alia, & c. fin. de immun. eccles.* Quam Pontificum sanctionem non immerito jam olim improbavit Ferrariens. *in forma inquis. in pr. num.31.* ubi scribit, hæc jura canonica facta esse sine ratione ad beneplacitum, imo contra jus divinum, quo cautum est; *Domus mea domus orationis vocabitur: vos autem fecisti eam speluncam latronum, &c.* In Coloniensi editione anno 1590. hæc & similia Cyni, quæ eodem loco citat Ferrariens. consulto expunxit censor.

Ad statuam Principum] Statuæ etiam Principum his qui ad eas confugissent, asyla fuere, *l.1. §.1. de offic. præf. urb. l. un. C. de his qui ad stat. princ. conf.* quæ statuarum veneratio sane antiqua est. Meminit Livius lib. 13. statuæ Ptolomæi regis apud Cyrenas, ad quam cum quidam Decius Magius Campanus, qui à Pœnis vinctus Carthaginem ducebatur, confugisset, manus hostium evaserit. Plura de statuis & imaginibus Principum vide apud *Brisson. 4. antiq.* 11.

Coguntur servos suos] Apud Græcos quoque servis durius habitis licebat πρᾶσιν αἰτεῖν, ad venditionem proclamare, test. Plutarch. περὶ δεισιδαιμ. aut certa pecunia se redimere, ut ex Plauti Casina discimus, quæ Comœdia Attica est. Simile exemplum extat in *l. ult. si à par. quis man.* de patre, qui filium; quem contra pietatem malè afficiebat, manumittere cogitur.

Bonis conditionibus] Justo pretio: item ne gravis conditio venditioni à domino servis infensiore apponatur; veluti, ut ne manumittantur, ut Italia exportentur, in vinculis semper habeantur. Theophil.

Vendere] Nemo rem suam vendere cogitur, *l. invitum C. de contr. empt.* ac ne justo quidem pretio, *l.9. de act. rer. am.* nisi id exigat utilitas publica, quæ hujus regulæ generalis est exceptio. Causæ impulsivæ variæ esse possunt, veluti ut tempore famis & annonæ caritatis cogantur divites & maximè negotiatores frumentum atque alia edulia justo pretio vende-

vendere, *per l. 1. §. curnus. de off. præf. urb. l. annonam de extraord. crim.* In servis hic est justa deprecatio auxilii contra sævitiam dominorum. Est & favor libertatis, *§. ult. inf. de donat.* Sed & favore religionis idem receptum, ut in specie *l. 12. in fin. de religios.*

Pretium dominis daretur] Observandum etiam tunc, cum quis ex justa causa rem suam alienare cogitur, pretium ei reddendum esse.

Expedit enim reipub.] Est quidem unusquisque rei suæ moderator & arbiter, *l. in re mandata. C. mand.* in tantum ut ea etiam abuti possit, *l. sed etsi 25. §. consuluit. de her. pet.* Cæterum interest reipub. huic arbitrio modum à lege præscribi, ne privati fortunis suis abutendo, publico noceant. Accedit hic conditio personæ, quæ licet fortunâ servus, homo tamen est, & jure naturæ domino æqualis. Nimirum Reip. institutio id secum fert, ut dominium quoddam habeat superius singulorum dominio, ad necessitates, aut utilitates publicas, quod Grotius *lib. 2. de jur. bell. & Pac. c. 2. in flor. spars. ad l. Barberius de off. præt.* appellat dominium eminens, & in hanc sententiam egregiè disputat Plato *l. 11. de legib.* Hinc est, quod Princeps etiam de bonis subditorum disponere potest, dirigendo eorum usum ad publicam seu communem utilitatem. Qua de causa etiam persæpè potestas, quam quisque dominus in re sua habet, lege civili restringitur ac terminatur.

Nec cuiquam hominum jus suum detrahi] Ratio dubitandi in hoc rescripto. Unde intelligimus, ne à Principe quidem posse cuiquam jus suum sine causa detrahi, de quo vid. *Hotom. Illustr. quæst. c. 1.*

Sed & dominorum interest] Alia decidendi ratio præter eam, quæ supra posita est, ad ipsos dominos pertinens; ne videlicet servi, si nullum sibi contra sævitiam auxilium paratum esse sciant, aut aufugiant, aut manus sibi afferant, aut in perniciem dominorum aliquid machinentur. Cæterum ex iis, quæ supra disputavimus, abundè liquet, opus non esse, ut causa coërcendæ dominicæ potestatis, summo gentium jure concessæ, aliunde petatur, quam ex eo, quod ratio naturalis fieri sinit, à qua longè abit absoluta illa & infinita potestas, quam pleræque gentes & cum his Romani usurparunt.

TITULUS NONUS.

Lib. 8. Cod. Tit. 47.

De Patria Potestate.

Continuatio & argumentum tituli.

Equitur pars altera divisionis initio superioris tituli traditæ, ad eos pertinens, qui sunt in potestate patria. Potestas hæc tribus modis constituitur, justis nuptiis, legitimatione, adoptione. Nuptiæ naturalem hujus potestatis causam continent; ideoque de hoc modo primo loco quæritur: doceturque hoc titulo, quid sint nuptiæ, cujus juris sit patria potestas, qui, quos, in potestate habeant. De effectis hujus potestatis, quod Justinianus omisit, nonnihil nos dicemus in exegesi, *§. 2. hoc tit.*

TEXTUS.
Summa Tituli.

In potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex justis nuptiis procreavimus.

NOTÆ.

In potestate nostra] Ex Ulpian. in *l. 3. D. his qui sui vel ali. jur.*

Iustis nuptiis] Nam ex injusta conjunctione nati in potestate patris non sunt, *l. 23. & seq. D. de stat. hom. §. pen. inf. tit. seq.* Denique in hoc negotio is solus pater habetur, quem nuptiæ demonstrant, *l. 5. D. de in jus voc.* In notis I. N. Q. *justis nuptiis quæsitus.* Grot.

COMMENTARIUS.

EX *justis nuptiis*] Nam ut nuper diximus, liberi ex injusto matrimonio nati in potestate patris non sunt, *l. 1. de stat. hom.* adeoque nec patrem jure civili habere intelliguntur, sicut nec vulgo concepti, *§. pen. seq. tit.* Lege quidem naturæ matris conditionem seqvuntur, ut scribit Jurisconsultus *in l. lex naturæ d. tit.* sed cum fœminæ liberos in potestate non habeant, *§. fœminæ, inf. de adopt.* sequitur eos nec in potestate avi materni esse.

TEXTUS.
Definitio Nuptiarum.

I. Nuptiæ autem, sive matrimonium, est viri & mulieris conjunctio, individuam vitæ consvetudinem continens.

NOTÆ.

1. *Nuptiæ*] Sic dictæ à nubendo, quod olim novæ nuptæ pudoris ergo caput obnubere flammeo solebant. Fest. Non. & alii.

Conjunctio] Consensu suscepta, nuptias enim non concubitus, sed consensus facit, *l.30. de reg. jur. l.15. D. de con. & dem.*

Individuam, &c.] Modestin. *l.1. D. de rit. nupt. consortium, omnis vitæ*, quo significatur non tantum domestica societas, sed etiam indivisus & promiscuus rerum omnium inter conjuges usus, rerum & corporum communicatio. Duar. *c.1. de nupt.* Vera tamen inter conjuges non est bonorum societas.

Continens] Nempe voto & proposito contrahentium: nam eventus non semper respondet.

COMMENTARIUS.

1. *Ad perficiendas nuptias præter legitimum contrahentium consensum nihil desiderari.*
2. *Nunquam in foro conscientiæ licuisse plures uxores eodem tempore habere.*
3. *Quo sensu nuptiæ dicantur individua consvetudo, & quæ gentes in ea perpetuo perstiterint.*
4. *Quid vitæ consvetudine significetur.*
5. *De sponsalibus quædem notatu digna.*

NUptiæ sive matrimonium] Promiscuè ferè hæc vocabula (*nuptiæ & matrimonium*) usurpantur. Sæpè tamen nuptias cum dicimus, intelligimus festivitatem & celebritatem nuptialis diei, ut in *l. pen. §.1. de donat. int. vir. & ux. l. sancimus C. de nupt.* sicut & apud Græcos γάμος accipitur *Ioan. c.2.* Illud tralatitium est, nuptias *à nubendo* dictas esse, eo quod olim novæ nuptæ pudoris ergo caput obnubere flammeo solebant, idque Festus, Nonius & alii complures notant. Seneca in Octavia, de Poppæa Neroni nubente;

Velate summum flammeo tenui caput.

2 *Conjunctio*] Hoc generis loco ponitur: & simul causam efficientem denotat, nempe consensum, qui ut rerum, ita & vitæ societatem efficit, etiamsi nihil aliud intervenerit. Est quidem principalis matrimonii finis sobolis procreatio, quam sine corporum conjunctione habere non possumus; unde etiam inter eas personas, quæ ad eam rem inhabiles sunt, nuptiæ non consistunt, *l. si serva 39. §. 1. de jur. dot.* sed ad vinculum matrimonii consensu stabilitum nihil adjicit, juxta tritum illud, *Nuptias non concubitus sed consensus facit l.pen.de don.int.vir.& ux.l.15. de cond.& dem.l. nuptias 30.de reg.jur.* Hinc etiam apud nos judicatum est, nuptias perfectas esse, simul atque à ministro verbi Divini aut à magistratu mulier viro ritè copulata & tradita est; atque ex eo tempore, ut inter veros conjuges, communionem bonorum more harum regionum induci, etiamsi morte alterutrius nondum subsecuto concubitu matrimonium diremptum sit, *D. Neostad. obs. rer. jud. 15. & aliquot. seqq. add. D. Lamb. Goris advers. jur. tract. 1. c. 2.* Sunt qui ad implendas nuptias jure Romano necessariam fuisse existimant solemnem illam deductionem mulieris in domum mariti, quæ veteribus usurpata fuit, aut nuptiarum festivitatem per *l.5. de rit. nupt. l. 15. de cond. & dom l.9. C. de don. ante nupt. l. sancimus. 24. C. de nupt.* Sed verius est, neutrum eorum ut necessarium desiderari, ut intelligere licet ex responso Scævolæ, *l. pen. de don. int. vir. & ux.* & rescripto Theodosii *l. si donationum 22. C. de nupt.* nec admodum difficile est ad superiores locos respondere. Nam *in l. 5. de rit. nupt.* Jurisconsultus non docet, quomodo nuptiæ contrahantur; sed rationem ac formam tantum deductionis demonstrat. Quod autem Ulpian. in *l.15. de cond. & dem.* ait, conditionem nuptiarum tunc impletam esse, cum uxor ducta est; & Justinian. *l. sancimus C. de nupt.* conditionem nuptiarum non aliter impleri, quam si ipsa nuptiarum accedat festivitas: ex mente extraneorum sumptum est, qui cum nuptias alicujus futuras nominant, ad solemnitatem & celebritatem nuptiarum cogitationem referre solent. Sed & in re ambigua hoc ritu consensus declaratur; & nuptiæ ex deductione aut festivitate intelliguntur perfectæ, quod tantum ostendere voluit Imp. *in d. l. 6. C. de donat. ante nupt.* Qui priscorum ritus in nuptiis adhiberi solitos nosse cupit, legat Brisson. *lib. singul. de rit. nupt.*

Viri & mulieris] Nam duorum ejusdem sexus conjunctio detestanda est, & lege Dei, lege naturæ, legibus omnium gentium damnata. Ait, mulieris, ἑνικῶς, ad excludendam polygamiam, id est, nuptias cum pluribus uxoribus eodem tempore contractas: nam successivè plures uxores habere, aut quod idem est, matrimonio ritè soluto, aliam ducere; prohibitum non est: quod tamen & ipsum species est πολυγαμίας. Igitur apud Romanos vetitum fuit, plures uxores eodem tempore habere; quod & aliarum quoque gentium moribus improbatum fuisse ostendimus *tit. seq. §. affinitatis*: idque divinæ simul ac naturali legi convenienter, quod ego paucis, sed firmis rationibus confirmabo. Legi divinæ 2
primæque institutioni matrimonii contrariam esse polygamiam evincitur primum ex loco *Matth. 19. 8.* Nam argumentum, quo ibi Christus utitur adversus divortium, *ab initio autem ita non fuit*, nullas vires habet, nisi hanc majorem præsupponat; Ita in matrimonio se res habere debet, quemadmodum in principio fuit. Assume jam; Atqui initio duo tantum conjuncti fuerunt in carnem unam, *Genes. 2. sub fin.*

fin. Ergo lege institutionis matrimonii duo tantum, id est, mas cum fœmina una conjungi debet. Eadem planè ratione & ex prima conjugii institutione licentiam polygamiæ damnat Malachias *cap. 2. vers. 14. & seq.* ut benè ostendit vir doctissimus collega noster D. Joann. Coccejus in δωδεκαπροφ. Præterea *Levit. 18. 18.* polygamia expressè prohibetur, quod summi Theologi & Hebrææ linguæ peritissimi Junius & Tremellius firmissimis rationibus demonstrant, locum ex phrasi Hebræa ita vertentes, *Mulierem unam ad alteram ne assumito.* Tertio cum cæremonialia præcepta in novo Testamento abrogata fuerint, quæcunque Apostoli præcepta tradidere, moralia esse constat, cum in politia, tum in œconomia, & à singulis observanda. Atqui *1. Cor. 7. 2.* monogamia præcipitur iis, qui matrimonium expetunt: non potest enim, quod vult Apostolus, unaquæque mulier suum proprium virum habere; si communem cum aliis in polygamia habeat. Quod autem morale est, id à singulis observandum, & perpetui juris est; adeoque & in veteri Testamento obtinuit. Denique videmus primam institutionem conjugii sic exponi à Christo & Apostolo, ut duo solummodo in unam carnem coalescere censeantur, *Matth. 19. 5. & 1. Cor. 6. 16.* nec ante Lamechum Cainici generis hominem quenquam legimus plures simul uxores duxisse: ex quo intelligimus polygamiam sicut & reliquas corruptelas paulatim irrepsisse. Quorsum enim alias in Lamecho expressè notasset Moses? *Gen. 4. v. 19.* Sed & communis ratio polygamiam damnat; primum: quia mutuum conjugum amorem, quem singulares nuptiæ fovent, dividit: deinde quia fidem violat, qua alter alteri sese perpetua consvetudinis vitæ obligatione tradit, & corpus suum mancipat: unde merito Christus pronuntiat eum mœchari, qui vinculo prioris matrimonii non soluto aliam uxorem ducit, *Matth. 19. 9.* Cui convenit illud *Tertull. 4. Advers. Mar.* manente matrimonio nubere adulterium est. Postremo & ratio societatis exigit, ut quemadmodum uxor uni viro, ita vicissim vir uni uxori obstringatur & adhæreat, ut disputat Grot. *1. manud. 3.* quamquam alio abit *lib. 2 de jur. bell. c. 5.* Quamobrem concludendum est cum Beza *tract. de polygam.* nunquam in foro conscientiæ licitum fuisse, plures uxores eodem tempore habere; ac proinde patrum exempla, quos plures uxores habuisse legimus, nobis imitanda non esse: quoniam polygamiam illorum Deus non approbavit, sed toleravit duntaxat, aut indulsit, non lasciviendi, sed gignendæ piæ sobolis gratia, propter promissionem de multiplicatione seminis; sicut & in aliis quibusdam connivit, quæ cum prima conjugii institutione, ad quam ea Christus revocat, non conveniunt, *Matth. 5. 32. & 19. 3. & seqq. Marci 10. 4. Luc. 16. 18.* Peccaverunt nimirum in hoc & ipsi patres, quanquam errore, potius judicii, non satis erudita conscientia, quam aperta improbitate, cum exemplorum multitudo effecisset, ut peccatum quandam rei differentis speciem induisset; quod Deus benignè eis condonavit. Atque hæc etiam sententia est Innocentii tertii in *c. gaudemus. x. de divort.* & communis Pontificiorum, *Covar. de matrim. p. 2. c. 7. §. 3.* ubi ait, etsi plures uxores habere, propriè non adversetur legi naturæ, id est, primis juris naturæ principiis; contrarium tamen esse legi quasi naturali, hoc est, conclusionibus è primis ejusdem juris principiis deductis: deque hac lege solum Deum dispensare posse, & ita etiam *D. Thom. in 4. sent. qu. 33. art. 2.*

Individuam] Verbum hoc, *individuum*, duobus 3 modis accipitur: uno modo proco, quod commune adhuc est atque indivisum, quo sensu individua hereditas dicitur à Modestino *l. fine 32. §. Lucius de adm. tut.* & à Paulo individuum curæ officium *l. Lucius 46. §. 1. eod.* altero modo pro eo, quod dividi non potest, ut cum servitutes, obligationes, stipulationes individuas dicimus. Atque utraque significatio huic loco convenit: prima quidem simpliciter, ut ex iis, quæ mox dicemus, patebit: altera secundum quid, videlicet respectu aliorum conjunctionum & societatum, quæ facilè dividi, hoc est, separari, & pro arbitrio unius dissolvi possunt. Neque enim nuptiis passim renuntiare licet: adeoque Impp. Christiani non nisi ex gravissimis causis divortia admittunt, *l. 8. C. de repud. Nov. 117. c. 8. & 9.* Dici etiam potest conjugale vinculum ex proposito & voto contrahentium perpetuum atque individuum esse, licet ex accidenti aliquando contingat separatio, quod in definitione considerandum non fuit. Quod si hæc res ad primam matrimonii institutionem, & ad eam, quam hic Deus sibi partem vindicat, exigatur, multo justius hæc conjunctio dicetur individua. Nam ut Christus nos docet, initio conjugium sic à Deo institutum est, ut indissolubile esset. Et Deus interveniens personas conjungit. Quod autem Deus conjungit, homo separare non debet. *Matth. 19.* quo etiam loco, & *Matth. 5.* prohibentur omnia divortia, præterquam quæ ex causa adulterii fiunt. Addunt quidam & malitiosam desertionem, pro ea, quæ apud Paulum *1. ad Cor. c. 7. vers. 15.* Sed non dicit Apostolus, dissertione dissolui matrimonium: nullamque novam causam, ob quam liceat divortium petere & facere, verbis Christi adjicit: neque apud eum quæstio est de divortio faciendo, sed an post divortium illegitimè factum ab infideli liceat consulere fidelis conscientiæ. Tantum abest igitur ut in hac specie agatur de repudianda uxore aut dimittendo marito, sicut in causa adulterii, ut contra deserta persona se deseri conqueratur, & desertricem repe-

tat, quantum in se est. Quod si desertrix persona nulla ratione possit ad mutuam conjunctionem repetendam adduci, negat Apostolus oportere innocentem luere culpam nocentis. Hæc obiter. In illa autem, quā dixi perpetua atq; individua vitæ consvetudine Germanos perstitisse scribit Tacitus *de morib. Germ.* Apud Romanos quoque à condita urbe usque ad annum 520. nullum inter virum & uxorem divortium intercessisse, testes sunt *Dionys. Halic. lib. 2. Val. Max. lib. 2. c. 1. Gell. lib. 4. c. 3.* Primus Sp. Carvilius Romæ uxorem sterilitatis causa dimisit, ut iidem testantur. Procedente tempore divortia passim & sine ulla causæ redditione permissa, sed viris duntaxat, ut arguit locus Plauti *in Mercat. act. 4. scen. 6.* Tandem etiam uxoribus, ut constat *ex tit. de divort. & repud.* Juvenalis *satyr. 6.* notat mulierem, quæ crebro divertendo intra quinquennium octies viros permutaverat.

4 *Individuam vitæ consvetudinem continens*] Adjunctum proprium atque ex parte finis. His autem verbis existimo Justinianum significare non tantum domesticam societatem & conversationem, sed etiam rerum quandam communionem & indivisum rerum omnium inter conjuges usum: in summa rerum & corporum communicatione, συμβίωσιν & συνουσίαν κοίτης. Atque hanc interpretationem adjuvat Modestinus *l. 1. de rit. nupt.* cum ait; Nuptiæ sunt conjunctio maris & fœminæ, *consortium omnis vitæ, divini & humani juris communicatio.* Nulla enim res est, sive divini sive humani juris, quam conjux cum conjuge non communicet, cujusque inter eos, salva honestate conjugii, promiscuus usus esse non debeat. Unde Gordianus Imp. uxorem dicit suscipi *sociam divinæ & humanæ domus l. 4. C. de crim. exp. hær.* Quanquam fortasse Modestinus & Gordianus, cum ita loquuntur, alio respiciunt, nempe ad sacra paganorum, quæ domi sibi quisque & familiæ suæ habebat, quorum uxor fiebat socia. Meminit horum sacrorum *Cic. 2. de legib. Plaut. in Captiv. Plin. in Paneg. add. Duar. in tit. sol. matr. de nupt.* Malè nonnulli hæc definitionis verba referunt ad communionem bonorum: nam verba bonorum societas qualis in his regionibus, inter virum & uxorem nulla est, neque jure civili, neque jure Canonico, *Pek. de testam. conj. 2. cap. 1. Covaruv. de matr. p. 2. c. 7. §. 1. Chassan. ad consuet. Burgund. rubr. 4. n. 4. & 16.* novissimè D. Lambert. Goris *advers. jur. tract. 1. cap. 1.*

5 Nuptias honestatis causa præcedere solent sponsalia, ita dicta à spondendo; quia moris fuit veteribus stipulari & spondere sibi uxores futuras, *l. 2. de sponsal. Gell. lib. 4. c. 4.* unde etiam sponsi sponsæque appellatio nata est, *l. 3. eod.* Sunt autem sponsalia, ut Florentinus definit, mentio & repromissio futurarum nuptiarum, *l. 1. eod.* Ait, *futurarum nuptiarum*: siquidem unum tantum genus est sponsaliorum, mutua scilicet promissio de futuris nuptiis; quamvis enim jus Canonicum duo genera constituat, unum eorum, quæ de futuro appellant, alterum, quæ de præsenti; *c. pen. & ult. X. eod.* hanc tamen distinctionem auctores juris nostri non agnoscunt, quibus sponsalia de præsenti sunt ipsum matrimonium jam mutuo consensu contractum, *l. nuptias 30. de reg. jur.* Sed neque juris canonici interpp. per sponsalia de præsenti, quæ vocant, negant contrahi matrimonium: sed tantum respectu matrimonii per conjunctionem corporum consummati, hæc etiam sponsalia ab iis dicuntur. *Panor. d. c. pen. n. 2. Covar. de sponsal. p. 1. c. 1. n. 6. & in c. omnis rex. c. cum intimatur. c. conjuges c. conjugium cap. 27. q. 1.* sponsus & sponsa de præsenti vocantur vir & uxor. Nostrates quoque uxorem ab sponsâ hoc solo distinguunt, quod uxor post nuptialem benedictionem & conjunctionem thori dicatur, antea appelletur sponsa. Sponsaliorum de futuro hic effectus est jure canonum, quod in matrimonium transeant per subsequentem corporum commixitionem inter sponsum & sponsam, *c. veniens. 15. cap. is qui fidem 30. X. de sponsal.* quod quia summam rationem habet, etiam in fœderato Belgio passim receptum est: quamvis canones isti decreto concilii Tridentini abrogati sint, *sess. 24. c. 1. §. qui aliter de reform. matr.* Dixi autem *per subsequentem* &c. nam si copula præcesserit, sponsalia tantum erunt, non matrimonium, *d. c. veniens.* Similiter etsi matrimonio apposita sit conditio, puta si propinqui aut curatores consentiant, ea subsequente copula purificatur, id est, si sponsus pendente adhuc conditione ita desponsatam cognoscat, intelligitur à conditione apposita recessisse, *c. per tuas literas de cond. appos. Schneid. ad tit. seq. cap. de sponsal. n. 8. & 36.* Atque ita nuper ex facto consulti respondimus. Aliud tamen dixerim, si contracta fuerint sub conditione consensus paterni, quo sine nuptiæ consistere non possunt, ut bene vir cl. Joan. Christen. *diss. de sponsal. quæst. 10.*

TEXTUS.

Qui habent in potestate.

2. *Jus autem potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum: nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus.*

NOTÆ.

2. *Proprium civium Rom.*] Lege Romuli primum introductum, repetitum postea & confirmatum à Decemviris. Dionys. Halic. *lib. 2.*

Talem potestatem] Significat etiam alias gentes habere in liberos potestatem, sed dissimilem; nempe: patria potestas indefinitè considerata, originem ex jure

jure naturæ trahit. Plin. *in panegyr. Vis & lex naturæ semper in ditione parentum esse liberos jussit*, ut etiam disputat. Arist. 1. *polit.* 8.

Qualem nos] Immensam & planè δεσποτικήν. quæ continebat jus vitæ & necis, vid. Halic. *ubi sup. l.* 11. *D. de lib. & posthum. l. ult. C. hoc tit.* Sigon. *lib.* 1. *de jur. ant. civ. Rom.* 10. quam alii ut tyrannicam repudiant, teste Symplic. ad Epicteti *Enchirid.* Simile patrium jus apud Persas, ut tyrannicum, accusat Aristot. 8. *Nicomach. c.* 12. Et procedente tempore etiam apud Romanos jura patriæ potestatis multum imminuta.

COMMENTARIUS.

1. *Quo sensu patria potestas dicatur propria civium Rom.*
2. *Ius patriæ potestatis par herili initio fuisse, sed sensim multis modis imminutum.*
3. *In his regionibus vetera patriæ potestatis jura ignorari.*

CErtum est, Justinianum hoc loco distinguere voluisse patriam potestatem à dominica, idque à causa efficiente. Nam §. 1. *præced. tit.* dominicam dixit esse juris gentium, hic patriam dicit esse propriam civium Rom. sive juris civilis. Videamus, quam rectè. Juris civilis esse dicuntur non solum, quæ sunt juris merè positivi, sed etiam ea, quæ mixti juris sunt, & secundum quid tantum civilis; quatenus scilicet cum alioqui originem ex jure naturæ aut gentium habeant, lex civilis certam eis formam dedit, novisque qualitatibus induta civium ea propria fecit, exclusis ab eorum communione peregrinis: quod pluribus docemus, & exemplis declaramus, §. 1. *sup. de jur. nat. gen.* Inter ea quæ mixti juris sunt, numeranda & patria potestas: nam origo ejus non ex alio jure, quam ex quo matrimonium, quæ prima & antiquissima paterni imperii causa est; nimirum marito, ut capiti familię, naturę lege atq; ordine competit imperiū in omnem familiam, in uxorem, in liberos, in servos; quamvis non eodem imperii genere omnibus imperet. Nam, ut rectè & naturali rationi convenienter docet Aristot. 1. *pol. c.* 1. & 8. *Ethic. c.* 12. neque maritus uxorem, neque pater liberos servili imperio regere debet, sed uxorem πολιτικῶς, ut in optimatum repub. magistratus cives suos: liberos autem βασιλικῶς; ut rex subditos; quos ut rex amat, ut ad eorum utilitatem omnia dirigit, ita & liberos ex se genitos amat pater, curam eorum gerit, iisque prodesse omnibus modis studet. Itaque patria potestas simpliciter & in genere considerata juris gentium est, adeoque dominica antiquio, & tanto antiquior, quanto matrimonium antiquius est bellis & servitutibus. Vis & lex naturæ semper in ditione parentum esse liberos jussit, ait *Plinius in Paneg. Trajan.* At considerata in specie & definitè secundum leges & mores Romanorum, juris civilis est, & hoc sensu rectè opponitur potestati dominicæ, quæ meri est juris gentium, §. 1. *sup. cit.* Ac tametsi Antoninus modum dominicæ potestati posuit, non ideo tamen ea facta est juris civilis sive civium Rom. propria; ut falso existimant *Mynf. Schueid. Wes. ad §.* 2. *præc. tit.* quippe cum & peregrini idem semper jus habuerint: sed res tantum revocata est ad rationem juris gentium primævi, vid. quæ notamus sub. *d.* §. 1. & 2. Esse autem hanc etiam mentem Justiniani, verba hujus §. non obscurè ostendunt. Nam hoc ipso quod ait nullos alios homines talem potestatem in liberos habere, qualem cives Rom. habent, satis significant, etiam alios homines habere potestatem in liberos, quamvis talem fortassis nulli habeant. Utique qui formas vivendi Græciæ civitatibus condiderunt, certum voluerunt esse modum patriæ potestatis ac finem; ut nimirum patribus tantummodo liceret liberos modicè castigare: qua via si nihil proficerent, ultimum erat, ut eos abdicarent, id est, nudos re omni domo expellerent: quæ abdicatio ἀποκήρυξις dicebatur, *l.* 6. *C. hoc tit.* Eam autem potestatem alii annis terminabant, alii matrimonio, nonnulli publica in viros adscriptione, teste Dionys. Halicarn. *lib.* 2. At Romanorum in liberos potestas neque finem habuit, nec modum. Non finem; quia in omne vitæ filii tempus producta fuit, etiam summos honores gessisset, & laudem singularis erga rempubl. consecutus esset. Non modum, quia immensa fuit & planè δεσποτική. Nam primum ex lege Romuli, repetita postea & confirmata à Decemviris, filiusfam. in patris sui manu, potestate mancipioque erat, habebatque pater jus in eum vitæ & necis, terque venundandi potestatem: in quo majus etiam jus patris, quam domini fuit; auctore eodem Dinoys. *d. lib.* 2. *fac. l. in suis* 11. *de lib. & posth. l. ult. C. de pat. pot.* quo tamen loco lapsus in eo est Constantinus, quod scribit, non licuisse patri filio eripere libertatem, nisi sic eum excusari placeat, quod jus vendendi citius exoleverit, quam vitæ & necis. Equidem plus hac in re tribuendum existimo testimonio accuratissimi antiquitatum Romanarum scriptoris, qui Augusti temporibus floruit, quam Principis Byzantini. Quod vero *Ulp. in l.* 8. *de his qui sui vel al. jur.* scribit, jus potestatis moribus receptum esse, id tantum, ut ego existimo, verum est respectu quorundam effectuum, qui moribus vel introducti sunt, ut substitutio pupillaris, *l.* 2. *de vul. & pup.* aut in imaginarios conversi, ut venundandi potestas. Præterea quemadmodum servus domino, ita filius omnia acquirebat patri, ut scribit idē auctor *lib.* 8. Sed jus illud vitę & necis, vendendi, alienandi, mācipandi potestas, utpote à ratione

ne juris naturæ, atque à pietate, in qua patris imperium consistere debet, *l. 5. de leg. Pomp. de parricid.* nimis longè recedens, merito postea displicuit, permissumque duntaxat patri privatim filium castigare & corrigere: si vero quid tale filius admisisset, quod graviorem animadversionem desideraret, ad magistratum rem deferri leges voluerunt, *l. 3. C. de pat. pot. l. un. C. de emend. prop. l. 2. ad leg. Corn. de sicar.* Ita paulatim asperi & duri Romanorum mores mitigari cœperunt Græcorum condimentis, ut videtur; à quibus cum bonarum literarum disciplinas accepissent, ad hanc sunt mansvetudinem morum facilitatemque revocati. Sed & jus acquirendi per filium multis modis imminutum est, de quo dicemus inf. tit. per quas pers. cuiq. acq. Alia quoque pleraque patriæ potestatis effecta procedente tempore multum imminuta sunt, ut suis locis indicabimus. Nobis vero vetera potestatis patriæ jura planè incognita sunt, ac propterea apud nos effecta ejus omnia cessant, testibus *D. Grot. 1. manud. 6. D. Gudelin. lib. 1. de jur. noviss. c. 14.* Et sanè non difficile est id per inductionem demonstrare. Singula singulis notabimus locis.

TEXTUS.

Qui sunt in potestate.

1. *Qui igitur ex te & uxore tua nascitur, in tua potestate est. Item qui ex filio tuo & uxore ejus nascitur, id est, nepos tuus & neptis, æquè in tua sunt potestate; & pronepos & proneptis, & deinceps cæteri. Qui autem ex filia tua nascuntur, in potestate tua non sunt; sed in patris eorum.*

COMMENTARIUS.

QVi ex filio tuo] *l. 4. de his qui sui vel al. jur.* Ratio perspicua est; quia in familia avi paterni nascitur: omnes autem, qui sunt ejusdem familiæ, subjecti sunt familiæ principi, qui hic est filii pater: & qui est in potestate alterius, alium in sua potestate habere non potest, *l. sic evenit. ad leg. Iul. de adult.* & ita deinceps. *l. 5. D. de his q. sui. v. alien. jur.*

Qui autem ex filia tua] Nati ex filia mea non in mea, sed in patris sui potestate & familia sunt, *l. cum legitimæ de stat. hom. l. familiæ 196. §. 1. de verb. sing.* Unde quia mulier familiam suam non propagat, familiæ suæ finis dicitur, *l. pronuntiatio 195. §. ult. d. tit.* At inquis, cum nuptiis filiæfam. non solvatur jus patriæ potestatis, *§. 2. inf. de senat. Tertyll. l. 2. §. 1. l. quotiens 29. solut. matr. l. 1. §. ult. de injur. cum similib.* cur non etiam is, qui ex filia mea nascitur, æque est in potestate mea, sed in potestate patris sui; Respondeo, id fieri & civili ratione *d. l. cum legitimæ.* & naturali sive potius juris gentium, argumento eorum, quæ ante diximus de jure ejus, qui caput est familiæ. Adeoque pater elocando filiam hactenus jure suo cedere intelligitur, sicut & plerisque aliis in rebus, de quibus alibi dicendi dabitur locus. Jure antiquo uxor, quæ in manum viri convenerat usu aut coëmptione, in familiã & potestatem viri transibat; eratque ei filiæ loco, & jura suorum hæredum in familia nanciscebatur; matremque familias appellabant, cum aliæ uxores tantum essent, & matronæ dicerentur. Hoc igitur modo atque ritu si filiafam. nupta in manum viri convenisset, in totum solvebatur jure & potestate patris. Si quis est antiquitatis studiosior, is Hotomam. adeat, qui quicquid ad accuratam hujus rei cognitionem pertinet, ex *Cic. in Top. & Boët. ibid. Dionys. Hylicarn. lib. ant. 2. Gell. lib. 18. Vlp. in fragm.* diligenter collegit.

TITULUS DECIMUS.

De Nuptiis.

D. Lib. 23. Tit. 2. C. Lib. 5. Tit. 4. Novell. 74.

Ratio ordinis & Argumentum Tituli.

Etsi superiore titulo de nuptiis dici cœptum est, ut primo & principuo modo constituendæ patriæ potestatis: tamen cum ex iis, quæ ibi dicta sunt, nondum intelligamus, quæ sint justæ nuptiæ, ex quibus nati demum sunt in potestate patris, ideo ejus rei tractatio hoc loco subjicitur, doceturque ad justas nuptias quæ res exigantur, quæ personæ, quibus matrimonio jungi non possint, qua pœna afficiantur, qui adversus præcepta legum coëunt. Ad extremum & alius constituendæ patriæ potestatis modus explicatur, quem legitimationem nunc vulgo appellamus,

TEXTUS.

TEXTUS.

Qui possunt nuptias contrahere.

Justas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui secundum præcepta legum coëunt, masculi quidem puberes, fœminæ autem viri potentes: sive patres familiarum sint, sive filii familiarum, dumtamen, si filii familiarum sint, consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt: nam hoc fieri debere, & civilis & naturalis ratio suadet, in tantum, ut jussus parentis præcedere debeat. Unde quæsitum est, an furiosi filia nubere, aut furiosi filius uxorem ducere possit. Quumque super filio variabatur, nostra processit decisio, qua permissum est ad exemplum filiæ furiosi, filium quoque furiosi posse & sine patris interventu matrimonium sibi copulare, secundùm datum ex nostra constitutione modum.

NOTÆ.

Fœminæ viri potentes] *Maturæ viro*, ὡραῖαι Theophilus, ἀνδρὸς δεκτικαί. Fœminæ post annos duodecim virum pati posse creduntur, *l.4. D. hoc tit. l. 10. D. de cond. & dem. l. pen. quand. dies leg.* quippe qua ætate fœminarum incipit purgatio, teste Macrob. *d. loco.* Cur. in fœminis citius vis generationis incipiat, quam in maribus, vid. Arist. 4. *de gen. anim. c.6.* Macrob. 7. *Saturn.7.*

Consensum parentum] Nuptiæ consistere non possunt, nisi consentiant omnes, id est, qui coëunt, quorumque in potestate sunt, *l.2. D. hoc tit. l.12. C. eod.* consensum tamen non impedit obsequium reverentiæ paternæ debitum, *l.22. D. eod.*

Et civilis] Sil. patria potestas, in filiof. accedit & hæc, ne cui invito suus hæres agnascatur, *§.7. inf. tit. seq.*

Et naturalis] Reverentia & obsequium naturæ lege parentibus omnibus debitum, *l.2. D. de just. & jur.* quo tamen contempto nuptiæ non essent irritæ, nisi lex civilis adderet δύναμιν ἀναγκαστικήν. *l.11. D. de stat. hom. l.12. C. hoc tit.*

Præcedere] Jussus, id est, voluntas sive consensus parentis præcedere debet, *l.25. §.4. de acq. hæred.* eoque non sufficit hic ratihabitio. Per. *l.13. §.6. ad. leg. Jul. de adult. l.11. D. de stat. hom. l.6. C. hoc tit.* Sufficit autem vel tacitus consensus præcedens aut concomitans, *l.5. C. eod. l.7. §.1. D. de sponsal.* non enim velle debet pater, sed non nolle, id est, συναινεῖν.

Ex nostra constitutione] Modus hic est, ut ex sententia curatoris ipsius furiosi, & nobiliorum totius familiæ, itemque magistratus aut Episcopi ipsius Civitatis de nuptiis statuatur, *l.28. C. de Episc. aud. l.25. C. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1. *Quid in hoc argumento vocabulum justus significet.*
2. *De ætate coëuntium.*
3. *De eorum consensu.*
4. *De consensu parentum & quorum adhibendo.*
5. *An jure divino irrita sint conjugia sine parentum consensu inita, & quid jure canonico.*
6. *Ratihabitionem patris non efficere, ut retro nuptiæ absque consensu ejus contractæ legitimæ fiant.*
7. *Quid circa consensum parentum ab Ordinibus hujus provinciæ constitutum.*

Justas] Justi variæ sunt pro adjuncto significationes. Hoc loco justum idem significat, quod τὸ νόμιμον, legitimũ: & justæ dicuntur nuptiæ, quæ secundum jura civitatis Romanæ inter puberes cives contrahuntur; eodem sensu, quo justum matrimonium in *l. un. unde vir. & uxor. l.13. de his quib. ut indign.* Sic justi liberi dicuntur legitimi ad differentiam naturalium duntaxat & vulgo quæsitorum, *l.5. §. pen. l.11. l.12. de stat. hom.* justus pater ad differentiam naturalis, *l. lege. Julia 44. §.3. hoc tit.* justa uxor. *l. si senatori 31. eod.* quæ legitima *in l.4. eod.* In genere autem justæ nuptiæ habendæ, quæ secundum cujusque populi instituta contrahuntur. 1

Cives Romani] Igitur cum servis, Latinis, peregrinis, deportatis connubium non est, *Ulpian. fragm. tit.5. l.3. C. de inc. nupt. Cic. in Top.* Atque hinc responsum est, si quis rogatus hæreditatem restituere, sive liberis decessisset, isque deportatus in insula liberos sustulisset, conditionem non defecisse, *l. ex facto 17. §. ex facto 5. ad sen. Treb.* Quamvis matrimonium semel contractum non solvatur deportatione vel aquæ & ignis interdictione *l.5. §.1. ff. de bon. damn. l. res uxoris 24. vers. fin. autem. C. de don. int. vir. & ux. Nov.22. c.8.* dummodo & vir mariti affectionem, & mulier animum uxoris retineat, *d.l.5. §.1. l.1. Cod. de repud.*

Masculi quidem puberes] Romani ea demum ætate civibus suis matrimonia permiserunt, quæ natura apta esse creditur ad generandum; maribus post annum decimum quartum, quo tempore ipsam ætatem necessitate pubescere, & vim generationis moveri incipere scribit Macrob. *in Somn. Scipion.6. & Aristot.7. pol. 17.* exurgere τῆς συνουσίας ὄρεξιν. fœminis autem biennio maturius, quia post annum duodecimum virum pati posse creduntur, *l.4. hoc tit. l.10. de cond. & dem.* cujus diversitatis siquis ratio- 2

nem quærat, adeat *Aristot.4. de gen. anim. c.5. Macrob. 7. Saturn.7.* Ab hac autem determinatione legitimæ & matrimonio contrahendo idoneæ ætatis longè recedit Plato *qui 4. & 6. de legib.* tricesimum annum masculis præscribit, longius etiam *Aristot.7. pol.16.* qui eos demum conjungi vult circa añum 36. fœminas autem anno 18. Juris Pontificii auctores pubertatem metiuntur ex potentia coëundi, non ex numero annorum *c.3. §. fin. de spons. impub.* Nos autem sequimur definitionem juris civilis, quæ etsi non in omnes, in plerosque tamen quadrat, & medicorum etiam ac physicorum auctoritate fulcitur. Raro tamen hac ætate apud nos, præsertim masculi, matrimonio junguntur, in sponsalibus ætas definita non est: quapropter & à primordio ætatis sponsalia effici possunt, modo utraque persona sit infante major, *l. in sponsalibus 14. de sponsal.*

Consensum habeant parentum, quorum in potestate] Jure civili in nuptiis requiritur consensus, tum eorum, qui coëunt, tum parentum, si quos habent, quorum sunt in potestate, *l. 2. hoc tit.* quod etiam in sponsalibus observatur, *l. 7. l. 11. cum*
3 *seqq. de sponsal.* Primum nuptiæ sine consensu coëuntium non consistunt, sicut nec alius ullus contractus sine consensu intelligi potest, *l. 1. §. 3. de pact.* Quid ergò, si error intervenerit? Distinguendum est: nam si talis sit error, qui consensum impedit, puta, si quis erret in persona, putans Titiam esse, cum qua contrahit, cum sit Sempronia, hic error matrimonium vitiat, *arg. l. si per errorem 15. de jurisd. l. 9. de contr. empt.* Nam quod Jacobus Liam pro Rachele suppositam retinuit, in eo non est usus summo jure, *c. quod autem c.29. q. 1. Lombard. 4. dist. 30. & ibi Scot. Beza tract. de repud. & divort.* Idem dicendum est, si erretur circa qualitatem essentialem, veluti circa potentiam generandi, aut necessitudinem, puta si ignorabatur esse amita aut soror, cum qua contractum est. At si circa accidentalia tantum erratum sit, verbi causa, si pauper est, quæ dives dicebatur, si capitosa, quæ morigera, si plebeia, quæ nobilis credebatur, &c. quoniam hæc vel adesse vel abesse possunt salvo matrimonio, & hic in re ipsa justus consensus est, ratum erit matrimonium, *d. c. quod autem in fin. Covarr. de matrim. p. 2. cap. 3. §. 6. n. 2. Beza d. tract. de repud.* Illud autem, quod Innocentius tertius respondit, *c. tua nos x. de sponsal.* si quis ut honestam mulierem ad turpia pelliceret, falsum nomen ementitus eam his verbis desponset, *Ioannes te desponsat:* & mulier hoc dolo imprudens illecta cum in illum tanquam sponsum consensisset, ei copiam sui fecit, si ille testetur, nunquam sibi animum fuisse illam ducendi, ista verò petat fidem sibi datam præstari non debere ex eo facto conjugium judicari &c. ut iniquissimum benè refellit *D. Beza d. tract.* nacta tamen est tam iniqua sententia, suos defensores & inter alios *Hunnium ad Inst. lib. 1. hic. qu. 11. add. Covar. de matr. p. 2. c. 2. n. 5. Sanchez tract. de matrim. lib. 1. disp. 9. & seqq.* Quid si quis vitiatam ab alio duxerit, quam virginem esse putabat? Et si quidem copula nondũ secuta sit, repudium ex ea causa facile admisserim: at secuta corporum conjunctione & matrimonio planè consũmato, vix est ut divortium ob hanc causam concedendum existimem, quia hic nec in persona erratum est, nec in matrimonii qualitate aliquã essentiali, sed accidentali duntaxat; cum utique ut matrimonium consistat, non sit necesse eam, quæ ducitur virginem esse. Et hæc sententia etiam jure Canonico comprobatur *c. 25. x. de jurej. c. 1. c. 29. q. 1.* Dissentit tamen *Bez. tract. de Repud. Melancht. de conjug. c. de errore.* quos secutus est *D. l. Christen. de spons. diss. 2. q. 8.* Non est nostri instituti singula, quæ pro & contra afferri solent, excutere. *vid. Wesenb. par. de Nupt. n. 8. Scip. Gent. de nupt. c. 13. Bronch. cent. 3. ass. 3. Bachov. ad Tr. disp. de Nupt. thes. 6. lit. E.* Consensus in hoc tractatu etiam planè liber esse debet, *l. non cogitur 21. hoc tit. l. Titia 134. de verb. oblig. l. nec filium 12. l. neque 14. C. hoc tit.* ideoque matrimonium per vim aut justum metum initum ipso quoque jure nullum est, *d. l. 14. cap. significavit, x. de eo, qui dux. in matr. c. 14. & seq. x. de sponsal. Covar. d. part. 2. cap. 3. n. 5. Alb. Gentil. 3. de nupt. Bez. d. tract. de repud. Christin. vol. 1. decis. 335.* Planè metus reverentialis sive obsequium reverentiæ paternæ debitum, à quo absunt verbera, vincula, minæ, matrimonium non impedit, uti nec consensum, *l. si patre 22. hoc tit. l. 7. l. 12. de sponsal. Covar. d. c. 3. §. 6. num. 3. Alb. Gentil. d. lib. 3. cap. 11.* quod tamen examinat *D. Beza d. tract.* Qui in potestate parentis est, 4
etiam illius consensum adhibere debet, *hoc text. & l. 2. eod.* Sed & nepos, quamvis in avi tantùm potestate sit, patris tamen consensum adhibere debet, *l. 16. §. 1. eod.* eadem scilicet ratione, qua consensus filii requiritur, si pater quasi ex eo nepotem adoptare velit, nempe ne invito filio suus hæres agnascatur, *§. sed si quis, tit. seq.* quæ ratio cum in nepte nubente cesset, cessat etiam decisio, *d. l. 16. §. 1.* Casus, qui proponitur in *l. 3. eod.* specialis est. Quid ergò, si, oblata liberis honesta conditione, pater dissentiat, aut sine causa prohibeat filium uxorem ducere filiámve nubere, aut dotem dare nolit? Hic magistratus aditus partes suas interponet, patremque causâ cognitâ coget in matrimonium consentire & do-

tem

tem dare, *l. capite* 19. *hoc tit.* Ait disertè, *quorum in potestate.* Unde intelligimus, nec matris consensum in liberorum nuptiis necessarium esse, nec patris in emancipatorum. Et de filio quidem emancipato hoc expresse scriptum est in *l. filius* 25. *hoc tit.* In filia verò emancipata id secus videri potest per *l. viduæ* 18. *l. in conjunctione* 20. *C. eod.* An dicemus excipi filiam emancipatam minorem 25. annis ob sexus & ætatis verecundiam? An, ut plerique, honestatis tantùm causa præcipi, ut ea patris consensum exspectet, sed id non esse necessarium? Sanè & matris, & propinquorum, & curatorum judicium adhibere patre orbata iisdem constitutionibus jubetur, quorum tamen auctoritas in copulandis nuptiis necessaria non est, *l.* 8. *C. eod.* Sic sentio. Jus antiquitus fuit, ut pater filiam, quam in potestate habebat, pro arbitrio & cui liberet, despondere posset, cujus rei exempla nonnulla apud Comicos & Historicos habemus; neque filiæ à patre dissentiendi licentia dabatur, nisi indignis moribus aut turpem sponsum ei pater elegisset, *l.* 12. §. 1. *de sponsal.* Emancipatam autem filiam patrem suo arbitrio nec despondere nec elocare potuisse, adeoque nuptias, quas illa propria auctoritate contraxisset, non fuisse injustas, arguunt textus omnes, qui ejus tantùm consensum requirunt, cujus in potestate sit, quæ nubit, aut qui uxorem ducit. Hoc autem jus in filia emancipata minore viginti quinque annis ita postea mutatum & imminutum est, ut tam illa patris, quàm pater illius voluntatem explorare debeat, *d. l.* 20. *C. hoc tit.* ita tamen, ut si filia patris sententiæ repugnet, filiæ potius, quàm patris voluntatem judex sequi teneatur, *d. l.* 18. *C. eod.* Ex quo loco utique hoc colligitur, arbitrium emancipatæ non fuisse planè liberum.

Et civilis & naturalis ratio] Suadet id ratio naturalis: nam procul dubio contra officium filius facit & graviter peccat, qui sine consensu parentis nuptias contrahit. Civilis autem ratio efficit, ut etiam hic contractus sit irritus; quippe cum lex civilis illud naturæ jus armaverit δυνάμει ἀναγκαστικῇ. §. *si adversus inf. eod. junct.*
5 *l.* 11. *de stat. hom.* Jure quoque divino etsi fortè nuptiæ à liberis sine consensu parentum, quorum in potestate sunt, contractæ statim quidem non sunt irritæ, ut disputat *Grot. lib.* 2. *de jur. bell. & pac. c.* 5. *num.* 10. tamen parentes eas improbare & irritas facere posse nullus dubito. Patet hoc primum ex loc. *Exod.* 22. *v.* 17. ubi patris arbitrio permittitur, filiam, quantumvis stupratam, viro denegare, nedum virginem: at qui illic agitur de quavis seductione ad concubitū: insulsum vero esset dicere, nullam puellam ad concubitum solicitatam verbis temporis præsentis de matrimonio. Præterea stuprata postea matrimonium inire posset: at patri illic permittitur eam denegare stupratori. Secundo hujus rei evidentissimum argumentum est, quod *Deut.* 7. *v.* 3. parentibus potestas datur elocandi liberos, iisque conjuges comparandi. Quod si enim matrimonium à contrahentibus totum dependeret, his potius, quam parentibus, Deus mandata illa de matrimonio dedisset. Eodem facit & Israelitarum adversus Benjamitas jusjurandum, *Iud. c. ult.* & Paulus agens de virgine vel elocanda vel asservanda, quod hic jus patris in liberos esse voluerit, manifestè ostendit, 1. *Cor.* 7. Denique huc etiam facit, quod promissio DEO facta parentum arbitrio irrita sit. *Num.* 30. Tanto enim magis irrita esse debet promissio homini facta cum læsione juris paterni. Pendet ergo promissio inter virum & uxorem ab arbitrio parentum, atque irrita fieri potest. Quod vero *d. loc. vers. ult.* dicitur, *in puellari ætate*, id additum tantummodo, ne ad viduā extendatur in domum patris reversam. Sanè subjectionem, non ætatem respici, liquet è *vers.* 8. ubi similiter vota rescindendi potestas in uxorem marito datur, cujuscunque sit ætatis, modo ei subjiciatur. Atque ita etiam suum parentibus in liberos jus integrum manet, quamdiu sunt in eorum potestate. Si quærantur exempla: Isaacus de consensu & voluntate patris Rebeccam & non nisi è manu Bethuelis petit & accipit. *Gen.* 24. Jacobus jussu patris à Labane suas uxores sumit. *Gen.* 27. & 28. Samson quoque licet amore peregrinæ inflammatus, parentum tamen consensum requirit, *Iud.* 14. &c. Nullam igitur Synodus Tridentina causam habuit anathemate damnandi eos, qui censent nuptias à filiisf. sine consensu parentum contractas irritas esse, aut parentes eas ratas irritasve facere posse. vid. Bezam. *tract. de repud. & divort. Pet. Martyrem. in resol. quartæ quæstionis*, *Zanchium de operib. Dei p.* 3. *c.* 1. *de iis qui contrah. insc. & invit. parentib. Bucan. loc. de conjug. q.* 18. Postrema decreta Pontificum hac in parte cum jure civili & divino convenire videntur, *c. aliter c. nostrates c.* 30. *q.* 5. *c. non omnis c. honorantur, c. mulier. c. fin. c.* 32. *q.* 3. uti & *Cujac. ad rubr. de sponsal. Duar. c.* 2. *de nupt. ad tit. sol. matr. Coras.* 1. *misc.* 17. *Oldend. class.* 4. *act.* 26. *Alber. Gentil.* 4. *de nupt.* 4. *Bronch.* 3. *ass.* 1. censent. quanquam aliud visum *Covar. de matr. p.* 2. *c.* 3. §. 8. *Tulden. comm. hoc tit. c.* 5. *Perez. ad tit. c. de nupt. num.* 16. qui cum *Gloss. in cap. sufficiat.* 27. *q.* 2. & aliis, contendunt, non nisi honestatis gratia jure pontificio consensum paternum desiderari, liberosque conscientiæ vinculo duntaxat obstrictos ad parentum consensum adhibendum,

quos cū ipsa distinctione inter honestatem & necessitatem benè refellit Lamb. Goris *adv.jur. 3.tract.c.10.*

Vt jussus parentis praecedere debeat] Jussus, id est, consensus aut potius assensus parentis in nuptiis filiorū. 6 adeo necessarius est, ut etiam præcedere debeat, neque ratihabitione patris retro legitimæ fiant, nimirum cum ratihabitio in iis tantum locum habeat, quæ non statim ipso jure nulla sunt, sed aliquo modo consistunt aut pendent, *Dec. ad l.semper 60. de reg. jur. num.16.* non potest ea nuptias filii sine consensu patris contractas legitimas retro efficere: sed ex eo demum tempore justæ intelliguntur, ex quo eas ratas habuit pater, per *l.11. de stat. hom. l. eos qui. 65. §.1. hoc tit. l.13. §.si quis 6. ad leg. Iul. de adult. l.6. C. hoc tit.* Nec obstat, quod liberi ex concubina suscepti, matrimonio cum ea postea contracto, legitimi fiant, *§.ult. inf. eod.* Nam veteribus omnis legitimatio incognita fuit, & quod de natis ex concubinatu, consortio jure civili permisso, postea constitutum est, non debet extendi ad eos, qui nati sunt ex conjunctione vetita & pro stupro habita. Quid ergo est, quod Justin. in *l.ult. C. ad SC. Mac.* præcipit, ut omnis ratihabitio retro operetur? Nempe Imp. illic non tam causas, in quibus locum habeat ratihabitio, quam naturam atque effectum ejus designat. Hodie tamen dicendum videtur, patris consensum postea accedentem etiam retro operari, cum nunc concubinatus nullam præ alia illa conjunctione prærogativam habeat, & æquè improbatus sit. Et hoc usu apud nos servari asserunt, qui rem forensem tractant, licet constitutio Carolina 4. Octob. 1540. cui nihil derogatum vult *art. 13. ordin. polit.* tales nuptias ratihabitione retro confirmari vetare videatur. Loquitur illa constitutio de maribus minoribus 25. annis & fœminis minoribus 20. annis sine parentum consensu matrimonium contrahentibus: & hoc tantum cavet, ne quid lucri hoc casu alter ab altero quacunque ex causa capiat, etiamsi postea parentum accedat assensus. Enimvero non præcisè requirimus, ut pater expresse consentiat, sed ut ne contradicat aut dissentiat, gnarus eorum, quæ aguntur, *l. 7. §. 1. de sponsal. l.5. C. hoc tit.* sicut è contrario & liberi jure civili consensisse intelliguntur, qui non evidenter dissentiunt, *l.12. de sponsal. l. si patre 22. hoc tit.* Itaque jussus hic tantum opponitur ratihationi.

Super filio] Cur magis super filio? Nempe filius uxorem ducebat in domum patris: eique liberos gignebat, aliquando suos hæredes futuros avo paterno. Ratio autem juris civilis non patitur, ut alicui invito aut ignoranti, cui similis est furiosus, suus hæres obtrudatur, *§. sed si quis, tit. seq.* Filia vero extra familiam patris nubit, neque patri suo, sed marito liberos parit, vel ei, cujus in potestate est maritus.

Ex nostra constitutione modum] Modus hic est, ut præsentibus curatore & propinquis de nuptiis statuatur auctoritate magistratus vel episcopi, *l.tam dementis 28. C.de episc. aud.l.si furiosi 25.C.hoc tit.* Apud 7 nos quamvis singularis illa Romanorum in liberos potestas non agnoscitur; tamen quia voluntati ac mandato Dei, adeoque ipsi æquitati naturali conveniens est, ut de consensu parentum filius uxorem ducat, & filia nubat: atque ut, quod ad omnes ex æquo pertinet, imposturis & clandestinis nuptiis occurratur, lege cautum est, ut qui matrimonium contrahere volunt, adeant civitatis suæ, aut loci in quo domicilium habent magistratum, aut ecclesiæ ministros, atque ab iis petant, ut hic contractus trinundino in ecclesia aut pro curia promulgetur. Filiifam. minores 25. annis, filiæ minores 20. vetantur recipi, nisi de consensu parentum aut parentis, superstitis doceant. Quod si hac ætate majores sint, parentes vocati si non venerint intra 14. dies, consensisse intelliguntur: si venerint & rationem afferant, causa cognita statuitur, *art.3. ord.pol.* Aliter contracta matrimonia pro injustis & nullis habentur, *art.13.*

TEXTUS.

Quæ uxores duci possunt vel non. De cognatis, ac primùm de parentibus & liberis.

1. *Ergò non omnes nobis uxores ducere licet: nam à quarundam nuptiis abstinendum est: inter eas enim personas, quæ parentum liberorûmve locum inter se obtinent, contrahi nuptiæ non possunt; veluti inter patrem & filiam, vel avum & neptem, vel matrem & filium, vel aviam & nepotem, & usque in infinitum: Et si tales personæ inter se coierint, nefarias atque incestas nuptias contraxisse dicuntur. Et hæc adeò vera sunt, ut quamvis per adoptionem parentū liberorumve loco sibi esse cœperint, non possunt inter se matrimonio jungi; in tantum, ut etiam dissoluta adoptione idem juris maneat. Itaque eam, quæ tibi per adoptionem filia vel neptis esse cœperit, non poteris uxorem ducere, quamvis eam emancipaveris.*

NOTÆ.

Inter patrem & filiam] Intellige parentes & liberos etiam naturales tantum. Nam in contrahendis matrimoniis naturale jus & pudor inspiciendus est: contra pudorem autem est, filiam uxorem ducere, *l.14.§.2.D.hoc tit.*

In

In infinitum] Et ita cape *verf.6.* & *8.c.18. Levit.*

Nefarias atque incestas] In summo scil.gradu. Nam in his tanta est turpitudo & fœditas,ut natura omnis, à tali conjunctione abhorreat. Et hoc est incestum, quod jure gentium committi scribit Paul.*l.ult.D.hoc tit.*nec eo minus jus, quia à Persis contemptum, ut rectè Xenoph. 4. *memorab.* add. Philon. in *decal. lib.* 1.Cæterum & aliæ nuptiæ, quæ ratione cognationis aut affinitatis prohibentur, incestæ dicuntur, *l. 39.§.1.l.56.D. hoc tit.l.5. de quæst. l. ult. C. de incest. nupt.*De nomine hoc vid. Non. Isidor.Fest.

COMMENTARIUS.

1. *Genera cognationis exposita, ubi & de spirituali.*
2. *Parentum cum liberis conjugia incestuosa esse in summo gradu.*
3. *Ne dissoluta quidem adoptione filiam adoptivam ducere licere, & quare.*

EX iis, quæ hactenus dicta sunt, intelligimus quatuor hæc concurrere debere, ut justæ habeantur nuptiæ; ut qui contrahunt, sint cives Romani, quales apud nos omnes habentur; ut sint puberes; ut consentiant, ut si sint filiifam. consensum adhibeant parentum, quorum in potestate sunt: quibus & quintum addi potest ex jure harum regionum & pia consvetudine, solennis illa post trinam promulgationem in ecclesia nuptiarum benedictio.Hæc, inquam, si intervenerint, nuptiæ justæ esse censentur, si modo inter eas personas contractæ sint, inter quas nuptiæ consistere possunt. Nam etiam quædam personæ jure prohibentur inter se nuptias contrahere. Ut autem prohibeantur, ferè fit ob turpitudinem conjunctionis: quæ turpitudo vel est à cognatione contrahentium; vel ab affinitate.Cognatio triplex est; merè naturalis; merè civi-
1 lis; & mixta. Naturalis tantum est, quæ illegitimo coitu contrahitur:civilis duntaxat,quæ per adoptionem constituitur: mixta est inter eos, qui ex justo matrimonio procreati sunt, utroque videlicet jure concurrente,*l.4 §.2. de grad.* & *affin.*Speciem cognationis, quam auctores juris pontificii spiritualem vocant, & esse volunt inter susceptorem & susceptam ex sacro Baptismate, *x. de cognat. spirit. Covar. de matr.p.2.c.6.§.4.* consulto omisi: talem enim nos nullam, quæ quidem matrimonium, ut incestuosum impediat, agnoscimus: quamvis non ignoremus, Justinianum, ut fuit Princeps usque ad superstitionem religiosus, de hac quoque specie legem condidisse,*l.si quis 26. circa fin.C.hoc tit.* quæ vetustiorem auctorem non habet. Postea vero potifices Romani in sua, & Græci in Orientali ecclesia hanc prohibitionem extenderunt usque ad septimum gradum, quasi major esset cognatio spiritualis necessitudine carnali, juxta dictum Synodi in Tryllo. Extat de ea re *lib.4.decretal tit.* 12. & *lib. 3. jur. orient.* item *caus.* 30. per aliquot quæstiones. In Concilio autem Tridentino, cum variè de hac prohibitione esset disceptatum, & multi eam penitus tollendam censerent, placuit impedimentum spiritualis necessitudinis restringi ad eam cognationem, quæ est inter susceptorem & susceptam, ejusque patrem & matrem, *decret. de reform.c.2.sess.* 24. Reformatæ verò ecclesiæ totam hanc prohibitionem,tanquam natam ex superstitioso commento, summoverunt,ne sine causa conscientiæ illaquearentur. vid. Bezam *tract. de repud.* & *divort.Zanch. de oper. Dei.lib.4.c.* 1. Pura naturalis cognatio eandem prohibitionem habet quam mixta, *l.14.§.2. l.* & *nihil interest.54.hoc tit.*Itaque quæcunque de hac statuuntur, etiam ad illam pertinere existimandum est.

Parentum liberorumve locum] *l. nemini. C. hoc tit.* Commodius dixisset, inter parentes & liberos: nam & patrui & avunculi etiam parentum locum obtinent, *l. sororis 29. hoc tit.* Theoph. ἐπὶ τῶν ἀνιόντων ἢ κατιόντων.

Nefarias atque incestas] In summo scilicet gradu. 2 Nam in his tanta est,turpitudo & fœditas, ut naturâ omnes à tali conjunctione abhorreant, & sua ipsorum conscientia redarguantur necesse sit, qui hæc naturæ jura violant; adeoque execrabiles habeantur, qui vel per ignorantiam hæc committunt. Hinc illæ Oedipodarum calamitates, quibus plenæ tragœdiæ, & illæ fictæ apud Inferos pœnæ. Homer. 11. *Odyss.*

Μητέρα δ' Οἰδιπόδαο ἴδον καλὴν Ἐπικάστην.

Hinc Nero magis ob incestum, quam ob reliqua facinora detestabilis. De Parthis sic Lucanus;

---Cui fas implere parentem,
Quid rear esse nefas?

Adde Philonem *Jud. in decal. lib.* 1. Cæterum & aliæ nuptiæ, quæ ratione cognationis aut affinitatis prohibentur, incestæ, hoc est, incastæ & pollutæ (si Isidoro *lib.5.c.26.* credimus) dicuntur, *d. l. sororis §. 1. l.etiamsi 56.eod.tit.C.de incest. nupt.* An autem & illæ naturæ legi & honestati similiter repugnent, postea disputabimus. Earum certè de quibus nunc agimus, naturalis prohibitio est. Quippe insita est in ipsis affectibus fuga quædam commixtionis cum parentibus & ex se natis: à qua etiam quædam animantia muta naturaliter abhorrere, à nonnullis proditum est. Seneca *Hippol.*

Feræ quoque ipsæ Veneris evitant nefas,
Generisque leges inscius servat pudor.

Affertur & alia prohibitionis, eaque non parvi ponderis ratio, confusio communis cognationum nor-

mæ: quæ & ipsa naturæ legi atque ordini vehementer repugnat, & necessario consequitur istam sanguinis inter parentes & liberos commixtionem. Horresco ad illud Oedipi apud Senecam *Thebaid. act.* 1.

Avi gener, patrisque rivalis sui,
Frater suorum liberum, & fratrum parens
Vno avia partu liberos peperit viro
Ac sibi nepotes. Monstra quis tanta explicet?

Item ad illa Thyestis in *Agamem. act.* 1.

Versa natura est retro,
Avo parentem, (proh nefas) patri virum,
Natis nepotes miscui, nocti diem.

Quamvis per adoptionem] Respectu quoque cognationis meræ civilis inter parentes & liberos nuptiæ prohibentur, nefasque esse existimatur eam uxorem ducere, quæ per adoptionem filia neptisve esse cœperit: in tantum, ut etsi per emancipationem adoptio dissoluta sit, idem juris maneat, *l. quin. etiam* 55. *hoc tit.* Neque id mirum videri debet, quamvis omnia adoptionis jura per emancipationem solvantur, *l. in omni* 13. *de adopt.* Nam in nuptiis semper etiam pudoris & reverentiæ ratio habetur, *l. adoptivus* 14. §. 2. *hoc tit.* Patris autem persona tam sancta & reverenda filiæ esse debet, ut ad impediendas nuptias sufficiat aliquando patrem fuisse. Eadem ferè ratione nec matrem patris adoptivi uxorem ducere possum; nempe non propter civilem aliquam necessitudinem, quæ nulla inter nos est, *l. qui in adoptionem* 23. *de adopt,* sed propter reverentiam, quam matri patris adoptivi propter patrem debeo, quam diu in familia ejus sum, & tetrum esset, me patris mei, licet adoptivi, fieri vitricum. Planè si per emancipationem soluta fuerit adoptio, nihil impedimento est, quominus eam uxorem ducere liceat: quoniam illa nunquam mihi aviæ loco fuit, sed extranea semper, *d. l.* 23. *de adopt. junct. d. l.* 55. *hoc tit.* At enim, inquies, nec patris adoptivi uxor matris loco est, *d. l.* 23. eam tamen ducere non licet, nequidem post emancipationem, *d. l.* 14. *pr. hoc tit.* Sed nimirum sufficiat eam aliquando novercæ loco fuisse, *d. l.* 14.

TEXTUS.

De fratribus & sororibus.

2. *Inter eas quoque personas, quæ ex transverso gradu cognationis junguntur, est quædam similis observatio, sed non tanta. Sanè enim inter fratrem sororemque nuptiæ prohibitæ sunt, sive ab eodem patre eademque matre nati fuerint, sive ab altero eorum. Sed si qua per adoptionem soror tibi esse cœperit, quamdiu quidem constat adoptio, sanè inter te & eam nuptiæ consistere non possunt, quum verò per emancipationem adoptio sit dissoluta, poteris eam uxorem ducere: sed & si tu emancipatus fueris, nihil est impedimento nuptiis. Et ideò constat, si quis generum adoptare velit, debere eum anteà filiam suam emancipare: & si quis velit nurum adoptare, debere eum anteà filium suum emancipare.*

NOTÆ.

Sive altero eorum] Convenit *d. c.* 18. *Levit.* 9. 11. Athenis tamen consanguineam ducere licebat, id est, sororem ὁμοπάτριον, non autem ὁμομήτριον. Fabrot. ex *Philon.* Sed nec vulgo quæsitam sororem ducere licet, *l.* 54. *D. hoc tit.*

Quamdiu constat adoptio] Ex Cajo, *l.* 17. *D. hoc tit.* Paulus apud *Ruffin. adoptiva cognatio impedit nuptias inter parentes & liberos omnimodo, inter fratres eatenus, quatenus capitis minutio non intervenit.*

COMMENTARIUS.

1. *Ostenditur firmis rationibus, legem divinam de non ducendis sororibus moralem esse & perpetui juris.*

EX *transverso gradu*] Linea in qua gradus cognationis ponuntur, vel directa est & perpendicularis, vel transversa. Directa est vel ascendens, in qua sunt parentes; vel descendens, in qua sunt liberi. Transversa eos complectitur, qui ex latere veniunt: estque vel æqualis, eorum videlicet, qui pari gradu distant à communi parente, ut fratres & sorores, consobrini, patrueles: vel inæqualis, cum alter altero à communi parente est remotior, ut patruus, avunculus, & fratris & sororis filii, filiæ. In linea directa, ut jam dictum est, prohibitio est infinita: in transversa non item, quo nunc se confert Imp.

Inter fratrem & sororem] In linea transversa æquali unus tantum gradus jure civili prohibitionem habet nimirum fratrum & sororum nuptiæ, *l. nemini C. hoc tit.* quas etiam à Deo interdictas non uno loco reperimus, *Levit.* 18. 9. & 20. 17. *Deut.* 27. 22. Quid ergo? an hæc interdictio sive lex de non ducendis sororibus & ipsa moralis est, perpetuamque, & naturalem causam prohibitionis continet? Moralem esse & naturalem non dubito. Moveor, quod Deus ita 1
per Mosen pronuntiat; *Qui acceperit sororem suam, nefariam rem operatus est, & in conspectu populi occidetur. Levit.* 20. 17. & *Deut.* 27. 22. *Maledictus,* inquit, *omnis, qui dormit cum sorore sua.* Adeoque ex abominationibus, propter quas Cananæos Dominus extirpavit, hæc una fuit, *Levit.* 18. *circ. fin.* qui tamen non aliam legem, quam naturæ habuerunt. Plato quoque *lib.* 8. *de legib.* fratrum & sororum conjugia ait esse

μηδα-

μηδαμῶς ὅσια ἢ θεομισῆ, ἢ αἰσχρῶν αἴσχιστα. Hinc esse quod in tragœdiis Macarei, cognito se cum sororibus rem habuisse, continuo mortem sibi consciscant, sceleris pœnas à se ipsis repetentes, & Cicero *lib. 1. de divin.* commixtionem fratris & sororis *nefarium stuprum.* appellat. Lucianus in *philop.* ἀσελγεστάτην μίξιν. Quis vero hoc eos docuit? Sola natura, quippe quæ omnes docet, sorori suæ misceri nefas esse, dum appetitum conjunctionis inter fratrem & sororem cadere non sinit. Quis est enim, qui sororis suæ, quantumvis formosæ, nuptias aut stuprum appetat? Non Platonem modo, sed experientiam provoco. *Tam à me*, inquit ille apud Plaut. *Curcul. pudica est, quam si soror mea sit.* Neque aliam ob causam Abrahamus credidit se pro marito Saræ habitum non iri, quam si eam sororem suam esse diceret, *Genes. 12.12. & 20.12.* Denique non tantum Romani, sed etiam alii populi, & omnis pene Græcia, auctore *Alex. ab Alex. 1. genial. dier.* 24. nefandum putaverunt iisdem parentibus genitos invicem incestis nuptiis detineri. Neque vero ideo minus hoc nefas est, quia Ægyptii & nonnulli alii populi id dicere voluerunt, suorum nimirum Numinum exemplo, cum Saturnus Opin, Jupiter Junonem, Osiris Isin duxerit: & quid ni hoc facerent, apud quos non solum philadelphi, verum etiam philometores fuerunt. Objici solet dictum Thamaræ ad Amnonem fratrem consanguineum, *Alloquere Regem; non enim denegabit me tibi. 2. Sam. 13.* Resp. Sive hoc Thamara sciens commenta est, ut se præsenti periculo eriperet, sive revera credidit, hoc quoque patri Regi licere, inde colligi non debet, aut Davidem id concessurum fuisse, aut rectè facturum, si concessisset. Illud alicujus momenti est, quod hic nobis objici potest, & verum esse constat ex sacra historia, oportuisse nimirum à primis illis hominibus sorores duci, cum aliæ mulieres non extarent. Respondent Theologii, id fuisse necessitatis & tacitæ divinæ dispensationis. Nam cum juberet Dominus propagari genus humanum, nec plures simul fœminas condidisset, satis intelligitur, hanc fuisse ipsius voluntatem, ut fratri ex sorore sobolem tollere fas esset, quod postea ipsa natura docuit non licere. Hoc ergo factum, ut Augustinus ait *lib. 15. de civitate Dei c. 16. quanto est antiquius compellente necessitate* (intellige necessitatem ex illius temporis circumstantia) *tanto postea factum est damnabilius, religione* (id est, naturali aversatione) *prohibente.* Affert ibidem Augustinus etiam nonnullas alias causas, ob quas fratres & sorores conjungi non debeant, ut necessitudo inter plures diffundatur, serpatque & propagetur civium inter se charitas, quam sic extendi etiam Cicero docet. 5. *de finib.* item ut evitetur illa cognationis & affinitatis confusio, quæ fratrum & sororum nuptias necessario sequitur. Sed hæ rationes tanti ponderis non sunt, ut quod contra fit, naturâ illicitum censeri debeat. Consentit in hac quæstione cum nostris *Covar. de matrim. p. 2. cap. 6. §. 10. num. 15. D. Tulden. ad hunc tit. cap. 6.*

Sive ab altero eorum] In nuptiis utrum frater sit germanus, an consanguineus vel uterinus duntaxat, nihil interest, *Lev. 18, 9. 11.* imo nec vulgo quæsitam sororem ducere licet. *l. 54. ff. h. t.* In successionibus autem inter utrinque conjunctos arctior necessitudo habetur, *auth. itaque C. comm. de success.* ut & olim in eadem causa consanguineorum major ratio, quam uterinorum habebatur: vulgo autem quæsitorum extra successionem matris vix jus ullum.

Quamdiu constat adoptio] Per adoptionem quæsita fraternitas eo usque impedit nuptias, donec manet adoptio, aut naturalis filius in potestate. At si pater vel me in potestate retento filiam, quam adoptaverat, emancipavit, vel me emancipato illam in potestate retinuerit, possumus matrimonio jungi, *l. per adoptionem 17. hoc tit.* quippe vinculo agnationis, quæ sola hasce nuptias impedit, soluto. Nam reverentiæ & honestatis respectus, qui dissoluta adoptione adhuc manet inter patrem quondam & filiam, hic nullus est.

Antea filiam suam emancipare] Alioqui dirimetur matrimonium, quod inter fratrem & sororem, licet adoptivos, non consistit, ut ex Theophilo D. Hotom. & Wesemb. hic notant, & indicat Triphon. in *l. non solum 67. §. 3. hoc tit.* Nam ut dicamus matrimonium manere, & adoptionem potius nullam esse, quod D. Bachovius magis probat, nescio an ex ratione juris civilis defendi possit, quod cum nuptias inter sororem & fratrem adoptivum prohibet, generum tamen adoptari permittit, ex consequenti genero adoptato, nuptias perimi voluisse existimandum est, non adoptionem nullam esse, vid. *tom. 1. juris Græco. Rom. lib. 8. c. de adopt.* γάμος λύεται, γυναικὸς τὸν ἴδιον γαμβρὸν υἱοθετησάσης. *Theod. Balsam. ad d. l. 67. ff. h. tit.*

TEXTUS.

De fratris & sororis filia & nepote.

3. Fratris verò, vel sororis filiam uxorem ducere non licet: sed nec neptem fratris vel sororis quis ducere potest, quamvis quarto gradu sint: cujus enim filiam ducere non licet, neque ejus neptem permittitur. Ejus verò mulieris, quam pater tuus adoptavit filiam, non videris prohiberi uxorem ducere: quia neque

neque naturali, neque civili jure tibi conjungitur.

NOTÆ.

3. *Fratris vel sororis filiam*] Ex *l.17. D. hoc tit. l.17. C. eod. l.ult.* C. *de incest. nupt.* Ulpian. apud *Rufin.* & in *fragm. tit.5.* scribit permissum esse ducere filiam fratris, non etiam sororis. Hoc Claudius invexerat. Sveton. *in Claud.* Tac.12. *ann.* sed postea sublata hæc differentia, *d. l.17.* Lege quoque divina non obscurè hæ nuptiæ vetantur hoc ipso, quod prohibemur ducere amitam & materteram, *Lev.18. vers.12. & 13.* eadem enim ratio est.

COMMENTARIUS.

1. *Nuptias cum fratris aut sororis filia, & in universum inter personas transversæ lineæ, quæ parentum & liberorum loco inter se sunt, etiam divina lege prohibitas, atque hanc quoque legem moralem esse.*

Jure civili nuptiæ in linea transversa inæquali prohibitæ sunt inter eas personas, quæ parentum liberorumve numero sunt, *l. per adoptionem 17. §.2. l. sororis 39. hoc tit. l. nemini C. eod. l. ult. C. de inc. nupt. §. item amitam. inf. eod.* & quidem in infinitum, *l. nuptiæ 53. hoc tit.* nam graduum numerus hic non magis consideratur, quam in linea recta inter ipsos 2 parentes & liberos. Sed an huic prohibitioni per omnia consentanea sit lex divina, quæritur. Ego equidē sic sentio, quamvis enim singula apud Mosen non sint expressa: tamen quibusdam positis, quæ paria sunt, pro expressis habenda; cum hoc flagitet ipsa ratio, ut de similibus, similiter statuatur; nec in hac prohibitione tam ad numerum graduum respiciatur quam ad venerationem personarum. Cum igitur Dominus expresse vetat amitæ & materteræ nuptias, *Levit. 18. vers.12. & 13.* intelligitur etiam vetare nuptias amitæ magnæ & materteræ magnæ, & deinceps ascendentium: item ἀνάλογως nuptias fratris & sorori filiæ & deinceps ex his descendentium, cum patruo & avunculo, & qui supra hos sunt. Atque hanc etiam prohibitionem perpetuam esse & partem legis moralis ex iisdem ferè argumentis evincitur, quibus fratris & sororis nuptias naturæ atque honestati repugnare antea demonstravimus. Unū addam. Apud Romanos cum nulla adhuc lege nuptiæ cum fratris filia prohibitiæ essent, moribus tamen incestæ habebantur, *l. sororis 39. §.1. l. etiamsi 56. hoc tit.* Adeo ut ipse Claudius Imperat. ausus non fuerit Agrippinam fratris sui Germanici filiam uxorem ducere; nisi extorto prius senatusconsulto, quo venia daretur talium conjugiorum: neque tamen reperti sunt, quod mirum est in libidinosissima civitate, qui sequerentur exemplum, excepto uno atque altero pessimo adulatore, *Sveton. in Claud. c.26. Tacit.12. annal.* ac postea senatusconsultum illud à Nerva sublatum est, teste Xiphilino. Sanè brevis hæc lex Nervæ fuit; ut & imperium ejus, & nuptiæ cum fratris filia ex edicto Claudii pro licitis iterum haberi cœperunt nam auctore Capitolino Antoninus Pius filiam suam fratri uxorem dedit; quod antea nondum sublato senatusconsulto & Titum fecisse. Svetonius memorat. Cæterum quia senatusconsultum illud sive edictum Claudii cum naturæ honestate pugnare videbatur, strictissimè acceptum fuit de sola fratris filia, non autem de filia sororis, teste Ulp. *tit.5.* aut quod magis puto, jam tempore mediæ jurisprudentiæ vim amiserat: argumento est, quod Cajus scribit, *l. quin etiam 55. §.1. hoc tit.* fas non esse ducere neptem patris adoptivi ex filio: quanto igitur minus neptem veri patris & naturalis, seu veri fratris filiam ducere licuit. Utut est, tandem expressè edictum illud abrogatum est. & quidem à Principibus ethnicis Diocletiano & Maximiano, *l. nemini C. hoc.tit.* adeo altè à natura leges istæ cordibus humanis inscriptæ sunt, congruit, *l. ult. C. de incest. nupt. art. 7. ordin. pol.*

Quamvis quarto gradu] Hinc apparet, jure civili licitum fuisse ex quarto gradu lineæ transversæ uxorem accersere, excepta ea, quæ parentis aut filiæ loco esset.

Cujus filiam &c. neque ejus neptem] Hæc regula ad hypothesin revocanda est: cujus videlicet fratris aut sororis, de quibus agitur neque enim prohibeor uxorem ducere neptem avi mei, cujus tamen filiam amitam, aut materteram meam ducere non possim. Vera autem ratio est, quoniam parentum liberorumque invicem numero sunt: ut hic aliud spectandum sit quam numerus graduum, *§. item amitam. inf. l. nuptiæ 53. eod.*

Neque naturali neque civili] Non naturali quia cognata mea non est, cum adoptio non tribuat jus sanguinis: non civili, quia avunculus nemo fit per adoptionem, *l.12. in fin. eod.* Quippe per adoptionem iis tantum personis necessitudo contrahitur, quæ si sanguine nos contingerent, nobis agnatæ essent, *l. per adoptionem 23. de adopt.*

TEXTUS.

De consobrinis.

4. *Duorum autem fratrum, vel sororum liberi, vel fratris & sororis, conjungi possunt.*

COMMENTARIUS.

1. *Patruelium & consobrinorum nuptias neque civili neque divino jure prohibitas, quanquam Canones longius progressi.*
2. *Discrimen dinumerationis graduum inter jus civile & canonicum explicatum.*

REdit ad lineam transverſam æqualem, in qua dicit, eos, qui quarto gradu ſunt, conjungi poſſe; nimirum fratris & ſororis liberos: idemque traditur in *l. 3. hoc tit. l. celebrandis C. eod.* ſcilicet quia hic ceſſat ratio, ob quam prohibeor neptem fratris ducere, quod ego illi parentis, illa mihi filiæ
1 loco ſit. Lege quoque divina, intra cujus fines etiam edicta Ordinum harum provinciarum conſiſtunt, patruelium aut conſobrinorum nuptiæ interdictæ non ſunt: adeoque ſi exempla jus faciunt, tantum non expreſsè conceduntur *Num. 36. 11.* Auguſtinus, *lib. 15. de civ. Dei.* de connubiis conſobrinorum agens, ait, ea nec divinam legem prohibuiſſe, neque ad ſua usque tempora humanam. Prohibuerat has nuptias Theodoſius Major, ut ſcribit Aurel. Victor. ſed legem patris filii Arcadius & Honorius ſuſtulerunt, revocata priſci juris, ut inquiunt, auctoritate, *d. l. celebrandis C. hoc tit.* Pontifices autem Romani longius progreſſi ſunt, & conjungi vetuerunt non ſolum conſobrinos, ſed etiam ſobrinos & eorum liberos, quos quarto gradu numerant, cum octo inter ſe diſtent, *c. non debet de conſ. & affin.* Concil. *Lateran. c. 50.* cujus concilii auctoritate Innocentius abrogavit priorum Pontificum decreta, qui usque ad ſeptimum gradum nuptias inhibebant, hoc eſt, eorum, qui jure civili decimo quarto gradu invicem contingunt, *c. progeniem. & ſeq. c. nulli & ſeq. 35. q. 2. & 3.* Monet hic locus, ut diſcrimen dinumerationis graduum, quod eſt inter jus civile & canonicum obiter explicemus: quippe quod ad cauſas matrimoniales ſolum pertinet: nam in ſucceſſionibus civilem computationem ſequuntur etiam in terris Eccleſiæ, teſte *Schneid. hic & D. Tulden. ad tit. Inſt. de grad. cong.* Jure civili generata perſona gradum adjicit, ut tot eo jure ſint gradus, quod ſunt generationes, *§. hactenus inf. d. tit.* In linea recta aut adſcenditur, quæ idcirco adſcendentium appellatur, ordinemque parentum complectitur; aut deſcenditur, quæ dicitur deſcendentium, & ordinem comprehendit liberorum. In linea transverſa ſeu collaterali primum adſcenditur, deinde deſcenditur. Exempli gratia; ego genitus ſum à patre meo ecce unum gradum, Idem pater meus genuit Titium fratrem meum: ecce alterum: unde conſequitur fratres duobus gradibus inter ſe diſtare. Pari ratione ſi quæras, quot gradibus à te diſtet patruus tuus, adſcende primum ad avum veſtrę cognationis communem auctorem, deinde iterum deſcende ad ejus filium, qui eſt patruus tuus, & comperies eum tribus gradibus à te diſtare: & ita deinceps. Latius hæc declarantur *inf. de grad. cogn.* Jus autem pontificium aliter gradus dinumerat, *c. ad ſedem 35. q. 5.* Cujus juris regulæ ſunt 1. In linea adſcendentium quot ſunt perſonæ una dempta, tot ſunt gradus: quæ computatio in hac linea à computatione juris civilis in hoc tantum differt, quod Canones perſonas numerant, jus civile generationes, & rectius. 2. In linea transverſa æquali, quot gradus alter diſtat à communi ſtipite, totidem utrique inter ſe diſtant. Exempli gratia, frater & ſoror diſtant inter ſe hoc jure uno tantum gradu, quia uno gradu diſtant à communi parente: & conſobrinus iſta computatione mihi eſt ſecundus, quia ab avo, qui communis utriusque noſtrum fons eſt & origo, ſecundus numeror. 3. In linea transverſa inæquali, quo gradu diſtat remotior à capite, eo gradu diſtant inter ſe. Igitur fratris mei filius ſecundo gradu à me abeſt, quia ille à patre meo avo ſuo duobus gradibus diſſidet: & nepos fratris mei tertio, quia à patre meo ipſe tertius eſt.

Conjungi poſſunt] Theoph. negativè reddidit, οὐ δύνανται συνάπτεσθαι, quia ſic in Oriente obtinebat. Nam poſt Juſtinianum ſub Impp. Græcis hæc matrimonia iterum improbata fuere. *Harmenop. lib. 4. tit. 6 Attal, tit. 26, Matth, monach. tit. de grad. ſept. conſang.*

TEXTUS.

De amita, matertera, amita magna, matertera magna.

5. *Item amitam, licet adoptivam, ducere uxorem non licet. Item nec materteram: quia parentum loco habentur. Quâ ratione verum eſt magnam quoque amitam, & materteram magnam prohiberi uxorem ducere.*

COMMENTARIUS.

HUjus §. explicatio petatur ex iis, quæ *ad §. 3. ſup.* diximus.

Licet adoptivam] Hoc conſulto hic additum, in matertera omiſſum: nam matertera per adoptionem non magis fieri poteſt, quam avunculus, *l. 2. §. ult. hoc tit.* Eadem verba quoque repetenda ſunt in amita magna, *l. per adoptionem 17. in fin. eod.*

TEXTUS.

De affinibus, & primum de privigna & nuru.

6. *Adfinitatis quoque veneratione à quarundam nuptiis abſtinere neceſſe eſt: ut ecce privignam aut nurum ducere non licet: quia utræque filiæ loco ſunt. Quod ita ſcilicet accipi debet, ſi fuit nurus aut privigna tua. Nam ſi adhuc nurus tua eſt, id eſt, ſi adhuc nupta*

est filio tuo, aliâ ratione uxorem eam ducere non poteris: quia eadem duobus nupta esse non potest. Item si adhuc privigna tua est, id est, si mater ejus tibi nupta est, ideò eam uxorem ducere non poteris, quia duas uxores eodem tempore habere non licet.

NOTÆ.

Privignam] Quæ sic dicta, quod genita, antequam mater secundo nuberet Fest.

Quia duas uxores] *l.* 2. *C. de inc. nupt. l.* 18. *C. ad l. Iul. de adult.* Multæ quoq; aliæ gentes virum unicæ mulieri copularunt. Dion Halic. *lib.* 2. Raræ binæ in Occidente nuptiæ. De Germanis testatur. Tac. Valentinianus permittere voluit. Neceph. Callist. *l.* 11, *cap.* 33. Jul. Poll. in *chron.* In rep. Christiana tolerari non oportere evincunt, quæ apud *Matth. c.* 5. & 19. *Marc.* 10. *Luc.* 16. *Paul.* 1. *Cor.* 7.

COMMENTARIUS.

1. *Licet affinitatis nulli propriè sint gradus tamen quasi quosdam gradus affinium numerari posse, & n.* 3.
2. *Genera affinitatis à veteribus canonibus excogitata posteriorum Pontificum decretis improbari,*
4. *In linea recta affinium eandem esse prohibitionem, quæ in eadem linea cognationis.*
5. *In linea affinitatis transversa quatenus se extendat prohibitio.*
6. *Interdicta Levit.* 18. *quæ affines spectant, moralia esse.*
7. *Iure civili antiquo non videri inter affines transversæ lineæ prohibitionem fuisse.*
8. *Polygamiam in rep. Christiana non esse tolerandam.*

HActenus de nuptiis, quæ propter cognationem prohibentur. Cognationis simulacrum quoddam est affinitas: cujus ea etiam vis est, ut quosuis affines quibusuis jungi naturæ honestas non patiatur. Sunt autem affines viri & mulieris cognati, dicti ab eo, quod duæ cognationes, quæ inter se diversæ sunt, per nuptias copulantur, & altera ad alterius cognationis fidem accedit, οἱ κατ' ἐπιγαμίαν συγγενεῖς, *l.* 4. §. 3. *de grad. & affin.* ubi nomina quoque affinium peculiaria recensentur. Gradus affinitatis propriè nulli sunt, quia affines ab affinibus non generantur, *d. l.* 4. §. 5. nihil tamen prohibet, quo minus quasi quosdam gradus affinium numeremus: sic enim & Paulus loquitur *l.* 10. *pr. d. tit.* dicamusque, quo gradu quispiam est cognatus marito, eo gradu esse affinem uxori & quasi cognatum, & contra. Veteres canones etiam genera affinitatis numerant, eaque tria: ut ecce; uxoris meæ filius mihi est in primo genere affinitatis: illius uxor in secundo genere: mortuo privigno meo si illa nubat alio, hic mihi erit in tertio genere affinitatis: sic uxoris meæ frater mihi est in primo genere affinitatis; uxor illius in secundo; quæ si mortuo marito alteri nubat, is mihi erit affinis in tertio genere. Sed secundum & tertium genus affinitatis temere excogitatum posteriores Pontifices merito abrogarunt: 2 nam qui uxori non sunt consanguinei, non possunt dici marito affines, & contra, ac proinde non prohibeor, verbi causa, uxorem ducere eam, quæ fratri uxoris meæ quondam nupta fuit, *c. non debet, & ibi Gloss. de consang. & aff. Covar. de matrim. p.* 2. *c.* 6. §. 7. *n.* 6. Non obstat quod Papinianus respondet in *l.* 15. *hoc tit.* uxorem quondam privigni conjungi matrimonio vitrici non oportere: hoc enim non eam rationem habet, quod affines sint; sed quod honestas & pudor naturalis non patiatur mecum matrimonio jungi uxorem ejus, qui mihi aliquando filius fuit propter matrem, quam in matrimonio habui. Similis quædam prohibitio est in *l.* 14. *pr. eod.* Nascitur affinitas ex unione viri & uxoris, qui cum matrimonio juncti unum fiant, necesse est vinculo isto etiam utrinque cum iis connecti ipsorum cognatos, eodemque gradu, quo quis cognatus est marito, fieri uxori affinem & quasi cognatum: & ex contrario, quo gradu quis uxori cognatus est, eodem fieri affinem & quasi consanguineum marito; exempli gratia: in linea recta quia uxor mea uno gradu distat à patre suo, ab avo duobus, ego quoque à socero uno gradu, à prosocero duobus distabo; idemque de cæteris tum adscendentibus tum descendentibus statuendum. In lineâ transvera, quia maritus à fratre suo duobus gradibus distat, totidem distabit uxor à leviro: quod ipsum quoque dicendum est de glore, sororio, fratria. Item quia uxor mea à patruo suo vel avunculo tribus gradibus diffidet, ego quoque à soceri fratre vel sorore totidem gradus abero; & sic deinceps. Videamus nunc quinam gradus affinitatis prohibiti, & anne iidem omnes, qui & cognationis.

In linea recta eadem jure civili prohibitio in affinitate, quæ in cognatione. Itaque nec socer nurum 4 nec socrum gener, nec vitricus privignam, nec privignus novercam ducere potest, *l.* 14. §. *ult. hoc tit. l. nemini C. eod.* quod & Justinianns *hoc & seq.* §. docet, prohibitionis hanc rationem afferens, quod invicem parentum & liberorum loco sunt: cui proinde consequens est, nec inter prosocerum & pronurum, nec inter vitrici patrem & propivignam, & sic porro, nuptias licitas esse, *d. l.* 14. §. *ult. art.* 8. & 9, *ordin. pol. Levit.* 18. *vers.* 8 15. & 17. Atque hanc etiam prohibitionem perpetuam esse & moralem, evincit locus Apostòli 1. *ad Cor.* 5. ubi tale stuprum ne inter gentes quidem nominari ait, ut quis uxorem patris habeat, & M. Tullius *in orat. pro Cluent.* cum socrum genero nupsisse narrasset, subdit; O *mulieris*

lieris scelus incredibile, & præter hanc unam, in omni vitæ inauditum! atque in hoc quoque nobis assentiuntur plerique Pontificiorum, *Cavar de matri. p.2. c.6. §.10. n.19.* In linea transversa æquali neque
5 frater uxorem defuncti fratris ducere nec vicissim soror marito sororis nubere potest, nec maritus cum sorore uxoris, aut uxor cum fratre mariti conjungi, quoniam affinitate inter se sunt facti fratres & sorores, *l.5. l. pen. & ult. C. de inc. nupt.* facit *d. c. Levit.* 18. *vers.*16. quo loco cum fratris cum uxore fratris defuncti nuptiæ prohibeantur, prohibita quoque censeri debet sororis cum marito sororis suæ conjunctio, ex ratione, quam affert Moses, quia inquit, fratris tui pudenda sunt: quod nihil aliud declarat, quam quia uxor fratris tui est; ut jam affinitate tu illi frater, illa tibi soror facta sit, quos conjungi naturæ honestas non patitur. Apud nos hæc prohibitio etiam expressa est, *art.*10. *d. ord. pol.* In tranversa affinitatis linea inæquali Dominus expressè apud Mosen. *d. c. vers.*14. vetat conjungi fratris filium cum uxore defuncti patrui, cui consequens est: 1. nec sororis filium cum uxore defuncti avunculi conjungi posse, 2. nec patruum aut avunculum cum uxore filii fratris aut sororis. 3. nec amitam aut materteram cum marito filiæ fratris aut sororis: de quibus posterioribus speciebus etiam nominatim apud nos cautum est, *art.*11. *d. ord. pol.* Sed an æquè ex consequenti prohibitiæ intelligi debeant nuptiæ mariti cum amita aut matertera uxoris suæ, aut cum fratris vel sororis uxoris suæ, sive leviri aut gloris filia nonnulli dubitant, propterea quod hæc conjunctio non videtur tam longè recedere ab honestate & verecundia, quam præcedentes illæ. Minus enim, ajunt, verecundum est patruum meum cum ea, quæ mihi aliquando uxor fuit, consvescere, & duos consanguineos cum eadem misceri, quam illum, qui amitam meam in matrimonio habuit, jungi cum sorore mea, & unum successivè cum duabus consanguineis. Atque ut putet aliquis, ordini naturæ minus convenire, ut quis ducat & maritali imperio subjiciat amitam aut materteram uxoris suæ, quod istæ illi loco parentum sunt, hanc tamen rationem cessare in filia leviri aut gloris. At enim vero si in universum spectamus causam, ob quam nuptiæ in prædictis omnibus affinitatis gradibus prohibentur; videlicet quia vir & uxor in unum corpus coalescentes non amplius duo sunt, sed una caro; in universum etiam dicendum videtur eosdem gradus affinitatis prohibitos censeri debere, qui prohibiti sunt in cognatione: & propositionem illam *Levit.* 18, 6. *Ad proximam sanguinis sui nemo accedat,* etiam ad affines, qui pro consanguines sunt, pertinere, & tam latè patere, quam latè patet prohibitio inter sanguine junctos. Basilius in epist. ad Diodorum. congruit *art.*8. *ordin. pol.* Planè ut non æquè graviter omnes peccant, nec puniendi sunt, qui prohibitam in ordine cognatorum ducunt, sed levius, qui ex transversa, gravius, qui ex recta linea uxorem sumunt: ita etiam gravius delictum est, ex recta affinitatis linea, quam ex transversa uxorem sumere. Sunt vero etiam hæc interdicta, quæ affines transversæ lineæ spectant, 6
moralia & perpetui juris: neque enim Deus gentes ob singula facta cum singulis interdictis pugnantia punivisset, nisi in singulis peccassent contra jus naturæ: notentur particulæ universales, quibus singulos casus designat legislator, cum idcirco gentes punitas subjicit. At enim, inquies, si lex de non de ducenda fratria *Levit.*18. 16. perpetuam & naturalem causam prohibitionis habet, qui fit, quod fratria certo casu duci jubetur? *Deut.* 25. 5. Jus enim naturale est immutabile. Respondent doctiores theologi, jus naturale duplex esse. unum tale, ut absolutè in se ac essentia sua æquum & justum sit, quicquid eo continetur, ac proinde prorsus immutabile; alterum, quod æquitatem & justitiam continet in rerum natura sola DEI voluntate impressam, ut à creatura naturæ ductu approbaretur, ac posterius hoc jus uti à legislatoris voluntate dependet, ita & per eam aliquando ex causa peculiari mutari: sic quamvis jus naturæ vetet suum cuiquam auferre, DEUM tamen de isto jure dispensasse, *Exod.*12. *v.*35.36. quum Israëlitis mandaret, ut Ægyptiis sua auferrent. Atque ita etiam fortè DEUS in sanctis olim quædam matrimonia concessit propter sancti generis paucitatem. Eademque ratio est legis de fratria certo casu ducenda, excitandoque fratri sine sobole defuncto semine, videlicet ut in nomen primogeniti conservaretur familia, & primogenita Christi nunquam intermoritura significaretur. *Augustin. quæst.* 61. *in Levit.* Cæterum nemo hominum hic quicquam sibi vindicare potest. Igitur, ut tandem concludamus, dicimus, leges omnes de conjugiis à DEO per Mosen Israëlitis datas morales & æternas esse, atque haud secus constringere omnium hominum vitam, quam ipsa Decalogi præcepta, cum *Ant. Contio* 2. *subsec. Beza de repud. & divort. Zanchio lib.*4. *de oper. DEI c.*1. *thes.*7. *Bucan. loc. de conjug. quæst.* 22. In qua sententia etiam Innocentius Tertius fuit, ut apparet ex *c. literas de restit. spol.* multique è pontificiis, adeoque doctissimi scholasticorum, qui proinde etiam apertè docuerunt, nec ipsum Pontificem Romanum dispensare posse, ut matrimonium contrahatur in aliquo ex gradibus prohibitis, *d. c.* 18. *Levit.* Prolixum horum Catalogum habet Sanchez *de matrim. lib.*7. *disp.*52. *n.*7. Apud veteres Romanos, 7
ut hoc quoque obiter dicam, non videtur transversa

ſa affinitatis linea prohibitionem habuiſſe: idque exemplo doceri poteſt, quod afferunt M. Tullius *lib.* 1. *de divin.* & *Val. Maximus lib.* 1. *c.* 5. de Metello, qui mortua uxore Cæcilia filiam ſororis Cæciliæ in matrimonium duxit: quod tamen neuter eorum ut novum refert. Quamvis autem D. Beza dubitet, an hoc locum habuerit in hac linea in univerſum, puta ſi frater viduam fratris, vel patruus aut avunculus uxorem filii fratris aut ſororis; vel contra filius fratris aut ſororis uxorem patrui aut avunculi ducere voluiſſent: tamen ego crediderim, apud Romanos jura affinitatis morte unius è conjugibus pro extinctis habita fuiſſe: utique ſi liberi ex eo matrimonio non ſupereſſent. Nam apud Plutarchum legimus, Marcum illum Craſſum cognomento Divitem defuncti fratris viduam duxiſſe: neque hoc tanquam novum aut præter morem factum auctor commemorat. Nimirũ in nuptiis contrahitur affinitas, ita ſolutis nuptiis eam diſſolui voluerunt, ſalva tamen reverentia ex affinitate nata inter eas perſonas, quæ parentum, & liberorum loco fuerant, *arg. hujus & ſeq.* §. adeoque eadem ferè ratio affinitatis fuit, quæ adoptionis, qua & ipſa ſoluta nuptiæ non impediuntur, niſi ob ſolam reverentiam inter eos, qui parentes & liberi fuerunt. Neque enim dubito, quin patruus adoptivam & filiam fratris filius amitam adoptivam, ſoluta per emancipationem adoptione ducere potuerint, cum nuptiæ etiam cum ſorore adoptiva diſſoluta adoptione conſiſterent. §. 2. *ſup.* Sed profecto magnum diſcrimen eſt inter conjunctionem, quæ ex adoptione oritur, & eam quam parit affinitas. Adoptio merum juris civilis commentum eſt: affinitas vero etiam cauſam naturalem habet, quæ ex commixtione corporum nata nuptiis ſolutis adhuc permanet, quo pertinet illud Pontificis, in *c.* 1. *ca.* 35. *q.* 1. *uno defuncto in ſuperſtite affinitatem non deleri.*

Quia utræque filiæ loco] Regula juris civilis eſt, eos, qui in numero parentum aut liberorum ſunt, conjungi matrimonio non poſſe, *l. nuptiæ* 53. *hoc tit.* cui regulæ locus eſt non tantum in cognatione, ſed etiam in affinitate, *l.* 14. §. *ult. eod.* & quamvis jure civili, ut ſupra diximus, id tantum obtinuiſſe videatur in recta affinitatis linea, ob reverentiæ cujuſdam & honeſtatis reſpectum, qui ceſſet in iis, qui ex transverſo gradu invicem affines ſunt: tamen & alias eſſe hujus prohibitionis cauſas, & quidem maximi momenti, eoſdemque gradus affinitatis jure divino prohiberi qui & cognationis, paulo ante docuimus. *Dict. Levit.* 18. *verſ.* 15. & 17. & 1. *ad Corinth.* 5.

Si fuit nurus ſua] Ergo diſſoluta demum affinitate huic prohibitioni locus eſt; quod & diſertè exprimitur in §. *ſeq.* ibi; *diſſoluta demum affinitate.* Qui locus conjecturam noſtram adjuvat, mortem unius è conjugibus affinitatem diremiſſe; ſed ob perſonarum venerationem & pudorem naturalem nuptias nihilominus interdictas fuiſſe inter eos, qui affinitate parentes & liberi fuerant. Utique cauſam prohibitioni dedit ante contracta affinitas.

Eadem duobus nupta] Unam apud plures nuptam eſſe, è diametro pugnat cum recta ratione, quia (ut alia omittam, quæ dictu fœda) officit procreationi liberorum, qui principalis matrimonii finis eſt. Neque apud ullam gentem licitum unquam fuiſſe legimus, ut una mulier duobus aut pluribus viris nuberet. Tertull. adverſus Marc. *manente matrimonio nubere adulterium eſt.*

Duas uxores eodem tempore] Duas aut plures uxores apud unum nuptas eſſe, multi putant non pugnare cum naturali ratione, cum apud pleraſque gentes id licitum fuiſſe legamus; adeoque ipſe DEUS hanc polygamiæ ſpeciem populo ſuo permiſerit. Sed non deeſt quod reponatur, vide quæ dixi ſub §. 1. *ſup. de patr. pot.* Utut eſt, conſtat ex iis, quæ à Chriſto dicuntur apud *Matth.* 5. *v.* 32. & 19. *v.* 9. *Marc.* 10. *v.* 4. *Luc.* 16. *v.* 18. & quæ ſcribit Paulus 1. *Corinth.* 7. polygamiam in repub. Chriſtiana non eſſe tolerandam: quæ etiam multis gentibus improbata fuit. Raræ binæ ſimul in Occidente nuptiæ. Neque enim apud Romanos tantum conſtitutum fuit, ne quis binas eodem tempore uxores haberet, ſed etiam apud Græcos, & jam à tempore Cecropis Athenienſium regis, *vid. Pet. Fabrot.* 2. *ſemeſt.* 1. Germanos quoque noſtros ſingulis uxoribus contentos fuiſſe ſcribit *Tacit. de morib. Germ.* Sed & plures alias gentes virum unicæ mulieri copulaſſe teſtatur *Dionyſ. Halicarnaſ. lib.* 2.

TEXTUS.

De Socru & Noverca.

7. *Socrum quoque & novercam prohibitum eſt uxorem ducere: quia matris loco ſunt. Quod & ipſum diſſoluta demum adfinitate procedit: alioquin ſi adhuc noverca eſt, id eſt, ſi adhuc patri tuo nupta eſt, communi jure impeditur tibi nubere, quia eadem duobus nupta eſſe non poteſt. Item ſi adhuc ſocrus eſt, id eſt, ſi adhuc filia ejus tibi nupta eſt, ideò impediuntur tibi nuptiæ, quia duas uxores habere non potes.*

NOTÆ,

NOTÆ.

7. *Duas uxores*] Bigami pœna capitalis est, Theophil. ὑποκείσεται τῷ τῆς μοιχείας ἐγκλήματι. 60. *Basil. lib. 37. c. pen.* & rectè; nam ut ait Tertull. *adv. Marc. Manente matrimonio nubere adulterium est*, fac. *l. 18. C. ad leg. Iul. de adult.*

COMMENTARIUS.

Hujus §. & superioris eadem plane est sententia, ut nova explicatione non indigeat.

TEXTUS.

De comprivignis.

8. *Mariti tamen filius ex alia uxore, & uxoris filia ex alio marito, vel contra, matrimonium rectè contrahunt; licet, habeant fratrem sororemve ex matrimonio postea contracto natos.*

NOTÆ.

8. *Mariti filius ex alia uxore*] Titius cum haberet filium ex conjuge defuncta, Semproniam uxorem duxit, quæ ex priore matrimonio filiam habebat. Q. an inter filium Titii & filiam Semproniæ nuptiæ consistant. R. consistere. Ratio est, quia nulla est inter comprivignos affinitas; utpote quæ ultra personas matrimonio junctas non extenditur. Wes.

Recte contrahunt] *l. 34. §. pen. D. hoc tit. l. 134. pr. de verb. oblig.* neque *Levit. 18. vers. 11.* prohibentur nuptiæ ἀλληλοπρογόνων, sed fratris & sororis ὁμοπατρίας sive consanguineæ.

COMMENTARIUS.

Cognati personarum, quarum interventu & copula contracta est affinitas, inter se nuptias contrahere non prohibentur, & ratio est perspicua; quia inter eos nulla est affinitas, utpote quæ ultra personas conjunctas non extenditur: hoc est, cognati quidem uxoris marito sunt affines; & contra cognati mariti affines uxoris, sed ipsi cognati utriusque non sunt inter se affines: alioqui simulacrum cognationis latius pateret, quam ipsa cognatio, *l. 34. l. pen. h. t. l. 134. pr. de verb. oblig.* Hinc igitur est, quod inter comprivignos contrahi nuptiæ possunt, quod pater & filius matrem & filiam, duo fratres duas sorores ducere non prohibentur. Quanquam hic rectè facturos arbitror, qui magis id quod honestum est, quam quod licet, inspiciant, ne ordo cognationis, cujus imago est affinitas, nimium perturbetur: quod fit, si, verbi causa, pater filiam, filius matrem uxorem ducat, idque & Beza notat, *tract. de repud. & divort.* Putaverunt quidam, nuptias comprivignorum vetari *Levit. 18. v. 11. Ant. Matth. in not. hic & D. Cyprian. Regn. in cens. Belg.* Sed perspicuus error est. Illic enim non comprivignorum, ἀλληλοπρογόνων, sed fratris & sororis consaguineæ, id est, ab eodem parte ex alia & secunda uxore susceptæ, prohibentur nuptiæ: de qua conjunctione nihil dictum erat vers. 9. ubi prohibentur nuptiæ sororis Germanæ & uterinæ duntaxat. Verba Mosis sunt, *Turpitudinem filiæ uxoris patris tui, quam peperit patri tuo, & est sororor tua, non revelabis.* In versione 70. est, ὁμοπατρία ἀδελφή.

Licet habeant fratrem sororemve] Communi fratre aut sorore ex novo parentum matrimonio postea susceptis, videri poterant arctius privigni conjungi, attamen ne id quidem nuptias eorum impedire, Papin. respondit *l. generali 34. §. 2. hoc tit.*

TEXTUS.

De quasi privigna, quasi nuru, & quasi noverca.

9. *Si uxor tua post divortium ex alio filiam procreavit, hæc non est quidem privigna tua: sed Julianus ab hujusmodi nuptiis abstineri debere ait. Nam constat, nec sponsam filii nurum esse, nec patris sponsam novercam esse: rectius tamen & jure facturos eos, qui ab hujusmodi nuptiis abstinuerint.*

NOTÆ.

9. *Uxor tua post divortium*] *Ex l. 13. §. 1. 2. & 3. D. hoc tit.* Vix est, ut hujusmodi casus nunc existat. Sed & pridem apud Romanos desierunt bona gratia matrimonia dissolvi. De jure, quod antea obtinebat, Augustin. 1. *ad Valer. de nupt. & concup. 10. & de bon. conjug. 8.*

Non est privigna] Ratio ex notatione verbi. Privignus enim dictus, quod prius quam mater secundo nuberet, genitus est. Fest. Græcis πρόγονος.

Abstinere debere] Propter honestatem; quæ in conjunctionibus spectatur, *l. 42. D. hoc tit.* ἐν τοῖς γάμοις οὐ μόνον τὸ ἐπιτετραμμένον ζητοῦμεν, ἀλλὰ καὶ τὸ εὐπρεπές, ut ajunt interpretes Canonum. Quod non vetat lex, hoc vetat fieri pudor. Fabrot.

Nec sponsam filii nurum] Propriè sponsa non est uxor, *l. 12. §. 1. & 2, hoc tit.* Impropriè tamen appellatione nurus sponsam quoque accipimus, *l. 6. l. 8. D. de grad. & affin.* Est enim sponsa quasi uxor; & sponsus quasi maritus. Tertul. *de vel. virg. Desponsata enim quodammodo nupta.*

COMMENTARIUS.

1. *Sponsalibus propriè non contrahi affinitatem.*
2. *Ex illegitima etiam conjunctione affinitatem nasci.*

SUperius dictum est, privignam tibi loco filiæ esse, eo quod mater tibi nupta est, nec posse te eam uxorem ducere, licet morte matris aut alio modo ritè solutum sit matrimonium. Quæritur igitur, si uxor tua post divortium alteri nupserit, & ex eo filiam procreaverit, an ne eam quidem uxorem ducere possis. Ratio dubitandi, quia non est privigna tua, utpote genita postquam mater secundo nupsit. (Nam ut Festus scribit, *privignus inde dictus est, quod prius genitus sit, quam uxor secundo nuberet,* Græcis πρόγονος) aut si rem mavis quam notationem inspicere, nulla tibi affinitate conjuncta unquam fuit; quoniam nondum nata erat; cum matrem in matrimonio haberes. Sed tamen ab hujusmodi nuptiis abstinendum esse, rectè placuit *l.* 12. §. 3. *hoc tit.* ob consvetudinem, quæ mihi cum matre fuit.

1 *Nam constat, nec sponsam filii*] Nudis sponsalibus propriè non contrahitur affinitas, sed nuptiis duntaxat. Sponsalia enim nihil aliud sunt, quam mutua futurarum nuptiarum repromissio, *l.* 1. *de sponsal.* quam liberè liceat infringere, *l.* 6. *d. tit. l.* 1. *C. eod.* ac proinde, verbi causa, sponsa filii mei nurus mea non est, nec patris sponsa propriè noverca, *l.* 12. *hoc tit.* Quid est igitur, quod jurisconsulti respondent, nomine affinium etiam futuros conjuges comprehendi? *l.* 6. *l.* 8. *de grad. & aff. l.* 3. *l.* 4. *de leg. Pomp. de parr. l.* 13. §. 3. *ad leg. Iul. de adult.* nempe id minus propriè dici constat, & locum habere, cum sponsalia adhuc durant, & spes est fore, ut matrimonium propediem sequatur: solutis autem sponsalibus & spe nuptiarum penitus sublata, nulla amplius intelligitur affinitatis, de qua specie agitur hoc nostro §. & *d. l.* 12. ac solum honestatis causa nuptiæ inter personas enumeratas prohibentur, eoque pertinent *l. semper* 42. *hoc tit. l. semper* 197. *de reg. jur.* Igitur quod non vetat lex, hoc vetat fieri pudor. Argumentatur autem Justinianus à comparatione minorum. Et ita profecto est, ut mihi multo minor sit cum sponsa filii mei necessitudo, quam cum illa quasi privigna: quippe cujus matrem in matrimonio habui, ex qua fortè & liberos, qui illi fratres sunt, suscepi. At sponsam filius meus nunquam attigit, ac fortassis ne vidit quidem, ut hic sola honestas causam prohibitioni præbeat, illic etiam corporum commixtio, quæ præcipuè in hoc negotio respicitur, & à Mose detectionis nomine honestè significatur.

2 De eo ambigitur, an etiam ex illegitima conjunctione contrahatur affinitas. Sed dicendum est contrahi. Nam si ex quovis coitu, quantumvis illegitimo, nascatur cognatio, cur non etiam affinitas intelligatur? Sic certè a cognatione, quæ ex contubernio servorum descendit, affinitatem servilem Paulus arguit *l.* 14. §. 3. *hoc tit.* Neque ob aliam causam, quam ob affinitatem, prohibetur filius patris sui concubinam uxorem ducere, *l.* 4. *C. eod.* aut in concubinatu habere, *l.* 1. §. 3. *de concubin.* Quod autem Modestinus respondit, *l.* 4. §. *sciendum* 8. *de grad. & aff.* affinitatem non nisi ex justis nuptiis oriri, de plena & perfecta affinitate intelligendum esse vel ex eo liquet, quod eodem loco scribit, nec cognationem extra nuptias conjungi, contra quam ipse definit §. 2. *ejusd. l.* 4.

TEXTUS.

De servili cognatione.

10. ***Illud certum est, serviles quoque cognationes impedimento nuptiis esse, si fortè pater & filia, aut frater & soror manumissi fuerint.***

NOTÆ.

10. *Serviles cognationes*] *Ex l.* 14. §. 1. *D. hoc tit.* idemque observatur & in servilibus affinitatibus, *d. l.* 14. §. 3. alias non facilè ulla servilis videtur esse cognatio, *l.* 1. §. 2. *D. unde cogn.*

Manumissi] Nam servorum inter se nullum matrimonium est. Utique tamen nec servile contubernium inter has personas permissum.

COMMENTARIUS.

SI ex quavis etiam illegitima consvetudine nascitur cognatio, quæ nuptiis impedimento sit, *l. nuptiis* 55. & *seq. hoc tit.* consequens est, etiam ex servorum conjunctione cognationem hujusmodi nasci, *l.* 14. §. 2. *eod.* Semper enim in contrahendis matrimoniis naturale jus & pudor inspicitur. Natura autem omnes homines æquales sunt: adeoque quod in cognationibus servilibus constitutum est, etiam in servilibus affinitatibus observatur, *d. l.* 14. §. 3.

Manumissi fuerint] Hoc non ita accipiendum est, quasi ante manumissionem patri filiam aut fratri sororem in contubernio habere liceat? sed ideo additum, quia de nuptiis hic quæritur, quas constat inter personas serviles non consistere. Planè quia servi ob conditionis vilitatem digni non habebantur, quos lex observaret, ideo nec leges, quibus pœna incestus aut adulterii constituta est, ad servos pertinere existimantur; ut proinde nec eadem severitate ob incestum aut violatum contubernium coërcen-

coërcendi sint, quò cives Romani & legum nexu juncti, *l. 6. ad leg. Iul. de adult. l. servi 23. l. quæ adulterium 29. C. eod.* Atque hoc est, quod Paulus scribit *l. 10. §. 5. de grad.* serviles cognationes ad leges non pertinere. Jure pontificio etiam inter servos matrimonium est, *X. de conjug.*

TEXTUS.

De reliquis prohibitionibus.

11. *Sunt & aliæ personæ, quæ propter diversas rationes nuptias contrahere prohibentur, quas in libris Digestorum seu Pandectarum ex jure vetere collectarum enumerari permisimus.*

COMMENTARIUS.

SVnt *& aliæ personæ*] Quales sunt tutor vel curator, liberive eorum, qui cum pupilla vel adulta nuptias contrahere vetantur, ne videlicet eo pacto rationum redditio intervertatur, *l. tutor. 36. & seq. l. senatusconsulto 59. & seq. hoc tit. l. 1. & passim. C. de interd. matr. int. pup. & tut.* Item præses, vel qui officium in provincia administrat, provincialem uxorem ducere prohibetur, *l. si quis 38. l. qui in provincia 57. hoc tit. l. un. C. si quac. præd. pot.* Lege quoque Julia vetatur senator ducere libertinam, aut quæ ipsa, cujusve pater artem ludicram fecerit; *l. lege Iulia 44. hoc tit.* Quæ cum hodie non obtineant, non est operæ pretium plenius persequi. vid. *Rittersh. lib. 1. diff. 20. n. 22. Zypæ. not. jur. Belg. de sponsal. pr. Grœnevv. de ll. abrog. ad tit. Cod. si quac. præc. pot.*

TEXTUS.

De pœnis injustarum nuptiarum.

12. *Si adversus ea, quæ diximus, aliqui coïerint, nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur. Itaque ii, qui ex eo coitu nascuntur, in potestate patris non sunt: sed tales sunt (quantum ad patriam potestatem pertinet) quales sunt ii, quos mater vulgo concepit. Nam nec hi patrem habere intelliguntur: quum & iis pater incertus sit, unde solent* spurii *appellari* παρὰ τ σποράν, *&* ἀπάτορες, *quasi sine patre filii. Sequitur ergò, ut dissoluto tali coitu, nec dotis, nec donationis exactioni locus sit. Qui autem prohibitas nuptias contrahunt, & alias pœnas patiuntur, quæ sacris constitutionibus continentur.*

NOTÆ.

12. *Nec vir nec uxor*] Sunt enim hæc ἔννομα ὀνόματα, justi conjugii nomina. Pœna igitur communis omnium injustarum conjunctionum est, quod ipso jure tales nuptiæ nullæ sint: sicut nec cætera consistunt, quæ contra leges fiunt, *l. 5. C. de legib.*

Nec dos] Matrimonium quidem sine dote esse potest, at dos esse non potest sine matrimonio, *l. 3. D. de jur. dot.*

Quantum ad patriam potestatem] Comparatio natorum ex illegitimo matrimonio cum vulgo conceptis, quantum attinet ad patriam potestatem: In hoc spuriorum & injustorum liberorum par est conditio, quod sicut spuriis pater incertus est, ita qui nascuntur ex injusto coitu, patrem non habere credantur: quoniam licet patrem demonstrare possint, eum tamen habent, quem habere non licet, *l. 23. D. de stat. hom.*

Cum & iis] Cujac. legit, *tum & is pater incertus est.*

Quasi sine patre] Non quod sine patre sint; ἀνδρὸς ἢ πατρὸς τέκνον οὐκ εἴη ποτ' ἄν, ait Euripid. sed quoniam vulgivaga Venere natis pater incertus est. *Spurius* apud Romanos est primum nomen, sicut *Sextus, Decius &c.* iisdemque notis & prænomen *Spurius*, & vulgo quæsitos designabant, nisi quod illud ita notabant SP. hos S. P. interposito puncto. Hinc ex joco natum, ut vulgo concepti *Spurii* dicerentur Plutarch, *quæst. Rom. cap. 11.*

COMMENTARIUS.

1. *Refellitur error eorum, qui putant, nuptias filiorumfam. sine parentum consensu contractas accedente copula confirmari.*
2. *Extra nuptias quæsitos omnes quoad patriam potestatem pro vulgo conceptis & spuriis haberi.*
3. *Dotis aut donationis nomine ob injustas nuptias data, caduca fieri.*
4. *Prohibitarum nuptiarum pro varietate negotii & circumstantiarum varias esse pœnas.*

ILlegitimæ conjunctionis duplex pœna: nam & ipso jure tales nuptiæ nullæ sunt, & præterea qui ita coëunt, pro qualitate delicti castigantur. Primum dicimus, hujusmodi nuptias ipso jure non subsistere, sicut nec cætera subsistunt, quæ contra leges fiunt, *l. non dubium C. de legib.* unde sequitur, quod hic ait Justinianus, nec virum nec uxorem, nec matrimonium, nec dotem, in tali conjunctione intelligi; quippe quorum nominum usus in justis nuptiis duntaxat. Dubitari autem non debet, quin primis hujus §. verbis. *Si adversus ea, &c.* contineantur etiam nuptiæ filiifam. sine patris consensu contractæ, ut & ipsæ neutiquam jure consistant, *l. 2. hoc tit. fac. l. dotis 68. de jur. dot. l. 13. §.*

si quis

si quis 6. ad leg. Iul. de adult. & liberi ex tali coïtu susceptis injusti sint: quam in rem expressus textus
1 est in *l.* 11. *de stat. hom.* Atque hic locus vel unus sufficit ad refellendum eorum errorem, qui contendunt nuptias sine patris consensu contractas, utut ab initio irritæ sint & nullius momenti, accedente tamen corporum conjunctione confirmari. Ait Paulus *d. l.* 11. liberos ex tali consortio natos injustos esse. An igitur existimant, etiam sine conjunctione corporum liberos nasci; Quid porro tam absurdum est, quam dicere concubitum, rem sine matrimonio illicitam, confirmare actum ipso jure nullum, hoc est, efficere, ut ratum & justum sit matrimonium quod contra leges contractum est? Atque hoc tantum non fatetur Franc. de Amaya, Hispanorum Consultorum disertissimus, *lib.* 1. *obs. jur. c.* 4. *n.* 10. *&* 11. quamquam *n.* 12. *& seq.* perperam Paulum interpretatur, quasi hoc jurisconsultus sentiret liberos conceptos ex matrimonio, quod quis sine patris consensu contraxit, natosque post mortem avi, justos quidem non censeri ex tempore conceptionis, sed tamen tales esse à tempore nativitatis: quæ interpretatio tam à ratione juris, quam à mente & verbis Jurisconsulti planè aliena est: nec juvatur, sed refellitur illa ipsa *l.* 6. *C. hoc tit.* quam ad confirmationem interpretationis suæ vir doctissimus affert. Occasionem errori dedit responsum Ulpiani *l.* 1. *§. ult. de lib. exhib.* quo tamen loco manifestè loquitur Jurisconsultus de nuptiis ab initio voluntate patris contractis, qui postea genero offensus pro potestate sua filiam vult abducere, & nuptias ritè contractas dissoluere. Neque enim nuptias illas, si contra leges initæ fuissent, Ulpianus appellaret concordans & liberis subnixum matrimonium. Sic etiam, quod apud Paulum 2. *sent.* 19. §. 1. legimus, eorum, qui in potestate patris sunt, sine voluntate ejus matrimonia jure non contrahi, sed contracta non solui; non ita accipiendum est, quasi ratum sit matrimonium, quod sine voluntate patris contractum est; hoc enim disertè idem paulus negat *d. l.* 11. *de stat. hom. & d. l.* 2. *hoc tit.* sed si volente patre contractum sit, non ideo postea dissolvendum. quod pater in ea voluntate non perseveret, *l. cum hic status* 32. *§. si socer.* 19. *de don. int. vir. & ux. l.* 5. *C. de repud. D. Duar. ad tit. sol. matr. c.* 2. *de nupt.* Et tamen etiam hoc casu pater justa causa interveniente filiam, licet renitentem & renitente genero, domum abducere potest, *d. l.* 5. *C. de repud.* Priscis temporibus etiam laxior hic patris potestas fuit. In Sticho Plauti Antipho filias suas Panegyrin & Pinacium ob hoc solum vult abducere, quod mariti paulo diutius abessent domo: ad quem Panegyris;

Aut olim, nisi tibi placebant, non datas oportuit:
Aut nunc non æquum est abduci, pater, illisce absentibus.

Apud Nonium sic Afranius.

O indignum facinus adolescentis, optimas,
Bene convenientes, concordes cum viris,
Repente viduas faciat spurcitia patris.

In eandem rem Cujac. *ad Nov.* 22. adducit Ennii locum, ubi ita queritur filia;

Injuria abs te afficior indigna, pater:
Nam si improbum esse Chresiphontem existimaveras,
Cur me huic locabas nuptiis? Sin est probus,
Cur talem invitum invitam cogis linquere?

Quamvis autem eo jure, quo nos hodie utimur, divortia liberorum, quorum matrimonio initio consensit pater, non sint in potestate & arbitrio patris non magis, quam in potestate matris olim fuerunt, *l.* 4. *C. de repud.* ea tamen parte constitutionem juris civilis adhuc sequendam esse contendimus, qua matrimonia invitis aut insciis parentibus contracta injusta & irrita esse, liberosque inde natos illegitimos pronuntiat: quoniam ab hac parte & legis divinæ stat auctoritas. *Exod.* 22. 17. Et qui aliter sentiunt, ansam præbent illudendi parentibus, frænosque laxant indomitæ libidini. Miramur adeo patres Tridentinos, quod, cum profiteantur sanctam Dei Ecclesiam clandestina matrimonia ex justissimis causis semper detestatam esse & prohibuisse, tamen anathemate feriant, qui ea vera esse & rata negant, *sess.* 14. *vid. Tim. Fab. in disp. anniversf. ad hunc §. D. Ioan. à Sande lib.* 2. *rer. jud. tit.* 1. *cap.* 3. ubi utriusque sententiæ præcipuos auctores citat tum Theologos, tum Jurisconsultos, *D. Ioan. Christen. de spons. diss.* 1. *quæst.* 20.

Quantum ad patriam potestatem] Comparatio eorum, qui ex injusto matrimonio nati sunt, cum iis, quos mater vulgo concepit, quoad patriam potestatem, cujus solius rei gratia hic de nuptiis quæritur, & neutri quoad hunc effectum patrem habere intelliguntur: quoniam nemo, respectu eorum, quæ sunt juris civilis, filius intelligitur, nisi qui ex viro & uxore natus est, *l.* 6. *de his qui sui vel al. jur.*

Quum & iis pater incertus sit] Hæc verba non obscurè innuunt, non tantum vulgo quæsitos incertum habere patrem, sed etiam eos, qui sunt ex injustis nuptiis procreati. Et vulgo quidem conceptos patrem demonstrare non posse, certum est. Unde Diogenes conspicatus meritricis filium lapidem in turbam hominum conjicientem, *Cave* inquit, *ne patrem ferias.* At nati ex ea, quæ cum uno tantum, licet illicitè rem habuit, non videntur dici posse habere incertum patrem, quod & verum est. Sed tamen, quantum ad patriam potestatem attinet (quod ideo etiam nominatim expressit Justinianus hic) non modo volgivaga Venere coecepti patrem habere non intelliguntur; verum etiam omnes, qui extra nuptias quæsiti sunt, licet patrem demon- 2

monstrare possunt, ex incerto tamen patre nati dicuntur, & pro vulgo quæsitis spuriisque habentur, *l. vulgò de stat. hom. l. 3. C. sol. matr.*

Παρὰ τὴν σποράν] Apud Theophilum est, quasi σποράδην, id est, *sparsim, vulgo, promiscuè* concepti, quod magis probo cum Wesemb. & Hotom. Aliam hujus nominis rationem affert Plutrach. *in problem.* Scribit enim, hanc appellationem inde natam esse, quod Romani iisdem notis & prænomen *Spurius*, & vulgo quæsitos designabant, nisi quod illud ita notabant S.P. hos S.P. interposito puncto, tanquam *sine patre.* Atque hinc est quod Hotom. & Wesemb. pro eo, quod vulgo legitur, ἀπάτορες, *quasi sine pater filii*, substituerunt, *quasi* S.P. i.e. *sine patre filii*, quomodo & Theophilus legisse videtur.

Nec dotis, nec donationis] Quod dotis aut donatio-
3 nis propter nuptias ob injustum conjugium datũ est, caducum fit, id est, fisco vindicatur, *l. 4 auth. incestas, C. de inc. nupt. l. necesse 52. l. dote 61. hoc tit. l. cum hic status 32. §. ult. de don. int. vir. & ux.* præterquam si qui aut errore accerrimo, non affectato, neque ex levi causa decepti sunt, aut ætatis lubrico lapsi, *d. l. 4. C. de inc. nupt.* In fœminis etiam error juris excusatur, sed positivi duntaxat; eoque referimus, *l. 1. C. de cond. ob caus. dat. l. 7. C. de don. int. vir. & ux. l. 2. §. 2. de his quib. ut indig. add. Sich. in d. l. 4. Christin. vol. 1. decis. 337. & vol. 3. decis. 129. n. 6.*

4 *Et alias pœnas*] In magna delicti varietate variæ quoque pœnæ constitui debuerunt. Plurimum enim refert, an quis prohibitas jure gentium nuptias contraxerit, an jure civili duntaxat: sciverit, an ignoraverit; in facto erraverit, an in jure: mas sit, an fœmina; major an minor, *vid. l. ult. hoc tit. l. 4. l. 6. cum auth. seq. C. de inc. nupt. Nov. 12. l. un. C. si quac. præd. pos.* quæ multam irrogat pecuniariam, infamiam *l. pen. C. de interd. matr.* cum infamia pœnam stupri *l. 18. C. de adult. l. si adulterium 38. pr. §. 1. & seqq. eod. & ibi Bart. & DD. add. Glos. & DD. ad hunc loc. Covar. de matr. p. 2. c. 6. §. 8. Christin. vol. 3. dec. 129. Damhoud. prax. crim. c. 94.*

TEXTUS.

De legitimatione.

13. *Aliquando autem evenit, ut liberi, qui statim, ut nati sunt, in potestate parentum non sunt, postea redigantur in potestatem patris: qualis est is, qui dum naturalis fuerat, postea curiæ datus, potestati patris subjicitur: nec non is, qui à muliere libera procreatus, cujus matrimonium minimè legibus interdictum fuerat, sed ad quam pater consvetudinem habuerat, postea ex nostra constitutione dotalibus instrumentis compositis, in potestate patris efficitur. Quod & aliis liberis, qui ex eodem matrimonio fuerint procreati, similiter nostra constitutio præbuit.*

NOTÆ.

13. *Qui dum naturalis*] Natus ex concubina, non ex stupro, scorto, aut conjunctione legibus vetita, *l. 44. C. de episc. & cler. Nov. 74. c. 6.* Balsam ad *synod. Laudic.* in quo erat Theophil. Nam concubina legibus cognita, non meretrix.

Postea curiæ datus] In curiam cooptatus, curialis factus, *l. 9. C. de nat. lib.* Modus hic legitimandi manat ex constitutione Theodosii, *l. 3. C. eod.* & Leonis, *l. 4. eod.* deque eo latius agit Justinian. *Nov. 89. c. 2. & seq.* Causam præbuere onera curialium. Theophylact, *in Marc. cap. 15.* Saxon. 1. c. 8.

A Muliere libera] Id est, ingenua *l. 10. C. d. tit.* idem tamen est, si est libertina vel ancilla, *Nov. 18. c. ult. Nov. 89. c. 8.* Cujac.

Dotalibus instrumentis] Id est. *nuptialibus*, ut in *d. l. 10.* & alibi sæpè. Tabulas autem necessarias esse, arguunt quotquot sunt loci, in quibus de hac specie legitimationis agitur. In constitutionibus Græcis appellatur διὰ προικώων ποιήσεως.

Quod & aliis liberis, qui postea] Cujac legit, *Quod si alii liberi ex eodem matrimonio fuerint procreati &c.* ut sit sensus, liberos antea susceptos à Justiniano æquari postea natis, ut posteriores in hæreditate patris potiores non sint, sed una eademque lance trutinentur, ut est in *d. l. 10.* Malim tamen legere cum Hotom. *Quod & si alii liberi nulli ex eodem matrimonio fuerint procreati, &c. §. 2. inf. de her. quæ ab intest.* de quo dubitatum fuit propter *d. l. 10.* ut constat ex *l. 11. C. eod.* ubi hæc quæstio deciditur. Utut est, beneficio Principali non indigent, qui ex justis nuptiis procreati sunt. Introduxit postea Justinianus & tertium legitimationis genus per rescriptum Principis, *Nov. 74. c. 2. Nov. 89. c. 9. & 10.*

COMMENTARIUS.

1. *Objectum legitimationis esse liberos naturales, nec tamen omnes, qui ita appellantur aut appellari possunt.*
2. *Speciem legitimationis per oblationem curiæ ab usu recessisse.*
3. *An nepos ex filio naturali per supsequens matrimonium avi, defuncto patre, avo fiat legitimus.*
4. *Legitimationem jure civili non procedere, nisi intervenientibus instrumentis nuptialibus, secus jure Can. quod mores hodierni sequuntur.*
5. *Matrimonium in articulo mortis contractum apud nos justum non haberi sine dispensatione.*
6. *De legitimatione per rescriptum Principis.*

TRansit hic Imp. ad alterum modum constituendæ patriæ potestatis: quæ legitimatio dicitur, eo quod liberi extra nuptias suscepti hoc modo efficiuntur legitimi. & patris potestati subjiciuntur. Species legitimationis tres sunt: nam aut per curiæ oblationem fit, aut per subsequens matrimonium, aut denique per rescriptum Principis, quarum duæ priores hic tantum proponuntur: tertius enim modus est ex legibus novellis. Sunt qui quartam speciem adjiciunt, *Gudelin. lib.* 1. *de jur. noviss. c.*16. *Perez ad tit. C. de nat. lib. n.*16. nominationem filii in testamento aliove instrumento habente subscriptionem trium testium à patre factam *Nov.*117. *c.*2. unde *auth. si quis C. de nat. lib.* sed ea probatio potius est matrimonii & præsumtio pro liberis, non quod facti, sed quod nati sint legitimi, quam proprius modus legitimandi.

1 *Qui dum naturalis*] Objectum legitimationis sunt liberi naturales: non omnes tamen, qui ita appellantur, aut appellari possunt. Nam primum huc non pertinent liberi ex justo matrimonio nati, qui & ipsi nobis naturales sunt, & ita appellari solent, quando adoptivis opponuntur, *pr. & §. sed si* 7. *tit. seq. §.*2. *inf. de hær. quæ ab int. l. si. pater* 29. *l. non potest* 31. *de adopt.* Plerumque autem naturales liberi dicuntur, qui non sunt nati ex legitimo matrimonio, *tot. tit. C. de nat. lib.* Cæterum nonnulla hic inter patrem & matrem differentia est. Matri omnes sunt naturales, etiam ex illicitis & incestis nuptiis procreati, etiam vulgo quæsiti, qui & matri succedunt ex SCto. Orficiano, *§. pen. inf. de sen. Orf.* Patri illi duntaxat, qui ex concubina suscepti, arg. *hujus §. DD. in l. pen. de concub. post Gloss. ibid.* Quod autem iidem DD. requirunt, ut mulier specie uxoris habeatur in domo, negantque in hoc argumento patri naturales esse, qui foris suscepti sunt, aut etiam domi ex famula; usus non observat; adeoque apud nos meliore conditione non est concubina, quam quævis alia quæ corporis sui potestatem alicui facit teste *D. Grotio* 1. *manuduct.* 12. Igitur qui ex stupro, aut alia conjunctione, quam leges improbant, nascuntur, patri hic naturales non sunt, sed similes illis, quos mater vulgo concepit, quos constat non esse objectum legitimationis, cum nec patrem demonstrare possint, *§. præc.* Quamvis inspecta rei veritate omnes, qui ex nobis nati sunt, licet vulgo quæsiti, nobis sint liberi naturales; atque in iis, in quibus jus naturale inspicitur, ut in contrahendis nuptiis, pro talibus habeantur, *l.*4. *§.*2. *hoc tit.* De natis ex contubernio servili nihil attinet dicere, cum eorum nulla mentio fiat in hac materia. Melior tamen eorum conditio fuisse videtur, quam natorum ex concubina: quia etiam jus succedendi iis datum est una cum liberis legitimis *inf. de seru. cogn. in fin. pr.* Jure can. ut supra dictum est, etiam inter servos matrimonium est. Nobis ut servitus incognita, ita & servile consortium. Objectum igitur legitimationis sunt liberi ex concubina nati: quod & legibus concubinatus permittitur, & ex eo nati certum patrem habent.

Postea curiæ datus] Primus legitimandi modus est oblatio curiæ. Curia in municipiis & coloniis idem erat, quod Romæ senatus, & decuriones, qui senatores; inde dicti, quod ex iis, qui in coloniam deducebantur, decima pars consilio publico sive curiæ adscribebatur, auctore Pompon. *l. pupillus* 239. *§. decuriones de verb. sign.* In impp. constitutionibus vulgo *curiales* appellantur. Causam hujus legitimationis impulsivam fuisse Hotom. scribit, inopiam decurionum, eaque onera, quæ huic ordini, alioquin honorifico, satis gravia incumbebant, quibusque mancipabantur; itaut nec ipsi nec eorum liberi inde eximi potuerint, nisi certis modis, *l.*3. *l.*4. *l.*9. *C. de natur. lib.* Naturalis quoque filia, si curiali uxor à patre data esset, jus filiæfam. adipiscebatur *d. l.*3. De hoc legitimandi modo latius agit Justinian. *Nov.*89. *c.*2. *& seqq.* 2
nobis incognitus est; atque ab usu eum recessisse testantur *Mich. Graff. §. successio. quæst.* 19. *n.*19. *Gudelin.* 1. *de jure nov.* 16. *in fin. Kinschot de rescr. gr. tr.* 6. *c. n.*1. *Christin. vol.*3. *decis.*145. *n.* 18.

Nec non is, qui ex muliere libera] Secundus legitimationis modus est, cum pater concubinam, ex qua liberos naturales habet, uxorem ducit. Nuptiarum quidem per se hæc vis est, ut liberi ex iis nati legitimi sint & in potestate patris: sed ut ante nati nuptiis subsecutis legitimi fiant, extrinsecus nuptiis accedit & à beneficio legis est, cujus solius potestate legitimi censentur, vid. de hoc originis paternæ confirmandæ modo *l.*10. *C. de natur. lib. Nov.*89. *c.*8.

Cujus matrimonium minimè interdictum] Hoc ex eo necessario efficitur, quod concubina uxor ducenda est. Satis est autem ut uxor esse possit, licet ad tempus impediatur, veluti si præses provincialem in concubinatu habuerit, & finita administratione provinciæ eam uxorem ducat, *l. ult. de concub.* Nepotem etiam per subsequens avi matrimonium, defuncto jam patre legitimum avo fieri censent *Covar de matr. p.*2. *c.*8. *§.*2. *n.*22. *& seqq. Chassan. ad consvet. Burgund tit. de success. rubr.*8. *§.* 5. *n.*42. *& seq. Fachin.* 3. *contr.*56. *D. Tulden. comm. hic c.*4. *& ad tit. C. de natur. lib. num.*4. *& novissime D. I. Christen. diss.*3. *de matr. q.* 25. Quod ego non video, quomodo procedere possit. Nam aut nepos & ipse naturalis est, & legitimus effici non potest, ne patre quidem vivente, nisi pater ipse suam concubinam uxorem duxerit: inauditum autem est filium natu-

naturalem succedere in locum patris sui, & perinde legitimum fieri, avo concubinam, unde pater natus est, uxorem ducente, ut ipse filius fieret, si viveret. Aut natus est nepos ex justa filii uxore, & legitima planè persona est, incognitaque jure nostro legitimatio ejus qui jam legitimus est, ad solum effectum succedendi. Sed & filio defuncto sublatum est medium, per quod matrimonii ab avo contracti effectus ad nepotem pertingat: falsum enim est, quod præsupponunt legitimationis hujus hanc esse vim, ut retrotrahatur tempus nuptiarum ad tempus nativitatis. Nam si hoc verum esset, necessario sequeretur, filium ex concubina natum in jure primogenituræ præferri filio postea suscepto ex legitima uxore, mortua ante nuptias cum concubina contractas, de quo *Tiraquel. de jur. primogen. quæst.* 34. 10. *Christen. diss.* 3. *de matr. quæst.* 23. item liberos etiam non consentientes legitimos fieri, contra *Nov.* 89. *c.* 11. Nihil in contrarium facit, quod quis nepotem adoptare possit, etiamsi filium non habeat, *§. licet tit. seq.* Nam à diversis nulla illatio est: & omnino matrimonium cum concubina non potest legitimare liberos, nisi ex ea ipsa concubina natos, quæ & communior sententia est, *vid. Gail.* 2. *obs.* 141. *n.* 9. *Val. Forster. tr. de succ. ab int. lib.* 1. *quæst. quib. cas. hi eff. cess. Bachov. in Treutl. vol.* 1. *disp.* 2. *thes.* 7.

Dotalibus instrumentis] Dotalia instrumenta hic accipere debemus instrumenta quævis nuptialia, etiamsi de dote danda nihil in iis cautum sit: alioqui sequeretur, natos ex paupere concubina, qui dotem dare non possit, hoc modo legitimari non posse, quod per quam durum est. Et Justinianus *l.* 10. *C. de natur. lib.* promiscuè hisce vocibus utitur: & alibi sæpe hæc instrumenta nuptialia γαμικὰ συμβόλαια vocat duntaxat, *§.* 1 *inf. de hær. quæ ab int. Nov.* 74. *pr.*

4 Quod autem in omnibus iis locis, in quibus de hac legitimatione agitur, horum instrumentorum perpetuo meminit, satis firmum argumentum est, iis non intervenientibus liberos ante natos non fieri legitimos. Verum quidem est, matrimonium solo consensu perfici: sed hic non tam quæritur de matrimonio contrahendo, ejusve contractûs propria vi & potestate, quam de effectu speciali legitimationis, quem matrimonium non ex se, sed legis auctoritate habet, quæ solemnitatem instrumentorum ad id desiderat: haud dubiè, ut liquido & perpetuo constare possit, non tantum, an ea, quæ concubina fuit, maritali postea affectu & pro uxore habita sit: verum etiam an liberi, & quinam legitimati sint, quod instrumento omnino inserendum, cum non alii, quam qui volunt, legitimentur. *Nov.* 89. *c.* 11. Male igitur argumentatur *Ant. Matth. Coll. Inst.* 2. *disp.* 1. *thes.* 25. Jure autem can. instrumenta nuptialia intervenire necesse non est *c. tanta, X. qui fil. sint legit.* sicuti nec moribus nostris, *D. Tulden. comm. hic c.* 11. *Perez ad tit. C. de natur. lib. n.* 9. *Christin. vol.* 1. *decis.* 310. *n.* 11. *& seqq.* quod tamen cum dicimus, non excludimus publicas futurarum nuptiarum denuntiationes, quæ in ecclesiis ex scripto recitandæ, *art.* 1. *ord. pol.* Matrimonium etiam 5
in articulo mortis cum concubina contractum liberos ex ea susceptos retro legitimos facit *Gail.* 2. *obs.* 141. *n.* 8. *D. Tulden. ad tit. C. de natur. lib.* quod tamen apud nos non procedit sine dispensatione, propter *d. art.* 3. *ordin. pol.*

Quod & aliis liberis. qui postea] Vitiosa proculdubio hæc lectio est. Quis enim dubiter, eos liberos, qui ex justis nuptiis procreati sunt, legitimos esse? Quamobrem cum Hotom. lego; *Quod etsi nulli alii liberi ex eodem matrimonio nati fuerint*, &c. de quo dubitari poterat propter constitutionem Justiniani *l.* 10. *C. de nat. lib.* & dubitatum fuisse constat ex *l.* 11. *C. eod.* ubi hæc controversia deciditur *add. §.* 2. *inf. de hær. quæ ab intest.*

Tertium genus legitimationis postea accessit, nempe quæ fit per rescriptum Principis. Per rescriptum Principis legitimantur liberi naturales ad supplicationem patris qui legitimam prolem non habet, & concubinam uxorem vel non potest ducere, puta quia mortua sit, aut se subducat, vel non honestè, potest, ob vitæ scilicet turpitudinem, *auth. præterea C. de natur. lib. Nov.* 74. *cap.* 2. *Nov.* 89. *c.* 9. *&* 10. vel ad supplicationem filii, si pater eum hæredem instituit, vel testamento dixit, desiderare se ut natalibus restituatur, *d. c.* 10. Potest sanè Princeps ex plenitudine potestatis filium naturalem legitimum facere, etiamsi pater legitimos liberos habeat, aut matrimonium cum matre iniri possit. Cæterum non intelligitur Princeps id velle facere, nisi rescripto id nominatim comprehensum fuerit, *Mynf.* 1. *obs.* 31. *Gail.* 2. *obs.* 142. *n.* 8. *Perez. ubi sup. n.* 12. Planè non rescinditur legitimatio semel concessa, quamvis postea ex justo matrimonio soboles patri agnascatur, *D. Tulden. ubi sup. num.* 5. Hæc legitimatio tantum in bonis legitimantis tribuit legitimato, quantum liberis legitimis jus naturæ, *decis. supr. Cur. Holl.* 10. Cognatos autem non tangere, exceptis iis, qui in eam consentiunt; neque ad feuda pertinere, nisi id quoque nominatim cautum sit, notat *D. Grot.* 1. *manud.* 12. *add. Mynf.* 5. *obs.* 42. *D. Kinschot. d. tr.* 6. *c.* 5. *n.* 2. Paulo plenius de hac specie legitimationis deque clausulis, quæ rescriptis inseri nunc solent, tractat *D. Gudelin. de jur. noviss. lib.* 1. *cap.* 15. *add. D. Christ. vol.* 1. *decis.* 199. *num.* 18. *& vol.* 3. *decis.* 145. *D. And. Gail. d. observ.* 142.

Titulus XI.
De Adoptionibus.
D. Lib. 1. Tit. 7. C. Lib. 8. Tit. 48.

1. *Continuatio, summa tituli, tum quid sit adoptio, & quam antiqua ejus origo.*
2. *Hodie adoptionem ab usu recessisse: sed in Germania aliisque nonnullis provinciis receptam unionem prolium, adoptionis quoddam simulacrum.*

1 EXpositi sunt in superiori titulo duo priores modi constituendi patriæ potestatis, nuptiæ & legitimatio: sequitur nunc tertius, adoptio. Adoptio est actus legitimus quo in jus & locum filiorumfam. adsciscimus, qui nobis extranei sunt, in solatium eorum, qui liberos non habent, πρὸς τὴν παραμυθίαν ἀπαίδων, inventus Græcis vocabulo significantiore dicitur υἱοθεσία. Genus est actus legitimus, sive legis actio, *l. 3. l. 4. hoc tit. l. 1. C. eod.* quæ quid sit, dicemus inferius *§. 1. hujus tit.* Sequentia differentiam continent, qua hic actus à reliquis legis actionibus discernitur, quales sunt emancipatio, manumissio, & si quæ sunt similes. Postrema verba finem indicant, quem etiam Theophilus expressit, & indicat Ulpian. *l. 15. §. 2. hoc tit.* itemque Cicero *orat. pro dom. sua.* Tria autem ferè sunt, quæ hoc tit. tractantur. Primum dividitur adoptio in duas species, quæ suis definitionibus explicantur; tum docetur, qui adoptare adoptarivè possint: postremo, quæ sit vis utriusque adoptionis, ostenditur. Origo adoptionis antiquissima est. Non enim Romani solum, verum etiam Græci in solatium orbitatis filios sibi adsciscere solebant, ut ex Æginetico Isocratis, & Plutarcho *in Theseo* liquet. Apud Hebræos quoque & Assyrios atque Ægyptios in usu fuisse adoptionem, testes sunt *Ioseph. 1. antiq. 15. Beros. lib. 5. deflorat. Diod. Siculus 4. Biblioth.* Moses à filia Pharaonis adoptatus traditur *Exod. c. 2.* Nec Franci olim nec Longobardi usum adoptionis ignorarunt, ut ex Paulo Diacono & Trithemio observavit Greg. Tholosanus *lib. 10. syntagm. c. 6.* Cæterum hodie jure veteri
2 adoptionis non utimur: nam adsciti à nobis non pro liberis, sed pro alumnis sunt, hoc est, eo loco, quo sunt liberi alieni, quos ut nostros enutrimus: quos quidem nihil prohibet etiam hæredes instituere, ut quemlibet extraneum; liberorum autem jure non censentur, nec agnationis. Apparet hoc ex effectis: nam & nuptiæ inter has personas consistunt, sicut cum alumna jure civili, *l. si quis 26. C. de nupt.* quo tamen jure neque filia patri adoptivo, neque soror adoptiva fratri, qui in ejusdem patris potestate sit, nubere potest, *§. 1. & 2. tit. præc.* & necesse non est eas hæredes instituere aut exhæredare, ut jure Rom. liberos adoptivos, *§. adoptivi inf. de exhær. lib.* nec ad successionem ab intestato vocantur, vel ut liberi, vel ut agnati aut cognati. De moribus harum regionum testantur *Grot. 1. manud. 6. Gudelin. 1. de jur. Nov. 15. Christin. vol. decis. 185.* de consvetudine Galliæ *Mansver. de probat. num. 34. Tiraq. tract. de retract. gl. 8. §. 1.* ubi tradit nec jus gentilitii retractus adoptatis competere, & *Greg. Tholos. ubi sup.* Fallitur ergo D. Eguin. Baro, dum ea, quæ de adoptionibus Jure Rom. constituta sunt, adhuc valere debere ideo contendit quod nihil de iis comprehensum sit legibus Gallorum propriis, constetque inter pragmaticos, quod jure proprio definitum non est, jure communi, hoc est, Romanorum dirimi; quo etiam constitutiones Principum nos identidem remittant. Etenim non minus de eo inter omnes pragmaticos convenit: si quando Principes jubent jus Rom. sequi, ubi propriæ leges deficiunt, id ita accipiendum esse, ut locum duntaxat habeat, si Jus Rom. generali & manifesta desvetudine abrogatum non sit. Nam neque de servis quicquam cautum propriis plerarumque regionum legibus reperimus: an ergo idcirco dicemus servitutem ibi tacitè approbatam censeri? Quod ideo monere visum est, ne quis in hujusmodi controversiis hoc argumento sibi imponi patiatur. In Germania passim, & nonnullis aliis provinciis consvetudine recepta est imago quædam adoptionis, conjunctio sive unio prolium, quas conjuges ex diversis matrimoniis susceperunt. In hoc contractu & magistratus auctoritas intervenire debet, & exacta cognitio adhiberi, præsentibus & consentientibus consanguineis, tutoribus & curatoribus, qui provideant, ne res ad concordiæ vinculum comparata discordiam inter liberos excitet in nimia facultatum inæqualitate, *D. Andr. Gail. 2. obs. 125.*

Textus.
Continuatio.

Non solùm autem naturales liberi, secundùm ea, quæ diximus, in potestate nostra sunt; verùm etiam ii, quos adoptamus.

NOTÆ.

Quos adoptamus] *l. 1. D. hoc tit. Vlp. tit. 8.* Est autem

rem adoptio actus legitimus, *l.77. de reg. jur.* quo in locum filii adsciscimus eum, qui nobis extraneus est, ad eorum, qui liberos non habent, solatium inventus, Theoph. Græcis verbo significantiore dicitur *υἱοθεσία*. Origo ejus antiquissima. Vid. Greg. Tholos. 10. *syntagm. c.6.*

COMMENTARIUS.

Filiosfam. non solum natura, verum etiam adoptiones faciunt, *l.1. hoc tit.* Per naturales liberos hoc loco intelligi oportet eos, qui sunt ex justis nuptiis procreati: ea enim perpetua est naturalium liberorum significatio, cum opponuntur adoptivis, utpote legitimis tantum, & diversæ ejusdem generis speciei, *§. sed si. 7. inf. eod. §. adoptivi, 4. inf. de exhær. lib. §.2. inf. de inf. de inoff. test. l. non potest. 31. hoc tit. l.2. §. liberi 6. ad senat. Tert.* At cum naturales opponuntur legitimis in genere, qui legitimi non sunt, significantur & naturales duntaxat, *§. ult. tit. superioris tot tit. C. de natur. lib.* quod & in voce parentis aut patris naturalis similiter observandum.

TEXTUS.

Divisio adoptionis.

1. ***Adoptio autem duobus modis fit; aut Principali rescripto, aut imperio magistratus. Imperatoris auctoritate adoptare quis potest eos, easve, qui, quæve sui juris sunt, quæ species adoptionis dicitur adrogatio. Imperio magistratus adoptamus eos easve, qui quæve in potestate parentum sunt; sive primum gradum liberorum obtineant, qualis est filius, filia, sive inferiorem, qualis est nepos, neptis, pronepos, proneptis.***

NOTÆ.

Duobus modis] Ex Cajo *l.2. D. hoc tit.*

Principali rescripto] Hoc stante repub. auctore populo fiebat comitiis curiatis. Gell. *lib. 5. c.19.* Gruch. *3. de comit. Rom.3.*

Imperio magistratus] Apud quem est legis actio, *l.4. eod. l.1. C. eod. l.3. D. de off. procons.* Hæc species generis nomen retinet, ut sæpe alias, cum proprium nomen deest. Boët. ad *top. lib. 2. Fit vero id sæpe, ut species iisdem nominibus nuncupentur, quibus & genera.*

COMMENTARIUS.

1. *Adrogationes olim non nisi auctore populo comitiis curiatis fieri solitas: & ideo mutato statu reip. Principis auctoritatem in hoc actu necessariam fuisse.*
2. *Adoptio in specie apud quos, quo ritu olim fieret, & quomodo nunc fiat.*

Duæ sunt species adoptionis, quarum altera adrogatio dicitur, altera quia proprio caret, generis nomine adoptio appellatur, quod in jure nostro frequenter usu venit. Nam cum plura sint negotia, quam vocabula, *l.4. de præscr. verb.* sæpe fit ut verba, quæ vi sua generalem significationem habent, ex instituto loquentis certam speciem indicent, eam nimirum, quæ proprio nomine destituitur, & cui ferè tum species ejusdem generis, quæ proprium nomen habet, opponi aut apponi solet, ut observare licet in vocibus cognationis, servitutis, contractus, actionis & sexcentis aliis. Adrogatio est adoptio eorum qui sunt sui juris, facta auctoritate Principis. Duo igitur sunt hujus adoptionis propria; primum quod eorum tantum est, qui sui sunt juris: alterum, quod fieri debet auctoritate Principis. Cur vero Principis auctoritas in hoc actu necessaria? Nimirum quia 1
antea populi fuit. Nam jure à moribus prodito nemo, qui sui juris erat, in alienam potestatem transire poterat; nisi populus auctor fieret. Comitia præbebantur curiata, arbitri erant pontifices: formula hæc; *Velitis, jubeatis, Quirites, uti L. Valerius L. Titio tam jure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque familias ejus natus esset: utique ei vitæ necisque in eo potestas siet, uti patri endo filio est. Gell.5. cap.19. Gruch.3. de comit. Rom.3.* Porro rogabatur & qui adoptabat, & qui adoptabatur, ille an vellet eum, quem adoptaret, sibi justum filium esse; hic, an id fieri pateretur: unde & adrogationem dictam esse scribit Cajus *l.2. hoc tit.* Et haud dubiè inde est, quod adrogari non potuit, nisi jam vesticeps: nam impubes, quem investem dicebant, auctor in eam rem propter ætatem fieri non poterat; neque tutoribus tanta erat potestas, ut caput liberum fidei suæ commissum alienæ ditioni subjicerent. Et quia cum fœminis nulla comitiorum communio erat, nec mulier adrogari poterat. *Gell. d. loc. Cic. pro dom.* Hæc, inquam, stante adhuc repub. Cujus statu mutato, quod jus populi fuit, Principes usurparunt, ex quorum rescriptis & fœminæ & impuberes etiam adrogari cœperunt, *l. nec ei 17. cum seqq. hoc tit. Ulpian. tit.8. §.4.* Adoptio in specie eorum est, qui sunt in potestate, fitque auctore patre, qui in potestate habet, apud Magistratum, apud quem est legis actio, *l.4. hoc tit. l.1. C. eod. l.3. de off. proconf.* Legis actio est id, quod fit ex præscripto & forma legis cum solemnibus ad rem aliquam peragendam constitutis: quibus solemnibus peragendis si lex magistratum designaret, penes eum dicebatur esse legis actio. Cæterum etiam apud Principem rectè lege agi ostendit *l. ult. C. de his qui à non dom. man.* & quemadmodum hujusmodi actus, cum sint voluntariæ jurisdictionis, quivis alius 2

magistratus apud se expedire potest, *l. 4. hoc tit. l. 2. de offic. prætor.* ita & Princeps tanquam summus magistratus. Quo pertinet, quod de Augusto refert Svetonius; *Cajum & Lucium*, inquit, *adoptavit domi per assem & libram emptos à patre Agrippa.* De hac specie adoptionis ita scribit *Gell. d. loc.* *Adoptantur, cum à parente, in cujus potestate sunt, tertia mancipatione in jure ceduntur, atque ab eo, qui adoptat, apud eum, apud quem legis actio est, vindicantur.* Interveniebant tres mancipationes, sed duæ tantum manumissiones *l. ultim. C. hoc tit.* Nam si filius ter venditus, tertio quoque manumissus fuisset, ut in liberorum emancipatione sui juris tertia manumissione factus esset. Itaque tertio ita vendebatur ac mancipatur adoptatori, ut ei in jure cederetur, isque illum tanquam filium suum assereret, & jure Quiritium, ad instar quodammodo servi, vindicaret: quod jus patrem ex lege Quiritium habuisse testatur *Vlpian. l. 1. §. 2. de rei vind.* Cæterum tres hæ mancipationes & duæ manumissiones in filiorum duntaxat adoptionibus necessariæ erant; filiæ autem & cæteri liberi una tantum mancipatione è potestate patris sui exibant, & potestati patris adoptivi subjiciebantur, *d. l. ult. C. hoc tit.* Quæ omnia procedente tempore, per imaginariam mancipationis solemnitatem expediri cœperunt, *§. 6. tit. seq.* quæ & ipsa postea à Justiniano sublata, constitutumque, ut pater, qui liberos suos in adoptionem dare desiderat, hoc ipsum actis intervenientibus solummodo apud competentem judicem manifestet, præsente eo, qui adoptatur, & non contradicente, nec non eo præsente, qui adoptat, *d. l. ult. & §. antepen. inf. eod.* De mancipationis solemnibus studiosi antiquitatis consulant *Boet. in Top. Cic. Ravard. c. 16. ad l. 12. Tab. Brisson. lib. 1. antiq. cap. 7. de legis actionibus, & lib. 4. antiq. c. 20.*

Textus.

Qui possunt adoptare filiumfamilias, vel non.

2. *Sed hodiè ex nostra constitutione, cum filiusfamilias à patre naturali extraneæ personæ in adoptionem datur, jura patris naturalis minimè dissolvuntur; nec quicquam ad patrem adoptivum transit, nec in potestate ejus est: licet ab intestato jura successionis ei à nobis tributa sint. Si verò pater naturalis non extraneo, sed avo filii sui materno, vel si ipse pater naturalis fuerit emancipatus, etiam avo vel proavo simili modo paterno vel materno filium suum dederit in adoptionem; in hoc casu, quia concurrunt in unam personam & naturalia & adoptionis jura, manet stabile jus patris adoptivi & naturali vinculo copulatum, & legitimo adoptionis modo constitutum, ut & in familia & in potestate hujusmodi patris adoptivi sit.*

Commentarius.

Olim quavis adoptione jus patris naturalis extinguebatur, isque, qui in adoptionem etiam extraneæ personæ dabatur, in patris adoptivi familiam & potestatem transibat. Ex quo jure cum non levia incommoda consequi Justiniano viderentur, propterea quod fieri poterat, ut filius & patris naturalis successionem amitteret propter adoptionem, & patris quoque adoptivi, adoptione per emancipationem soluta, *§. sed ea omnia 14. inf. de hær. quæ ab intest. l. pen. C. hoc tit.* (ego unum tantum casum invenio, nimirum si filius post mortem patris naturalis emancipatus esset, *§. at hi. 10. inf. d. tit.*) His incommodis sic occurri posse credidit; si jura patris naturalis integra servarentur, quando filius extraneæ personæ in adoptionem daretur, quod & effecit constitutione sua, *d. l. pen.* Extraneam autem personam intelligit omnem, quæ extra lineam parentum sit: unde qui à patruo aut avunculo adoptati sunt, perinde haberi debent, ac si à quovis extraneo adoptati forent.

Licet ab intestato jura success.] Hoc ei à Justiniano specialiter tribuitur. Cæterum impunè à patre hujusmodi adoptivo præteriti potest, alio hærede instituto, *d. l. pen. §. sed ne d. §. sed ea omnia inf. de hær. quæ ab int.*

Etiam avo vel proavo simili modo paterno vel materno] Legendum; *Etiam avo paterno, vel proavo simili modo paterno vel materno.* Non tam quia ita legitur in *d. l. pen.* unde hæc transumpta sunt, quam quod hanc lectionem flagitat manifesta ratio juris.

Legitimo adoptionis modo constitutum] In *d. l. pen.* legitur; *legitimo adoptionis nodo constrictum.* Notant hic interpp. duo vincula fortius ligare, quam unum. Sed aliud significare voluit Justinianus, nempe concurrente hujusmodi naturali vinculo cum civili adoptionis, cessare metum superioris incommodi.

Textus.

De adrogatione impuberis.

3. *Quum autem impubes per principale rescriptum adrogatur, causa cognita adrogatio fieri*

fieri permittitur: & exquiritur causa adrogationis, an honesta sit, expediatque pupillo & cum quibusdam conditionibus adrogatio fit; id est, ut caveat adrogator personæ publicæ, si intra pubertatem pupillus decesserit, restituturum se bona illis, qui, si adoptio facta non esset, ad successionem ejus venturi essent. Item non aliter emancipare eum potest adrogator, nisi causa cognita dignus emancipatione fuerit; & tunc sua bona ei reddat. Sed & si decedens pater eum exhæredaverit, vel vivus sine justa causa emancipaverit, jubetur quartam partem ei bonorum suorum relinquere, videlicet præter bona, quæ ad patrem adoptivum transtulit, & quorum commodum ei posteà acquisivit.

NOTÆ.

Causa cognita] Causæ cognitio olim à collegio Pontificum. Cic. *pro dom.* hodie à magistratu exercetur, adhibito consilio propinquorum & tutoris auctoritate, *l.2. C. eod. l.ult. C. de auct. præst.* in arrogatione puberum, etiam curatoris, *l.8. D. hoc tit.* quibus in reb. versetur, docet Ulp. *l.15. §. pen. & ult. l.17. per tot. eod.*

Personæ publicæ] Manuscripti, testib. Cujac. Hot. Pac. *Personæ publicæ, id est, tabulario.* Theophil. ἐν δημοσίῳ προσώπῳ, ἤγουν τῷ ταβουλαρίῳ. Tabulario autem non agnatis: quoniam incertum est, quis tempore mortis pupilli proximior futurus sit, eique ab intestato successurus Schol. Theophili.

Dignus emancipatione] Et hoc casu quartam, de qua mox, perdit, *l.ult. D. si quid in fraud. patron.*

Et tunc sua bona] Abusivè, ut sæpè alibi, *pro bona ejus*, impuberis scil. adrogati. Pac.

Quartam partem] Ex constitutione D. Pii, *l.8. §. 15. D. de inoff. test. l. 1. §.21. D. de collat. d. l. ult. si quid in fraud. patron.* Est autem hæc secundum Gloss. & DD. non omnium bonorum adrogatoris quarta, sed debitæ ab intestato portionis, arg. *l.8. §.8. de inoff. test.* quod & Græcos sensisse argumento est, quod quadrantem in trientem mutaverunt ex novo jure. Fabrot.

Relinquere] Rectè *relinquere*, ut intelligamus non prius eam deberi, quam adrogator decesserit, *d. l.1. §.21. de collat.*

COMMENTARIUS.

1. *In adrogatione impuberum quæ cognoscenda & excutienda.*
2. *Quid cui caveat adrogator, tum ad quos ea res pertineat.*
3. *Utrum quarta, quæ vulgo D. Pii, sit quarta pars totorum bonorum adrogatoris, an portionis ab intestato impuberi debitæ, & si hoc, num etiam illa aucta censeri debeat.*

Impuberes antea adrogari non potuerunt, ut supra indicavimus; nunc autem possunt ex constitutione D. Antonini, auctore Ulpian. *in fragm. tit.8.* sed non aliter, quam causa apud magistratum cognita, *l. si paterfam. 15. §. 2. hoc tit. l.2. C. eod.* Causæ cognitio in multis vertitur. Primum 1
excutiendum, quæ sint facultates pupilli, quæ ejus, qui eum adoptare volet: deinde cujus vitæ sit & quibus moribus adrogator: tertio cujus ætatis, an non melius sit, eum de liberis procreandis cogitare, quam ex aliena familia sibi filium accersere; adhæc num liberos habeat justis nuptiis procreatos, quorum spem sine magna causa diminui non oportet: postremo etiam conjunctio spectatur, nec facilè cuiquam pupillum adrogare permittitur, nisi quem vel naturali cognatione, vel alioqui sanctissima affectione duci appareat, *d. l. 15. §.2. l.17. eod.* Pleraque tamen hæc capita communia videntur fuisse cum puberum adrogationibus, ut illa de ætate, liberis, moribus & facultatibus adrogatoris. Certè olim apud Pontifices hæc etiam in adrogationibus excussa fuisse arguit locus Ciceronis in *orat. pro dom. Quid*, inquit, *est jus adoptionis, Pontifices? Nempe ut is adoptet, qui nec jam procreare liberos possit, & tum posset, sit expertus: tum ne qua calumnia, fraus aut dolus adhibeatur.* Causa autem nunc cognoscitur à magistratu, adhibito consensu propinquorum pupilli, *l.2. C. eod.* & tutorum quoque auctoritate, *l.ult. C. de auct. præst.* In minorum quoque adrogatione post constitutionem Claudii curatoris auctoritas intercedere debet, *l. 8. eod.*

Ut caveat adrogator personæ publicæ] Hoc propriè servatur in adrogatione impuberis. Caveat; nimirum satisdato, id est, fidejussoribus datis, *l. non aliter 18. cum 2. seqq. eod.* Caveat autem non ipsis, 2
ad quos ea res perventura est, sive quod incerti sint, sive quod non omnes sunt ij, qui sibi stipulari possint: sed personæ publicæ, hoc est, tabulario sive scribæ curiarum aut magistratuum municipalium, qui aliis stipulando acquirere potest. Servos olim publicos fuisse, constat *d. l.18. l.2. rem pup. salv. for. l.ult. C. de servo reip. man.* Primi Arcadius & Honorius caverunt, ne servi tabulario præficiantur, *l. 3. C. de tabul. lib. 10. ubi Cujac.* Sed etsi omissa fuerit satisdatio, utilem nihilominus actionem in adrogatorem dari, responsum est, *l. 19. §. 1. hoc tit.*

Ad successionem ejus venturi essent] Pars hæc cautionis in *d. l.* 18. ita concepta est, *ad quos ea res perventura est*, & in *l.* 19. *seq. ad quos ea res pertinet.* quibus verbis significantur non ii tantum, qui ad successionem impuberis venturi sunt, quales sunt hæredes impuberis, sive illi ab intestato veniant, sive secundis tabulis à patre pupillo dati: sed etiam legatarii & servi, quibus secundis tabulis legata aut libertates datæ: in summa omnes, ad quos aliquid perventurum fuisset, si adrogatus mansisset in suo statu, *dd. ll.* Habet autem hæc cautio locum, si adrogatus impubes decesserit *l. hæc autem* 20. *eod.* adveniente vero pubertate evanescit, perindeque habetur, ac si jam pubes adrogatus esset; quo casu cautio non est necessaria, cum quivis pubes sui adhuc juris ipse testamentum facere cognatosque excludere possit, *l.* 5. *qui test. fac.*

Dignus emancipatione] Puta si quid comiserit adversus patrem adoptivum, propter quod merito è domo ejici aut exhæredari posset. At quæ causa est, quod nihilominus tam impio filio bona sua restituuntur? Hotomannus existimat, id constitutum esse ad vitandam omnem improbitatis suspicionem, qua alioqui pater adoptivus facilè onerari posset.

Decedens exhæredaverit] Intelligerem, sine justa causa: nam si justa exhæredationis causa sit, non video cur præter bona sua aliquid recipere debeat, aut plus, quam cum ex justa causa emancipatur. Sed obstare videtur responsum *Vlpian. in l.* 8. §. *si quis* 15. *de inoff. test.* & obiici potest quod cum justam causam haberet adrogator, eum vivus non emancipaverit.

3 *Quartam partem*] Hæc quarta vulgo D. Pii appellatur; eamque interpp. arbitrantur non esse quartam omnium bonorum adrogatoris, sed tantum portionis ab intestato impuberi debitæ, nimirum eam ipsam ejusdemque quantitatis, quæ debetur aliis liberis, *arg. d. l.* 8. §. *quoniam*, 8. *de inoff. test.* Et certè nulla dari ratio potest, quamobrem D. Pius meliorem esse conditionem voluerit adoptivorum, quam naturalium, aut emancipati exhæredative, quā ejus, qui sine nota in familia mansit, & hæredis; quem videlicet pater vel instituit, vel ab intestato hæredem reliquit datis fideicommissis, cui præter quartam partem debitæ ab intestato portionis nihil deberi in confesso est. Plerique tamen recentiorum secus sentiunt, propterea quod textus simpliciter loquuntur de quarta bonorum, *l. ult. si quid in fraud. patron. l.* 2. *C. hoc tit.* Sed responderi potest, etiam quartam portionis ab intestato debitæ ἀναλόγως quartam bonorum dici posse, sicut legitima liberorum, quæ & ipsa quarta pars illius portionis est, quarta bonorum dicitur, *l.* 6. *C. de inoff. test.* vel potius quia ferè unus tantum adrogari solet, & nemo adrogare, nisi qui liberos non habeat, *l.* 15. *in fin. l. nec ei* 17. §. *pen. hoc tit.* De illo non convenit inter interpp. qui quartam hanc faciunt partem portionis ab intestato debitæ, an hæc quarta etiam aucta sit *Nov.* 18. Negat Mynsing. sed argumentis parum solidis. Ait, quartam eorum duntaxat *d. Nov.* auctam dici, quibus antea querela inofficiosi testamenti competebat: adrogato autem non competiisse, *d. l.* 8. §. *si quis* 15. In quo fallitur. Nam certè ante D. Pii constitutionem non minus adrogato impuberi, quam cæteris querela competiit. Divus autem Pius non minuit jus adrogati, sed auxit, ut ei querela jam non sit necessaria, sed proprio & meliori jure quartam sibi debitam obtinere possit, *d. l.* 8. §. *si quis* 15. Hoc & Græcos sensisse, argumento est, quod illi Τὸ πέταρτον μέρος, quod Theophilus, ut paraphrastes, hic retinuit, ex novo jure mutaverunt in Τὸ τρίτον. *Mich. Psel. Synops.* Quod adjicit Mynsing. in correctoriis nullam extensionem admittendam esse, quamvis par ratio subsit, aut etiam major: verum non est, præterquam in iis constitutionibus, quæ à ratione juris & æquitatis recedunt: qua de re, qui volet, consulat *D. Præs. Everh. in topic. loc.* 79. Itaque verior mihi videtur eorum sententia, qui hanc etiam quartam auctam esse censent, ne pupillo noceat, quod in favorem & commodum ejus constitutum est, *D. Bachov. post Porc. & alios hic.*

TEXTUS.
De ætate adoptantis & adoptati.

4. ***Minorem, natu majorem non posse adoptare, placet: adoptio enim naturam imitatur, & pro monstro est, ut major sit filius, quam pater. Debet itaque is, qui sibi filium per adoptionem aut adrogationem facit, plena pubertate, id est, decem & octo annis præcedere.***

NOTÆ.

4. *Minorem natu*] *Ex l.* 15. §. *ult. cum seq. l.* 40. §. 1. *D. eod.*

COMMENTARIUS.

Adoptio naturæ imago & similitudo quædam est, *l. filio* 23. *de lib. & post.* unde cum alia multa, tum hoc quoque provenit, quod majorem natu minor adoptare non possit, cum per naturam filius non possit esse major patre. Qua de causa Clodii adoptionem jure exagitat Cic. *pro dom.*

dom. Factus es, inquit, *filius ejus* (Fonteii) *contra fas, cujus per ætatem pater esse potuisti*, & similia mox sequuntur.

Plena pubertate, i. decem & octo annis] *l. adrogato* 40. §. 1. *hoc tit.* Cur autem octodecim annis? Nam si nuptiæ post annum decimum quartum contrahi possunt, potest & quis filium habere ante hanc ætatem. Sed nimirum quia rarissimè accidit, ut masculi ante annum octavum decimum ad plenam pubertatem perveniant, & liberos suscipiant, minor ætas in adoptione insuper habita est, juxta l. 3. 4. & 5. *de legib.* Mynsingeri ratio nulla est, id ideo placere, quia in adoptionibus, in quibus res per electionem agitur, firmitate opus sit judicii, quasi non nisi anniculi aut bimuli adoptarentur. Nimirum etsi pubertatis initium est anno 14. *infr. quib. mod. tut. fin.* maturitas tamen demum anno 18. *l. adrogato* 40. §. 1. *h. t. Paul.* 3. *sent.* 4. atque hac ætate pubescunt etiam *οἱ βραδέως ἡβῶντες* Theoph. in specie *l.* 14. *pr. de alim. leg.* est favor alimentorum.

Textus.

De adoptione in locum nepotis vel neptis.

5. *Licet autem & in locum nepotis vel neptis, pronepotis, vel proneptis, vel deinceps, adoptare, quamvis filium quis non habeat.*

Notæ.

5. *In locum nepotis*] Ex Paulo *l.* 37. *hoc tit.* Ulp. *tit.* 8. §. 6.

Quamvis filium non habeat] Sufficit enim habere filium posse, & per ætatem ex eo nepotem: non enim actus, sed naturalis potestas inspicitur.

Commentarius.

Quamvis *filium quis non habeat*] *l. adoptare* 37. *l. adoptiones* 43. *hoc tit.* Dixeris, hoc pugnare cum eo, quod ante dictum est, adoptionem imitari naturam: Natura enim fieri non posse, ut quis nepotem habeat, qui filium non habet. At, inquam, sufficit habere posse; hoc est, ejus me ætatis esse, ut & filium & ex filio nepotem ea ætate habere potuerim, qua est is, quem adoptare volo. Nam & qui uxorem non habet, filium adoptare potest; quamvis sine uxore pater esse non possit, *l. & qui* 30. *eod.* Duplex igitur hic fictio est. De duplici fictione circa idem vid. *Vaud.* 2. *quæst.* 4.

Textus.

De adoptione filii alieni in locum nepotis & contra.

6. *Et tam filium alienum quis in locum nepotis adoptare potest, quam nepotem in locum filii.*

Commentarius.

Qui filius est patri naturali, potest per adoptionem nepos fieri patri adoptivo, & contra: Nam, ut bene Theophilus, necesse non est, ut qui adoptatur, eundem ordinem gradumque, quem apud patrem naturalem habet, servet apud patrem adoptivum.

Textus.

De adoptione in locum nepotis.

7. *Sed si quis nepotis loco adoptet, vel quasi ex filio, quem habet jam adoptatum, vel quasi ex illo, quem naturalem in sua potestate habet, eo casu & filius consentire debet, ne ei invito suus hæres agnascatur. Sed ex contrario, si avus ex filio nepotem det in adoptionem, non est necesse, filium consentire.*

Notæ.

7. *Si quis nepotis loco*] Ex Paulo *l.* 6. & *l.* 11. *eod.*

Ne ei invito suus hæres] Eadem ratione & nepoti uxorem ducenti etiam filius consentire debet, *l.* 16. §. 1. *D. de ritu nupt.*

Commentarius.

Filius *consentire debet*] Nimirum si nepos adoptetur quasi ex Lucio filio, verbi causa, natus. Nam si simpliciter adoptetur & tanquam ex incerto filio, nullius consensus desideratur: quia tunc cessat ratio juris, quæ consensum requirit, de qua mox, *l. adoptiones* 43. & *seq. hoc tit.* Quid ergo, si nepotem adoptem tanquam ex Lucio filio meo natum; isque filius meus auctor non fuerit? an hæc adoptio planè nulla erit? an perinde habendum, ac si simpliciter facta fuisset? quod magis probo cum D. Contio 1. *subcess. lect. in fin. arg. l.* 11. *hoc tit.* Nam cum Jurisconsultus ibi de proposita specie hoc saltem respondeat, me mortuo non fore nepotem in potestate filii, satis indicat adoptionem quoad cætera valere.

Ne ei invito] *l.* 6. *eod.* Non videbatur consensus filii exquirendus propter jus potestatis, quod summum pater in filium habet. Sed nimirum vis adoptio-

optionis seu agnatio sui heredis in id tempus confertur, quo patte mortuo filius jam sui juris & paterfam. factus est.

Non necesse est filium] Quia nimirum nepos non in patris sui, sed in avi potestate est. Potestatis autem tanta vis fuit apud Romanos, ut avus nepotem inconsulto filio, tametsi id durum est, alii in adoptionem dare potuerit.

TEXTUS.

Qui dari possunt in adoptionem.

8. In plurimis autem causis adsimilatur is, qui adoptatus vel adrogatus est ei, qui ex legitimo matrimonio natus est, & ideò, si quis per Imperatorem, vel apud prætorem, vel præsidem provinciæ non extraneum adoptaverit, potest eundem in adoptionem alii dare.

NOTÆ.

In adoptionem alii dare] Eodem jure, quo id permissum patri naturali.

COMMENTARIUS.

IN principio hujus tituli dixit, non solum naturales liberos in potestate nostra esse, sed etiam eos, quos adoptavimus: unde sequitur, quemadmodum illi in adoptionem alii dari possunt, ita & hos posse. In adrogatione nihil mutatum; ac ne in adoptione quidem in specie sic dicta, quando non adoptatur extraneus. At cum extraneus adoptatus est, is alii rursus in adoptionem dari non potest: cum ex constitutione Justiniani nihil juris in hunc pater adoptivus habeat, *l. pen C. hoc tit. §. 2. sup. eod.* eamque ob causam verba hæc à Triboniano hic addita sunt, *non extraneum.*

TEXTUS.

Si is, qui generare non potest, adoptet.

9. Sed & illud utriusque adoptionis commune est, quod & ii, qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt: castrati autem non possunt.

NOTÆ.

9. *Quales sunt spadones*] Quia hi sublato vitio corporis liberis procreandis operam dare possunt, *d. l. 2. §. 1. l. 40. §. 1. eod.* & ideo uxorem quoque possunt ducere, *l. 39. §. 1. D. de jur. dot.* natura enim magis in homine generandi & consvetudo spectanda est, quam temporale vitium, *l. 9. D. d. lib. & post.* Spadones, οἱ φύξιν τῶν γονίμων μορίων ἀποσπάντες, *Gloss. jur.* Interdum spadonum appellatione etiam castrati comprehenduntur, *d. l. 39. §. 1. de jur. dot. l. 128. de verb. sign.* & ibi Alciat.

Castrati non possunt] Neque enim in testes vim genitalem affundere queunt; neque remedio in his locus. Leo tamen permisit. *Novel. 26.*

COMMENTARIUS.

QUi generare possunt] Id est, qui propter vitium aliquod, quod tamen sanabalile sit, procreare non possunt: quales hic perhibentur esse spadones: qua quidem appellatione nonnunquam & castrati continentur, id est, intestes, aliique, quibus vis generandi in totum adempta, ut in *l. si serva. 39. §. 1. de jur. dot. l. 4. §. 2. ad leg. Corn. de sic. l. spadonum 128. de verb. sign. ubi Alciat.* Cæterum non raro & in specie accipitur, atque ad eos coangustatur, qui ob impedimentum temporale, & quod tolli queat, generare non possunt. Ita usurpatur à *Pomp. l. 6. §. 2. de ædil. edict. à Marcian. l. 14. §. ult. de man. vind.* itemquem à Cajo *l. 2. §. 1. hoc tit.* Glossæ juris: Spadones, οἱ φύξιν τῶν γονίμων μορίον ἀποσπάντες. Imperator Leo etiam castratis adoptare permisit, ut injuriam illis illatam hoc solatio compensaret, *Novel. 26. & seq.*

TEXTUS.

Si fœmina adoptet.

10. Fœminæ quoque adrogare non possunt, quia nec naturales liberos in sua potestate habent: sed ex indulgentia Principis ad solatium liberorum amissorum adoptare possunt.

COMMENTARIUS.

ADrogatio & adoptio jure veteri in eo discrepabant, quod fœminæ adrogari non poterant: quia, ut supra diximus, adrogatio auctore populo in comitiis fiebat, quorum nulla cum fœminis communio. Adoptari autem non vetabantur. Nunc vero ex rescripto Principis etiam adrogari possunt, *l. 21. hoc tit.* Adrogare autem vel adoptare nec olim poterant, nec non possunt. Ratio redditur à Justiniano, quia nec naturales liberos in potestate habent: quasi diceret, absurdum esse, ut majorem vim habeat fictio, quam rei veritas; adoptio, quam natura. Claudicare tamen videtur hæc ratio in extraneo adoptante, in cujus potestate licet adoptatus non sit, tamen constat adoptio ex constitutione Justiniani *§. 2. sup. eod*

Ex indulgentia Principis] *l. si suspecta 29. §. quoniam de inoff. test.* non tamen ut filium habeant in potesta-

testate, sed ut solatium orbitatis & hæredem. Duobus igitur casibus filios tantum facit adoptio; si fœmina jussu Principis adoptaverit; item si extraneus à patre naturali filium in adoptionem acceperit. Cæteri fiunt filiamfam.

Ad solatium liberorum amissorum] Transcriptum hoc ex *l.5.C. eod.* & de viduis haud dubie intelligendum: neque enim nuptis concedendum existimo, ut seorsum sibi liberos adoptent. Imp. Leo & sine hac conditione fœminis adoptare permisit, etiam virginibus. *Nov. Leon.27.* quæ in oriente recepta, *Harmenop. lib. 2. tit.8.§.4.*

TEXTUS.
De liberis arrogati.

11. *Illud proprium est adoptionis illius, quæ per sacrum oraculum fit, quod is, qui liberos in potestate habet, si se adrogandum dederit, non solùm ipse potestati adrogatoris subjicitur, sed etiam liberi ejus fiunt in ejusdem potestate, tanquam nepotes. Sic etenim D. Augustus non ante Tiberium adoptavit, quàm is Germanicum adoptasset; ut protinus adrogatione facta, inciperet Germanicus Augusti nepos esse.*

NOTÆ.

11. *Per sacrum oraculum*] Per Principem, *l. 2. eod.* per Principis rescriptum, *l. 6. C. eod.* Periphrasis est adrogationis.

Sed etiam liberi ejus] *l. 15.l.40. eod.* nimirum tanquam sequela, & una cum patre adrogato capite minuuntur, *l.3.D.de cap.minut.* quod in adoptione non similiter contingit *l.28.hoc tit.*

COMMENTARIUS.

Quod hoc §. proponitur, proprium effectum est adrogationis; nempe non solum eum, qui adrogatur, transire in potestatem patris adoptivi: sed etiam liberos, qui in ejus potestate erant, tanquam nepotes, *l.adrogato 40.eod.* In adoptione autem hoc non similiter contingit, in qua is tantum transit, qui adoptatur, non etiam liberis ejus. Ratio differentiæ in promptu est: nam in adoptionem dantur filiifam, quorum liberi sunt in potestate alterius, nempe ejus, qui in adoptionem dat: ideoque etiam in illius potestate remanent, *l.liberum 28. eod.* Adrogantur autem patresfam. qui cum ipsi liberos suos in potestate habeant, nihil mirum, si secum etiam illos in familiam & potestatem alienam transferant, *l.pen.§.2.de bon.poss.sec.tab.*

Quam is Germanicum adoptasset] Dubitaverat Augustus Germanicum sororis nepotem & cunctis laudatum rei Romanæ imponere: sed precibus uxoris evictus Tiberio Germanicum, sibi Tiberium adscivit, auctor *Tacit.4.annal & Sveton.in Tib. c. 15.* scribit, Tiberium prius coactum fuisse Germanicum adoptare, quam ipse ab Augusto adoptaretur. Simile exemplum habemus apud *Capitolin. in Antonin.*

TEXTUS.
De servo adoptivo vel filio nominato à Domino.

12. *Apud Catonem benè scriptum refert antiquitas, servos, si à domino adoptati sint, ex hoc ipso posse liberari. Unde & nos eruditi in nostra constitutione etiam eum servum, quem dominus actis intervenientibus filium suum nominaverit, liberum esse constituimus: licet hoc ad jus filii accipiendum non sufficiat.*

COMMENTARIUS.

Apud Catonem] Parum refert, apud Marcum ne Catonem, Principem familiæ Porciæ, hoc scriptum fuerit, an apud filium ejus. Ambo sanè & Jurisconsulti fuere, & libros de jure civili reliquerunt, filius etiam plurimos, teste Pomp. *l. 2. §. post hos 38. de orig.jur.*

Ex hoc ipso liberari] Satis apparet, his verbis Justinianum significare velle, servos à domino adoptatos non jus filiorum, sed libertatem duntaxat consequi: atque inutilem quidem esse hanc adoptionem, sed vim tamen manumissionis habere. Nec dissimile admodum est quod Ulpian. scribit, inutilem acceptilationem habere vim pacti sive utile pactum, *l.8.de accept.*

Nostra constitutione] *l.un.§.10.C. de Lat. lib. toll.*

Actis intervenientibus] Id est, apud acta, coram magistratu in jure *l. 2. ff. de appell. l. 3. C. de fid. castrum.* D. Hotomannus putat, necesse esse, ut dominus servum ad magistratum deducat, & testato denuntiet, se velle eum pro filio habere, utque acta super eo conficiantur.

TITULUS XII.

D. Lib. 1. Tit. 7. Nov. 81.

Quibus modis jus Patriæ potestatis solvitur.

Ratio ordinis & summa tituli.

Os hic est perpetuus Jurisconsultorum, ut expositis iis, quæ ad constitutionem alicujus rei valent, subjiciant contraria, sive ea, quæ ad ejus imminutionem aut dissolutionem pertinent. Itaque cum hactenus visum sit, quibus modis jus patriæ potestatis constituitur, recte nunc subjiciuntur modi, quibus jus illud solvitur. Ejuscemodi autem septem ferè hoc titulo proponuntur: mors patris aut avi; deportatio; servitus pœnæ; dignitas patriciatus; captivitas; emancipatio; adoptio.

TEXTUS.

Scopus & nexus. De Morte.

Videamus nunc, quibus modis ii, qui alieno juri sunt subjecti, eo jure liberentur. Et quidem, quemadmodum liberentur servi à potestate dominorum, ex iis intelligere possumus, quæ de servis manumittendis superius exposuimus. Hi verò, qui in potestate parentis sunt, mortuo eo, sui juris fiunt. Sed hoc distinctionem recipit: nam mortuo patre, sane omnimodo filii, filiæve sui juris efficiuntur: mortuo verò avo, non omnimodo nepotes, neptesve sui juris fiunt: sed ita, si post mortem avi in potestatem patris sui recasuri non sunt. Itaque, si moriente avo pater eorum vivit, & in potestate patris sui est, tunc post obitum avi in potestate patris sui fiunt. Si verò is, quo tempore avus moritur, aut jam mortuus est, aut per emancipationem, exiit de potestate patris, tunc ii, qui in potestatem ejus cadere non possunt, sui juris fiunt.

NOTÆ.

Ius patriæ potestatis] Abest *patriæ* à vet. cod. teste Fabrot, & Theoph. simpliciter τὸ ὑπεξούσιον.

Recasuri non sunt] Nepotes ex filio, mortuo avo, solent in potestatem patris sui recidere, *l. 5. D. de his qui sui vel al. jur.* sed hoc ita, nisi ipse pater aut mortuus sit jam ante, aut emancipatus à patre suo, *l. 41. D. de adopt.* Ulp. *tit.* 10. §. 1. Cajus 1. *inst. tit. 6.*

Per emancipationem exiit] Hoc Glossema esse ex libr. vet. notant Cujac. Hot. Fabrot. nam & aliis modis exire de potestate potest, nec Theoph. agnoscit.

COMMENTARIUS.

M*Ortuo eo sui juris fiunt*] Quum paterfam. moritur, quotquot capita ei subjecta fuerunt, singulas familias incipiunt habere: singuli enim patrumfam. nomen subeunt, *l. pronuntiatio 195. §. 2. de verb. sign.*

Mortuo patre sane omnimodo] Mortuo nimirum patre, in cujus potestate filii erant. Nam qui in avi sui, non in patris potestate sunt, mortuo patre non efficiuntur sui juris; sed in potestate avi sui remanent; adeoque quasi agnascendo avo suo fiunt sui hæredes, §. 2. *inf. de exh. lib. l. 13. de injust. rupt. test.*

In potestatem patris sui recasuri non sunt] Nepotes ex filio mortuo avo recidere non solent in potestatem filii, hoc est, patris sui, *l. 5. de his qui sui vel al. jur.* Sed hoc nō est perpetuum. Nam si quo tempore avus moritur, pater eorum aut jam mortuus sit, aut per emancipationem exierit de potestate patris sui, nepotes in potestatem patris sui non recidunt, sed sui juris fiunt. Quin etiam sufficit semel exiisse. Finge filium quem pater adoptaverat; in potestatem patris revertisse, puta à patre adoptatum esse, nepos retentus post mortem avi non recidit in potestatem patris sui, sed omnimodo sui juris efficitur, *l. pater 41. de adopt.* Hi, quos dignitas suæ potestatis facit, jura legitima intacta retinent, eorumque filii post mortem avorum in eorum potestatem revertuntur, *Nov. 81. cap. 2.*

TEXTUS.

De deportatione.

1. Cum autem is, qui ob aliquod maleficium in insulam deportatur, civitatem amittit: sequitur, ut qui eo modo ex numero civium Romanorum tollitur, perinde quasi eo mortuo,

tuo, desinant liberi in potustate ejus esse. Pari ratione & si is, qui in potestate parentis sit, in insulam deportatus fuerit, desinit esse in potestate parentis. Sed si ex indulgentia Principis restituti fuerint per omnia, pristinum statum recipiunt.

NOTÆ.

1. *In insulam deportatur*] Deportatio in insulam in locum aquæ & ignis interdictionis successit, *l.* 2. §. 1. *D. de pœn. l.* 3. *D. ad leg. Iul. pecul. l. pen. in fin. de extraord. cogn.* Brisson. *lib.* 3. *sel. antiq. c.* 5.

Civitatem amittit] Unde deportati dicuntur peregrini, *l.* 6. §. 1. *D. de her. inst. l.* 1. *C. eod.* & ἀπόλιδες; *l.* 1. §. 3. *de legat.* 3. *l.* 17. *D. de pœn.*

COMMENTARIUS.

IN *insulam deportati*] Etiam deportatione patria potestas solvitur: nam cum hæc potestas propria sit civium Romanorum, §. 2. *sup. de patr. pot.* fieri non potest, ut qui civis Rom. non sit, filium habeat in potestate. Deportatio autem est capitis minutio, qua qui afficitur, in numero civium esse desinit, §. 2. *inf. de cap. dem.* ubi plura dicemus.

Perinde quasi eo mortuo] Nam intereunt homines non solum morte, verum etiam maxima & media capitis deminutione, *l. verum* 63. §. *pen. pro soc. l.* 1. §. *filium* 8. *de bon. poss. cont. tab.* quæ ob id vulgo mors civilis dicitur. Vitiosam autem apparet esse hujus loci constructionem: quæ constabit, si cum D. Hotom. legamus; *ut eo, qui eo modo ex numero civium tollitur, perinde quasi mortuo*, &c. transposito videlicet posteriore *eo*.

Pari ratione] Nihil hic interest, filius deportatus sit, an pater: neque enim magis civis Romanus peregrinum in potestate habere potest, quam peregrinus civem Romanum. *Vlp. tit.* 10. §. 2. *Theoph. hic.*

Ex indulgentia Principis restituti] Nempe plenissimè & in integrum, *l.* 1. *C. de sent. pass.* Nam simplex & generalis restitutio pœnæ tantum gratiam facit, reditumque in patriam concedit, add. *l.* 2. 6. 9. *C. d. tit.* & *D. Tuld. C. ibid. Christ. vol.* 4. *decis.* 208.

TEXTUS.

De relegatione.

2. *Relegati autem patres in insulam in potestate liberos retinent, & liberi relegati in potestate parentum remanent.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur deportati cives esse desinant, relegati non item.*
2. *Quo numero apud nos habendi banniti, seu quibus provincia interdictum est, & damnati ad triremes.*

RElegati sive in insulam sive simpliciter certis provinciis interdicti, omnia sua jura retinent: nec refert, in perpetuum, an ad tempus relegentur, *l.* 4. *l.* 7. §. 3. *de interd. & rel.* Sed & bona sua omnia retinent, nisi parte bonorum nominatim adempta in perpetuum relegentur, *d. l.* 4, *d. l.* 7. §. *ad tempus.* Quæ autem ratio est, quod deportati hæc omnia cum civitate amittant, relegati non item? Diversitas intelligi poterit ex verbis sententiæ & forma executionis. Nam deportati, perpetuo exilio mutilati, jubebantur compedibus vincti & navigio impositi à servis publicis constitutam in solitudinem avehi: quæ condemnatio eos manifestè ad peregrinitatem redigit, & ἀπόλιδας facit, *l. sunt quidam* 17. §. 1. *de pœn.* Relegatis autem dies præstituebatur, inter quem exederent. Moris enim erat ita pronuntiari; *Illum provincia illa insulisque relego: excedereque debebit intra illum diem. d. l.* 7. §. *his qui* 17. *de int. & rel.* quæ sententia existimationem quidem civis minuit, sed non consumit, aut caput eximit de civitate, *l.* 5. §. 2. *de extr. cogn.* Nomen exilii commune est, exulesque non deportati solum, sed & relegati atque interdicti appellantur, *l.* 4. *l.* 5. *de interd. & rel. l.* 4. *de pœn. l. tutor.* 28. §. 2. & *l. seq. de excus.* quippe omnes extra solum missi, sive solo patrio expulsi, unde exulem dici, auctores sunt Festus, Nonius & Quintil. *declam.* 336. Plerumq; tamen & quasi propriè exilium de deportatione dicitur, quasi relegatio exilium propriè non sit, cum jus civitatis retinetur, *l.* 2. *de publ. jud.* Hinc & Ovidius se non exulem esse scribit, sed relegatum, 2 *lib.* 2. & 5. *de trist.* Quod ad jus harum regionum attinet, plerique existimant, eos, quorum bona apud nos publicantur adjuncta provinciæ interdictione perpetua, similis deportatis habendos esse. Quibus autem ad tempus provinciæ vel civitatis alicujus finibus interdicitur, relegatis comparandos. Idemque statuendum simili distinctione adhibita de damnatis ad triremes, *Christin. vol.* 5. *decis.* 52. *in fin. Gudelin.* 5. *de jur. noviss. c.* 15.

TEXTUS.

De servitute pœnæ.

3. *Pœnæ servus effectus filios in potestate habere desinit. Servi autem pœnâ efficiuntur, qui in metallum damnantur, & qui bestiis subjiciuntur.*

COMMENTARIUS.

SI is, qui civitatem retenta libertate amittit, liberos in potestate habere desinit, & mortui loco habetur; quanto magis, qui cum civitate simul & libertatem? Servitutem enim vel maximè mortalitati veteres comparabant, *l. quod attinet l. servitutem 209. de reg. jur.*

Pœnæ servus] Pœnæ servus dicitur, qui non alium dominum habet, quam ipsam quodammodo pœnam, cui addictus est. Ideoque si quid tali servo legatum sit, pro non scripto esse, quasi non Cæsaris servo datum, sed pœnæ, Marcian, respondit, *l. sunt quidam 17. de pœn.* Cæterum non solum servitute pœnæ, cujus solius hic fit mentio, verum etiam quovis alio genere servitutis patria potestas solvitur, puta si liber homo major 20. annis ad pretium participandum se venundari passus sit; aut si libertus ingratitudinis convictus redigatur in potestatem domini, *§. 1. inf. de cap. dem.* Quominus qui ab hostibus capiuntur, huc pertineant, facit jus postliminii & lex Cornelia testamentaria, *§ si ab hostibus inf. eod.*

Qui in metallum damnantur] In metallum vel in opus metalli damnari dicuntur, qui ad effodiendum metallum cujus varia sunt genera, damnantur: quanquam inter eos, qui in metallum, & eos qui in opus metalli damnantur, differentia est in vinculis, quod huc non pertinet, *l. 8. §. 4. & 6. de pœn.* Diversa pœna fuit eorum, qui in opus publicum dari dicuntur, *l. ult. de effract.* Hi enim civitatem duntaxat amittebant, libertate salva, *l. 17. §. 1. d. tit.* quibus hodie nonnulli comparant, qui ad triremes damnantur.

Qui bestiis subjiciuntur] Hi sunt, qui passim ad bestias damnati & ad bestias dati dicuntur (Dio *lib. 58.* τὰς τοῖς θηρίοις ἐκ καταδίκης δεδομένας appellat) & statim consumuntur, hoc est, statim post damnationem feris objiciuntur. Sunt & qui damnati non statim consumuntur; sed populi voluptatibus reservantur, qui tamen & ipsi servi pœnæ fiunt: quales sunt, qui damnantur in ludum sive venatorium sive gladiatorium, *d. l. 8. §. quicunque 11. de pœn, l. un. C. Theod. ad leg. Fab.* de quo vid. *Budæ in annot. poster. Cujac. 13. obs. 10. Pet. Fab. 2. semestr. 11.* Postremo omnes, qui in ultimo supplicio damnantur, confestim pœnæ servos fieri existimo, hoc nimirum effectu, ut statim libertatem & civitatem perdant, *arg. l. 12. l. qui ultimo 29. de pœn. l. 6. §. sed et si 6. de injust. rupt. test.* Jure novissimo servitus pœnæ sublata est, *Nov. 22. c. 8. auth. sed hodie C. de don. int. vir. & ux.* cujus rei effecta ibid. notant DD.

TEXTUS.
De dignitate.

4. Filiusfamilias si militaverit, vel si senator, vel consul factus fuerit, remanet in potestate patris: militia enim vel consularis dignitas de patris potestate filium non liberat. Sed ex constitutione nostra summa patriciatus dignitas illico imperialibus codicillis præstitis filium à patria potestate liberat. Quis enim patiatur, patrem quidem posse per emancipationis modum potestatis suæ nexibus filium liberare: imperatoriam autem celsitudinem non valere eum, quem patrem sibi elegit, ab aliena eximere potestate?

NOTÆ.

4. *Si militaverit*] *l. 35. de rit. nupt. l. 5. & 6. de castr. pec. l. 7. C. de patr. pot.*

Senator] *l. 18. in fin. D. de jud. l. ult. de her. pet.* Quint. *declam. 286.*

Consularis dignitas] *lib. 1. §. ult. de sen. Mac.* Dion. Halic. *l. 2.* sed hodie liberat. *Nov. 81.* ubi & aliæ dignitates excipiuntur, *in pr. c. 1. & 3.*

Summa patriciatus dignitas] Summa non quidem gradu, nam consulatus major est, sed quia ad magnitudinem accedit dignitatis perpetuitas, Baro & Cont. extat constitutio in *l. ult. C. de consul. lib. 12.* add. *l. 3. C. eod.*

Codicillis præstitis] vid. Synes. *epist. 127.*

COMMENTARIUS.

1. Patricii sub Impp. Constantinopolitanis qui dicti.

SI *militaverit*] Milites multis privilegiis & prærogativis à Principibus donati sunt: nexu tamen patriæ potestatis juris sacramenti eos solvi noluerunt, *l. 3. C. de castr. pec. l. 7. C. de patr. pot.* Observandum obiter, militiam speciem quandam fuisse dignitatis, atque inde factum, ut omnia ferè officia, etiam civilia, militiæ postmodum dictæ sint.

Vel si senator, vel consul] Non obstat huic loco, quod dicitur *in l. antepen. de his qui sui vel al. jur.* in publicis causis filiumfam. pro patrefam. haberi, veluti ut magistratum gerat, &c. Hoc n. non significat filium consulatu aliove munere publico liberari patria potestate: sed patriam potestatem non obstare, quo minus consul puta, aut prætor creetur, omniaque munia magistratus sui obeat, etiam repugnante patre, atque adeo etiam adversus patrem, *l. 13. in fin. & l. seq. ad sen. Treb.* Nonnihil huc faciunt, quæ scribit *Gell. 2. noct. Attic. 2.*

Ex nostra constitutione [*l. ult. C. de consul. lib. 12.* Non tamen à Justiniano hoc primum constitutum videri potest, cum & apud Cassidorum, qui ante Justinianum sub Theodorico Gothorum rege vixit, in forma *Patriciatus*, hoc scriptum sit; *Leges*, inquit, *tantam patriciis dignitatem detulerunt, ut in sacris positum, cum*

cum hoc fuerit honore præcinctus, paternæ potestatis nexibus exuatur. Quod autem Justinianus in *d. constit.* patriciatui tribuit, id postea produxit etiam ad alias dignitates, & ad eas omnes, quæ à curia liberant: nominatimque idem jus concessit consulatui, præfecturæ prætorianæ, præfecturæ urbicæ, præturæ, magisterio militum, & denique episcopatui, *Nov. 81. in pr. c. 1. & 3.*

Summa patriciatus dignitas] Stante rep. patricii dicebantur, qui eorum senatorum progenies erant, quos Romulus creaverat. Antiquissimæ quoque cujusque senatoriæ familiæ liberi ætate Livii patricii appellabantur. Verum longè aliter patricii in constitutionibus recentiorum Impp. accipiendi sunt. Nam translato Constantinopolin imperio cœpere Principes ex senatoribus, qui curulibus magistratibus, functi erant, sibi consiliarios & quasi patres legere, quos patricios dici placuit, quasi patres communis reip. auctore Suida. Atque ex eo tempore patriciatus nomen esse cœpit supremi consilii.

Codicillis præstitis] Codicilli apud Latinos inter alia significant diplomata sive literas Principales, quibus honores mandantur, ut apud Sueton. *in Claud. c. 29. & in l. administrantes, 41. pr. de excus. tut. l. 12. C. de dign.* uti & hoc loco.

Quem sibi patrem elegit] Patricii Impp. Constantinopolitanis parentum loco erant: quæ parentis appellatio Claudiano lepidi joci materiam tribuit. Is enim in Eutropium patricium, cujus bona publicata & in fiscum coacta erant, sic ludit;

Direptas quid plangis opes, quas natus habebit?
Non aliter poteras Principis esse pater.

Quorum versuum hic sensus est, Eutropium æquo animo adversum fortunæ casum bonorumque suorum publicationem ferre debere, cum eo modo ad Principem, qui ei filii loco fuerit, & cujus ipse parens appellatus sit, ea pervenerint. Extat constitutio Impp. Arcadii & Honorii in *C. Theod. tit. de pœn.* qua hic Eutropius in insulam Cyprum; quo bonis publicatis & adempta dignitate relegatus erat, deportari jubetur.

Textus.

De captivitate & postliminio.

5. *Si ab hostibus captus fuerit parens; quamvis servus hostium fiat, tamen pendet jus liberorum, propter jus postliminii: quia hi, qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint, omnia pristina jura recipiunt: idcircò reversus etiam liberos habebit in potestate: quia postliminium fingit eum, qui captus est, in civitate semper fuisse. Si verò ibi decesserit, exindè ex quo captus est pater, filius sui juris fuisse videtur. Ipse quoque filius, neposve, si ab hostibus captus fuerit, similiter dicimus propter jus postliminii, jus quoque potestatis parentis in suspenso esse. Dictum autem est postliminium à limine & post. Unde eum, qui ab hostibus captus est, & in fines nostros posteà pervenit, postliminio reversum rectè dicimus. Nam limina sicut in domo finem quendam faciunt, sic & imperii finem esse limen veteres voluerunt. Hinc & limen dictum est, quasi finis quidam & terminus. Ab eo postliminium dictum est, quia ad idem limen revertebatur, quod amiserat. Sed & qui captus victis hostibus recuperatur, postliminio rediisse existimatur.*

Notæ.

5. *Pendet jus liberorum*] In pendenti, in incerto est, *l. ult. de sen. Mac. l. 12. §. 1. de capt. & postl.* non igitur tam captivitate patria potestas amissa restituitur, quam liberi finguntur in potestate etiam tempore captivitatis mansisse. Ulp. *tit.* 10. §. *pen.* Boët. *in top. Cic.*

In civitate semper fuisse] Alia effecta vid. *in* l. 1. §. *ult. de sen. Mac. l. 6. §. ult. D. de tutel. l. 22. §. 1. de capt. & postl. l. 13. eod.*

Ipse quoque filius] *l. 9. l. 10. l. 12. C. de post. rev.*

Commentarius.

1. *Quando quis postliminio reversus intelligatur, tum quibus in locis postliminium sit.*
2. *Quæ res postliminio recipiantur, aut redeant.*
3. *Ius patris ab hostibus capti non extingui, sed in suspenso esse.*
4. *De origine vocis postliminii.*

Quamvis servus hostium fiat] Constat, eos, qui ab hostibus capiuntur, jure belli servos hostium fieri, & consequenter desinere liberos habere in potestate. Verum Romani, qui cum ex suis capti essent, servorum numero apud se haberi non debere censuerunt, nihilque eorum cum effectu amittere, quæ alias per servitutem amitti solent. Cumque fieri possit, ut capti ad suos reverterentur; fieri item, ut apud hostes decederent, in utrumque eventum captis prospexerunt, in illum fictione juris postliminii, in hunc fictione legis Corneliæ.

Qui si reversi fuerint] Pomponius reversum postliminio ait, qui intra præsidia nostra esse cœpit, *l. 5. §. 1. de capt.* Paulus, cum in fines nostros intraverit, *l. postliminium 19. §. 3. eod.* Sed ex paritate rationis con-

consensus gentium rem eò perduxit, ut postliminium locum haberet, etiamsi quis homo aut res, cui postliminium esse placuerat, pervenisset ad amicos nostros, ut loquitur d. loco Pompon. aut, ut Paulus exempli causa explicat, ad regem, socium vel amicum. Quibus in locis amici aut socii intelligendi sunt non simpliciter, quibuscum pacem habemus, sed qui partes in bello easdem sequuntur: ad quos qui venerunt, ut Paulus loquitur, nomine publico tuti esse incipiunt, qua de re pluscula *D. Grot. 3. de jur. bell. & pac. 9. n. 2.*

2 *Omnia pristina jura*] Puta civitatem, familiam, bona, sive eorum dominium. Rectè autem, jura, *l. 5. §. 1. l. in bello 12. §. 1. de capt. & postl. rev.* nam ea, quæ facti sunt, postliminio non continentur: qualis est verbi causa possessio, quæ idcirco interrupta captivitate non restituitur, *l. denique 19. ex quib. ca. maj. l. cum heredes 23. §. 1. de acq. poss.* Sicut autem postliminio reversus jura recipit, ita & in ipsum jura restituuntur, *l. 6. d. l. in bello §. cætera, de capt.* Neque homines solum, sed etiam agri, *leg. si captivus 20. §. 1. eod.* adeoque quodvis jus solo adhærens postliminium habet per *l. 6. de rer. div.* uti & loca sacra ac religiosa, *l. cum loca 36. de rel.* At rebus mobilibus postliminium non est: exceptæ tamen naves longæ atque onerariæ, muli clitellarii, equi & equæ frenum patientes, *Cic. in Top. Gall. Æl. apud Fest. Marcell. l. 2. de capt.* quanquam hodie, ut passim tradunt morum periti, nullæ res mobiles postliminio redeant, ne naves quidem, *vid. Grot. d. cap. 9. n. 13. & seqq. D. Tulden. comment. ad tit. de rer. div. cap. 30.*

3 *In civitate semper fuisse*] Non igitur tam captivitate patria potestas amissa reverso patre restituitur, liberive captivitate patris sui juris facti, eo reverso iterum in potestate ejus esse incipiunt, quod velle videtur D. Mynf. quam pater fingitur retro in civitate fuisse, liberosque in potestate etiam tempore captivitatis retinuisse, *d. l. in bello §. 1. l. retro. 16. l. bona 22. §. 2. eod. l. 6. §. ult. de tutel.* Nec alioqui rectè diceretur, statum liberorum pendere, aut in incerto esse, ut hic & *d. l. in bello,* & *l. bona,* nec acta à filio esse in pendenti, *l. 1. §. 1. de senat. Mac.* sed jus patris & liberorum captivitate patris extinctum, postliminio restitui: acta à filio tantisper rata esse; at reverso patre infirmari. Non est autem levis momenti hæc fictio: nam inde est, quod quæ filius medio tempore quæsivit, pater rerversus tanquam sibi quæsita occupare possit jure peculii, etiam defuncto pridem filio, *l. pen. de suis & leg. her.* Inde quoque est, quod patre reverso denegatur actio creditori, à quo filius, dum pater apud hostes est, mutuam pecuniam accepit, quasi contra SCtum credita sit, *l. 1. §. 1. de SC. Mac.* Denique hinc est, quod Ulp. respondit, non posse ei, cujus pater in potestate hostium est, tutorem dari, *l. 6. §. ult. de tutel.* qui rectè utique daretur, si filii interim pro iis, qui sui juris sunt, haberentur. Deportati & restituti patris alia ratio, *l. ult. §. 1. C. de sent. pass.*

Exinde ex quo captus est] Hæc fictio est legis Corneliæ, *l. 12. qui testam. fac. §. ult. infr. quib. non est perm. fac. test.* eaque in omnibus partibus juris servatur, *l. in omnibus, de capt.*

Ipse quoque filius] Quapropter, si verbi gratia, in potestate fuit filius eo tempore, quo capiebatur, medio tempore patre mortuo, reversus suus heres patri erit, *l. 9. C. de postl. rev.*

A limine & post] De notatione nominis postliminii controversia olim fuit inter Scævolam & Servium, teste *Cic. in Top.* Scævola junctum dicebat esse verbum à *post.* quod reditum notat, & *limine.* Servius in eo nihil spectandum præter præpositionem *post,* reliquum productionis esse caudam, *liminium.* Sed rectè Scævola, cui & Festus assentitur. Nam limen & limes exitu tantum & flexionis modo differunt; origine autem (veniunt enim ab antiqua voce *limus,* quæ transversum significat) & primitiva notione idem sunt, siut materia & materies, contagio & contages. &c. quanquam usu seriore factum est, ut limen magis ad privata, limes ad publica referretur. Sic veteres *eliminare* dicebant è finibus ejicere, & exilium nominabant *eliminium. Grot. d. c. 9. in pr. Ios. Scal. annot. in Fest.* 4

Ab hostibus recuperatur] Ad jus postliminii nihil interest, quomodo captus revertatur, utrum dimissus, an vi vel fallacia, aut victis postea hostibus, sive ut Homerus Odyss. 14. ἢ δόλῳ, ἠὲ βίῃ, ἢ ἀμφαδὸν, ἠὲ κρυφηδὸν. ita tamen, si ea mente fuerit, ut illo non reverteretur, *l. nihil interest de capt.* Et ideo Attilium Regulum responsum est non esse postliminio reversum: quia juraverat Carthaginem se reversurum, *l. 5. §. 3. d. tit. Grot. d. lib. 3. cap. 9.*

TEXTUS.

De Emancipatione, Item de modis & effect: ejusdem.

6. Præterea emancipatione quoque desinunt liberi in potestate parentum esse. Sed emancipatio antea quidem vel per antiquam legis observationem procedebat, quæ per imaginarias venditiones & intercedentes manumissiones celebrabatur, vel ex imperiali rescripto. Nostra autem providentia etiam hoc in melius per constitutionem reformavit: ut fictione pristina explosa, recta via ad competen-

tentes judices, vel magistratus parentes intrent, & filios suos, vel filias, vel nepotes, vel neptes, ac deinceps à sua manu dimittat. Et tunc ex edicto prætoris in bonis ejusmodi filij, vel filiæ, vel nepotis, vel neptis, qui quæve à parente manumissus vel manumissa fuerit, eadem jura præstantur parenti, quæ tribuuntur patrono in bonis liberti. Et præterea si impubes sit filius, vel filia, vel cæteri, ipse parens ex manumissione tutelam ejus nanciscitur.

NOTÆ.

6. *Emancipatione*] Emancipatio hodie definiri potest actus legitimus, quo liberi à manu patris apud competentem judicem dimittuntur.

Iudices vel magistratus] ἐξηγητικῶς, ne quis putet judices hîc intelligi pedaneos, apud quos lege agi non potuisse constat. Extat constitutio Justiniani in *l. ult. C. de emanc. lib.*

A parente manumissus] Id est, emancipatus, *tit. si à par. quis man.* redigebantur enim liberi prius in servilem causam, licet postea in imaginariam duntaxat, *l. 3. §. 1. de cap. min.*

Quæ tribuuntur patrono] Emancipatus à parente liberti exitum patitur, *l. 1. si à par. quis man.* puta in contra tabulas bonorum possessione, *d. l. 1.* & successione legitima, *§. ult. inf. de leg. agn. succ.* sed hoc mutatum, *Nov. 118. cap. 2.*

COMMENTARIUS.

1. *Vetus emancipandi ratio exposita.*
2. *Patroni & parentis emancipatoris comparatio.*

Alius modus solvendæ patriæ potestatis hoc §. proponitur, nempe emancipatio: eaque dicitur olim celebrata fuisse per imaginarias venditiones & intercedentes manumissiones. Hoc au-
1 tem ut penitus intelligatur, sciendum est, lege Romuli cautum fuisse, atque à decemviris postea in quartam tabulam relatum, ut si pater filium ter, filiam autem & cæteros liberos semel mancipasset, hoc est, vendidisset, manumissi postea ab emptore sui juris efficerentur, ille trina manumissione, hi unica. Ad cujus emancipationis imaginem atq; usurpationem vetustatis postea institutū est, ut pater, simulato & dicis causa, accepto uno nummo filiū ter, cæteros liberos semel apud magistratū venderet, contracta cum emptore fiducia, qui ob id pater fiduciarius appellabatur, ut is acceptos manumitteret, filium ter, cæteros semel, atque ita liberi sui juris ac potestatis fierent. Solebat autem pater naturalis sibi cavere de filio post tertiam mancipationem sibi remancipando, itemque de cæteris liberis sibi remancipandis, quo ipse potius eos manumitteret, & jura patroni consequeretur, quam extraneus manumissor sive emptor ille imaginarius. Atque hac cautione interposita in specie dicitur emancipatio fieri contracta fiducia, *§. ult. inf. de leg. agn. successß. l. 2. §. 15. ad SC. Tert.* Hæc ex *Dionys. Halicarn. lib. 2. Boët. in Top. Cic. Cajo lib. 1. tit. 6. Vlpian. tit. 10. l. ult. & pen. C. de emanc. lib.*

Ex imperiali rescripto] Hic modus emancipandi ab Imper. Anastasio introductus est, qui etiam neglecta antiquæ emancipationis fabula, potestate ab Imperatore impetrata, ejusque rescripto apud magistratum exhibito, liberos emancipari permisit, modo filius infante major consentiret, *l. pen. C. de emanc. lib.*

Etiam hoc in melius reformavit] Nimirum quod Anastasius de precibus super emancipatione Principi offerendis, ejusque rescripto prius impetrando constituerat: ut jam ex constitutione Justiniani emancipatio etiam fiat sola professione patris apud competentem judicem denuntiantis se filium suo juri permittere. Extat constitutio *l. ult. C. de emanc. lib.*

Ad competentes judices vel magistratus] Explicativè. Nam & magistratus, qui tribunali aut jurisdictioni præsunt, judices appellantur, *l. 1. de judic. tit. de reb. auct. jud. poss.* & passim in constitutionibus posteriorum Impp. Quod moneo, ne quis putet judices hic intelligi pedaneos, sive qui à magistratibus causis privatis cognoscendis & judicandis dabantur: apud quos lege agi non potuisse, plusquam manifestum est. Sed nec apud eum, cui mandata est jurisdictio, legis actionem fuisse, Marcian. & Ulp. testantur *l. 2. §. 1. l. seq. de offic. proconf.* de quo plura ad *§. 8. inf. eod.*

A manu sua dimittant] Manumitti non tantum servi à domino, sed etiam filii & filiæfam. à patre dicuntur, pro emancipari, *tit. si à par. quis man.* propterea quod jure antiquo in patris sui manu mancipioque erant, & venditi ac mancipati in servilem causam redigebantur, licet postea in imaginariam duntaxat, *l. 3. §. 1. de cap. min.* Hinc emancipatus à parente liberti exitum pati dicitur, & parens patroni personam sustinere, *l. 1. d. tit. si à par. quis.*

Ex edicto prætoris eadem jura] Nimirum ut parens 2
exemplo patroni ad contra tabulas bonorum possessionem admittatur, si testamento facto ab emancipato præteritus sit, *d. tit. si à par. quis man.* Sed & jus legitimæ successionis huic patri à Justiniano datum est, perinde quasi contracta fiducia eum emancipasset, hoc est, ex lege fiduciæ sibi remancipatum manumisisset, *§. ult. inf. de leg. agn. succ.* Et hoc ad similitudinem patroni, quem ad hæreditatem liberti intestato sine liberis mortui jam olim lex 12. tabularum vocabat, *inf. de success. libert.* Non tamen usque adeo exæquatur patrono parens, ut etiam liberi ejus ad suc-

successionem aut contra tabulas bonorum possessionem veniant, *l.1.§.liberos si à par.quis man.* aut ut etiam actio Calvisiana parenti detur, *l.2. eod. tit.* aut denique ut rectè stipuletur à filio operas, *l.4.eod.* Jure authentico plenissimè de ratione succedendi cautum est, ex quo parens manumissor jure patroni, quoad emolumentum successionis uti desiit. *Nov. 118. c. 2. Nov. 115. c. 4.*

Tutelam ejus nanciscitur] Consequens erat eum onus tutelæ subire, qui speraret successionem, *l.1.de legit.tut.* Agitur de hac tutela *§.inf.tit.18.*

TEXTUS.

Si alii emancipentur, alii retineantur in potestate.

7. Admonendi autem sumus, liberum arbitrium esse ei, qui filium & ex ea nepotem vel neptem in potestate habet, filium quidem de potestate dimittere, nepotem verò vel neptem retinere: & è converso filium quidem in potestate retinere, nepotem verò vel neptem manumittere: vel omnes sui juris efficere. Eadem & de pronepote & pronepte dicta esse intelliguntur.

NOTÆ

Nepotem manumittere] Notandum est, in filiofam. idem esse, manumittere, ex potestate dimittere, sui juris efficere, emancipare.

COMMENTARIUS.

Totus hic locus descriptus est ex Cajo *l.liberum 28. de adopt.* Illud hic quæritur, an ejus quoque qui à parente manumittitur, voluntas spectanda sit; an vero etiam invitus emancipari possit. Et puto idem hic dicendum, quod de eo dicitur, qui à patre in adoptionem datur, *§. seq. l. neque absens 24. de adopt.l.5.C. eod.* nimirum necesse non esse, ut expresse consentiat. Cæterum nec oportere eum dissentire aut contradicere, *arg.l.pen.in fin. C. de emanc.lib.Nov.89.c.11.* Paulus quoq; *l.2.sent.25 in fin.* scribit, invitum filiumfam.non emancipari. An autem & quando, qui tacet, consentire intelligatur, non est hujus loci disputare. Tractant tamen hanc quæstionem *Io.Fab. & Ang.& Myns.* ad hunc locum.

TEXTUS.

De Adoptione.

9. Sed & si pater filium, quem in potestate habet, avo, vel proavo naturali, secundùm nostras constitutiones super his habitas, in adoptionem dederit, id est, si hoc ipsum actis intervenientibus apud competentem judicem manifestaverit, præsente eo, qui adoptatur, & non contradicente, nec non eo præsente, qui adoptat, solvitur quidem jus potestatis patris naturalis; transit autem in hujusmodi parentem adoptivum, in cujus persona & adoptionem esse plenissimam, anteà diximus.

COMMENTARIUS.

1. *Antiquitus neutiquam alieno nomine lege agi potuisse: eamque naturam actus voluntariæ jurisdictionis retinuisse.*
2. *Actus voluntariæ Iurisdictionis expediri non posse apud eum, cui jurisdictio mandata est.*

Avo vel proavo naturali] Nam si extraneo in adoptionem datus sit, jura patris naturalis integra manent, *l.pen.C.de adopt. §. 2.sup.tit.* ubi dictum est.

Apud competentem judicem] Non apud judicem pedaneum, cujus nulla jurisdictio est: sed apud ipsum magistratum & eum, qui legis actionem habet, ut notavimus ad *§. hujus tit. 6.*

Et non contradicente] Hoc etiam paulo ante tetigi. Locus autem hic descriptus est ex *l. ult. C. de adopt. facit l. 5.ff.eod.*

Nec non eo præsente, qui adoptat] Absens adoptare non potest, *l.post mortem 25.§.1. de adopt.* quia, ut ait ibi Jurisconsultus, nemo per alium ejusmodi solemnitatem peragere potest. Atque eo pertinere arbitror, quod regula juris in genere definit, neminem alieno nomine lege agere posse, *l. nemo 123. de reg. jur.* Quod olim quidem commune fuisse verisimile est omnium legis actionum, etiam earum, quibus cives inter se disceptabant, & quæ pertinebant ad contentiosam jurisdictionem, *arg.pr. tit. de iis per quos ag.poss.inf.lib.4.* sed postea proprium tantū quorundam esse cœpisse, & maximè eorum actuum, qui quod inter volentes expediuntur, dicuntur esse voluntariæ jurisdictionis; cujusmodi sunt manumissio, adoptio, emancipatio; quæ veterem naturam retinuerunt, *l.3.C.de vind.lib.l.neque 24. & l. seq. §.1. de adopt.* etiam adoptio nova Justiniani, ut hic, & *d. l.ult.C.de adopt.* Idem quoque probabile est observatum fuisse in persona magistratus. Existimo enim nec hujusmodi actus à magistratibus mandari potuisse, neve mandata jurisdictione transisse in eum, cui mandata esset, contra quam DD. vulgo sentiunt, *arg.l.1. C.de adopt.l. 2. §. 1. l. 3. de off. proc.* ex quibus locis discimus, ea quæ sunt voluntatiæ Jurisdictionis, non nisi apud eum expediri posse, apud quem plena

plena legis actio eſt: eum autem, cui mandata eſt jurisdictio, talem juriſdictionem non habere, adeoque omnino non eſſe apud eum legis actionem. Negotium tamen facit *l. 17. §. 1. de man. vind.* Cujac. 1. *obſ.* 1. *&* 15. *obſ.* 19. negationem inſerit. Alii pro (*apud legatum ejus*) legunt (*Cæſaris*) ſuſpiciantes errorem ex notis natum *ejus & Cæſ.*

Tranſit autem in parentem adoptivum] Per adoptionem igitur non efficitur filiusfam. ſui juris, ſed vel in alienam familiam transſit, vel remanet in poteſtate patris naturalis.

Textus.

De Nepote nato poſt filium emancipatum.

9. *Illud ſcire oportet, quod ſi nurus tua ex filio tuo conceperit, & filium tuum emancipaveris, vel in adoptionem dederis prægnante nuru tua, nihilominus quod ex ea naſcitur, in poteſtate tua naſcitur. Quod ſi poſt emancipationem vel adoptionem conceptus fuerit, patris ſui emancipati, vel avi adoptivi poteſtati ſubjicitur.*

Commentarius.

Nepos non ex nativitatis, ſed ex conceptionis tempore familiam ſortitur: quia ex eo tempore jam in rerum natura eſſe creditur, *l. 7. l. pen. de ſtat. hom. Ulp. tit. 5. §. 9.* Sic & is, qui conceptus eſt prius, quam pater ſenatu moveretur, ſenatoris filius intelligitur, *l. 7. §. 1. de ſenat.* Et reſponſum eſt, conditionem, *ſi ſine liberis,* defeciſſe, ſi ante deportationem patris liberi concepti ſint, licet poſtea edantur, *l. ex facto 17. §. ex facto 5. ad ſen. Treb.*

Textus.

An Parentes cogi poſſunt, liberos ſuos de poteſtate dimittere.

10. *Et quidem neque naturales liberi, neque adoptivi ullo pene modo poſſunt cogere parentes, de poteſtate ſua eos dimittere.*

Commentarius.

1. *Quibus modis more harum regionum parentum poteſtas ſolvitur.*

Quemadmodum liberi, qui vel ab initio ſui juris fuerunt, vel poſtea facti ſunt, inviti in poteſtatem patris non rediguntur, *l. ult. de his qui ſui vel al. jur. Nov. 89. c. 11.* ita nec vice verſa à liberis in poteſtate conſtitutis cogi parentes poſſunt, ut eos à poteſtate ſua dimittant, *l. non poteſt. de adopt. l. nec avus C. de emanc. lib.* ex quo loco etiam ratio hujus juris peti poteſt.

Pene] Ait, pene, propterea quod aliquando audiuntur, qui emancipari deſiderant, ut impubes, qui adoptatus eſt, pubes factus, *l. nonnunquam 32. de adopt.* Sed & alios, ſi juſta cauſa ſit, audiri æquum eſt; veluti ſi à patre ad turpitudinem adigantur, *l. ſi lenones C. de epiſc. aud.* aut malè contra pietatem afficiantur, *l. ult. ſi à par. quis man.* Sed & is filium emancipare cogitur, qui legatum ea conditione ſibi relictum agnovit, *l. ſi cui 92. de conditionibus & demonſt.* & jure noviſſimo etiam de poteſtate patris exeunt liberi, ſi pater inceſtas & nefarias nuptias contraxerit, *Nov. 12. c. 2.*

1 Apud nos & in cætero Belgio ſingularis illa Romanorum in liberos poteſtas incognita eſt, ut jam aliquoties diximus. Sed & jus, quod parentes in liberos habent, propriis quibuſdam modis ſolvitur; manente tamen ſemper naturali reverentiæ & obſequii debito. Primum enim moribus noſtris exeunt liberi de poteſtate parentum non tantum emancipatione illa expreſſa ſive Juſtinianea, cum apud magiſtratum de manu dimittuntur; ſed etiam tacito quodam emancipationis modo, permittente videlicet patre filium ſeorſum habitare & mercaturam aut opificium aliquod exercere: atque hac ratione liberi poteſtate patria ſoluti hoc conſequuntur, ut & bona ſua ipſi adminiſtrare & in judicio conſiſtere poſſint. *Chriſtin. d. vol. 4. dec. 186. n. 11. Grot. 1. manud. 6.* Apud Friſios tamen hic modus receptus non eſt, *D. Io. à Sande lib. 2. tit. 7. defin. 6.* Secundo nuptiis quoque ſive matrimonio liberorum patris poteſtas ſolvitur: unde apud nos nulli liberorum ſunt in poteſtate avi, *Gudelin. lib. 1. de jur. nov. cap. 13. Chriſtin. d. vol. deciſ. 185. n. 7. Grot. d. loc.* quod ſecus fuiſſe jure Rom. oſtendimus ad *§. ult. ſup. de patr. poteſt.* Tertio deſinunt liberi in poteſtate eſſe patris, ſi ei, ut prodigo, curatore dato bonis interdictum ſit, *Grot. d. loc.* quod & ipſum jure Rom. incognitum eſt. Poſtremo ſi quid liberis obvenerit puta ex hæreditatibus, legatiſve aut donationibus propinquorum aut amicorum, earum quidem rerum cura atque adminiſtratio patri competit, ſed haud ſecus ac tutori aut curatori: ideoque hoc jus etiam ſolvitur, ubi liberi ad eam ætatem pervenerint, qua curatio finiri ſolet; nempe anno ætatis eorum vigeſimo quinto, *Gudel. d. c. 13. in fin. Tulden. com. hic c. 2. Chriſtin. d. deciſ. 186. n. 9. ad Guid. Pap. quæſt. 54. Boër. ad conſvet. Bitur. de jur. perſ. Pet. Greg. 11. ſyntagm. c. 10. Grœnev. de legib. abrog. ad hunc tit.*

TITULUS XIII.

De Tutelis.

Dig. tit. 1. lib. 26. & Novell. 72.

Ratio ordinis.

Uc usque dictum est de iis, qui sunt juris alieni, quæ prima pars est divisionis supra positæ *tit.* 8. Superest, ut ad eos nos conferamus, qui sui juris sunt, quos pars altera dictæ divisionis complectitur.

TEXTUS.

De Personis sui juris.

Transeamus nunc ad aliam divisionem personarum. Nam ex his personis, quæ in potestate non sunt, quædam vel in tutela sunt, vel in curatione, quædam neutro jure tenentur. Videamus ergò de his, quæ in tutela, vel curatione sunt. Ita enim intelligemus cæteras personas, quæ neutro jure tenentur. Ac prius dispiciamus de his, qui in tutela sunt.

COMMENTARIUS.

1. *Summa reliquorum hujus libri capitum.*

1 NAm ex his personis] Eorum, qui sui juris sunt, quidam sunt in tutela, alii in curatione, cæteri neutro jure tenentur: quæ posterioris partis illius, quam dixi, divisionis subdivisio est. In hac autem parte prima exponitur, quid sit tutela: deinde species ejus singulæ ordine explicantur: tum de vi atque effectu tutelæ sive auctoritate tutorum porro agitur; ac mox de contrariis, & quibus modis tutela finitur. Inde ad curationem ac curatores progressio fit. Postremo tractatur de satisdationibus, excusationibus & suspicionibus, quæ utriusque muneris communia sunt.

In potestate non sunt] Patria sc. vel dominica, in qua qui sunt, non sui, sed alieni juris sunt: alioqui & tutela species quædam est potestatis, (quod verbum & alia plura significat, *l. potestatis* 215. *de verb. sign.*) sed quæ ad statū & caput ejus, qui in tutela est, non pertinet, nec ad commodum tutoris comparata est, sicut patria & dominica ad patris & domini. Pupillus enim non in manu aut familia tutoris, sed sui juris est; nec illi acquirit, sed sibi. Ut loquitur Spartianus in Aureliano.

TEXTUS.

Tutelæ definitio.

1. Est autem tutela (ut Servius definivit) vis ac potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui per ætatem se ipse defendere nequit, jure civili data ac permissâ.

NOTÆ

1. *Vis ac potestas*] Ita & §. *seq. & Servius l.* 1. *hoc tit.* hæc duo quoque junguntur, §. 3. *inf. de interd. l.* 17. *de legib. l.* 7. *C. de Cod.* Cic. 1. *de nat. Deor.* Gloss. basil. δύναμις καὶ ἐξουσία. Theophil. δίκαιον καὶ ἐξουσία, *jus & potestas*, significatur autem verbis istis facultas & jus pro auctoritate quid faciendi.

In capite libero] ἀρχαϊκῶς pro *in caput liberum*, ut in 12. tabb. *in eo pecuniáque ejus potestas esto*, item in formula adrogationis. Gell. 5. 19. & Cic. pro *dom.* Caput autem liberum pro pupillo & persona, quæ sui juris est, *d. c.* 19.

Per ætatem] in Florent. est, *propter ætatem l.* 1. *eod. propter ætatis infirmitatem.* Ulp. *tit.* 11.

COMMENTARIUS.

VIs ac potestas] Ita & in *l.* 1. *pr. h. eod.* Generis loco ponitur *vis ac potestas*, quæ duo frequenter conjunguntur, ut in *l. scire de legib.* §. *adipiscendæ inf. de interd.* & significant δύναμιν ἐξουσίαν, sive facultatem aut jus pro auctoritate quid faciendi statuendive tum in persona pupilli, tum in rerum pupillarium administratione, ὁμωνυμία in verbo potestatis jam notata est.

In capite libero] Objectum tutelæ, & est vetus locutio, *pro in caput liberum*, ut in illo 12. tabularum; *Si furiosus existat, agnatum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto.* item in formula adrogationis apud *Agell.* 5. *c.* 19. *Vtique ei vitæ necisque in eo potestas siet.* Caput autem liberum pro homine libero veteres dicebant. Cicero 4. *Verrin. Hic de capite libero judicabit.* Liv. *lib.* 31. *Libera capita sine pretio dimisit.* Hinc caput liberum facere, apud Plaut. *Mercat.* pro manumittere, & eos plerumque, qui etiam sui juris essent, hoc verbo intelligebant: quomodo Agellius *d. loc.* pupillum caput liberū appellat, id est, sui juris. Alii hæc verba ad tutorem referunt, quod etiam per me licet.

Ad

Ad tuendum eum] Hæc verba finem tutelæ indicant, & simul officium tutoris: nam ut tutela pupillorum gratia constituta est, ita & ad utilitatem eorum tota referenda. Distinguunt itidem tutelam à patria potestate, quæ magis ipsius patris causa comparata est, sicut & dominica domini; cujusque vis non minus in coërcendo, quam in tuendo filio posita est. Innuunt præterea, tutorem principaliter personæ dari, non certæ rei aut causæ, in quo differt à curatore, *§.4.seq.tit.junct.§.2. inf.de curat.*

Qui per ætatem se ipse defendere] His verbis distinguitur tutela à curatione: quippe quæ comparata est eorum omnium causa, qui rebus suis ipsi superesse non possunt, licet propter aliam causam, quam ætatem: ut sunt furiosi, prodigi, mente capti, & qui perpetuo morbo laborant, *§. 3. & 4. inf. de curat.* In Florent. est, *propter ætatem. Theoph.* διὰ τὸ τῆς ἡλικίας ἀτελές.

Iure civili] Clausula hæc ad definitionem necessaria non est, sed ideo adjecta, nequis putet, hanc potestatem temerè & pro arbitrio à quibusvis posse usurpari, aut ad eos, qui non sunt cives Romani, pertinere: nam tutela licet ortum ex jure gentium trahat, ad jus tamen civile refertur eo modo, quo pleraque alia, ut nuptiæ, patria potestas, testamenta, & cætera id genus.

Data ac permissa] Datur legitima, hoc est, legitimi tutores immediatè sine facto testatoris aut magistratus à lege ad tutelam vocantur, *l.5.in pr.& l.6.de leg. tut.* Permittitur, quæ prius data est aut testamento, aut à magistratu, illa lege 12. tabb. *l. 1. de test. tut.* hæc aliis legibus & constitutionibus, *inf. de Attil.tut.* Atque hinc etiam peti potest aliqua tutelæ divisio tanquam à causa efficiente, partim proxima, partim remota.

TEXTUS.

Definitio & Etymologia Tutoris.

2. Tutores autem sunt, qui eam vim ac potestatem habent, exque ipsa re nomen acceperunt Itaque appellantur tutores, quasi tuitores atque defensores; sicut æditui dicuntur, qui ædes tuentur.

COMMENTARIUS.

Q*Vi eam vim ac potestatem*] Si tutela est potestas ad tuendum eum, qui in tutela est, qui eam potestatem habet, rectè tutor dicitur, argumento à conjugatis.

Tutores sive tuitores] Ἐτυμολογία, sive notatio verbi tutoris, *l.1.§.1.eod.* Tutela quoq; idem erat veteribus, quod tuitio, sicut cautela idem quod cautio.

Sicut æditui] Æditumus est ædis sacræ tuitor, id est, curam agens, auctore Festo. Veteribus dicebatur *æditumus*, si Gellio credimus *lib. 12. c. 10.* ἱεροφύλακα vocat Scævola *l.20.§.1.de ann.legat.*

TEXTUS.

Quibus Testament. tutor datur.

1. de liberis in potestate.

3. Permissum est itaque parentibus, liberis impuberibus, quos in potestate habent, testamento tutores dare. Et hoc in filios filiasque procedit omnimodo: nepotibus vero neptibusque ita demum parentes possunt testamento tutores dare, si post mortem eorum in potestatem patris sui non sunt recasuri. Itaque si filius tuus mortis tuæ tempore in potestate tua sit, nepotes ex eo non poterunt ex testamento tuo tutores habere, quamvis in potestate tua fuerint: scilicet quia mortuo te in potestatem patris sui recasuri sunt.

NOTÆ.

§. *Liberis impuberibus*] Etiam ex hæredatis, *l. 4.de test.tut.* nec obstat *l.73.§. 1. de reg. jur.* quoniam exhæredatio non extinguit jus sui hæredis: aut impuberem facit suæ potestatis, *§.4.inf.de pup. subst.*

Quos in potestate habent] Tutela jure patriæ potestatis mandatur, *l. 40. de adm. tut. l. 1.de test.tut.d.l. 73. §. 1.* Itaque nec pater filio emancipato, nec mater liberis tutorem jure dare potest; sed opus est confirmatione, *tit. de conf. tut.*

Testamento] Codicillorum usu recepto, etiam codicillis testamento confirmatis dari tutores cœperunt, *l.3.de test.tut.*

In potestatem patris] *l. 1. §.ult. eod.* quippe tutorem habere non potest, qui est in potestate patris: nec dari nisi suo hæredi, *l. 73.§.1. de reg. jur.* junct. *§.2. inf.de hær.qualit.*

Non poterunt ex testamento &c.] Est tamen casus, ubi tutor utiliter datur nepoti, cujus pater superstes & in potestate, *l.10.§.2. de test. tut.*

COMMENTARIUS.

SPecies tutelæ tres sunt, testamentaria, legitima, & Attiliana sive dativa, quas nunc ordine persequitur, initio facto à testamentaria, quæ reliquis duabus potior est, *inf.tit.15. in pr. l. 9. §. 1. in fin. de tut. & rat. dist.* sicut & in deferenda hæreditate potior causa est hæredum ex testamento, quam ab intestato, *l.quamdiu 39.de acq. her.l.89. de reg. jur.* Ait, permissum esse parentibus liberis impuberibus, quos in potestate habent, testamento tutores dare, paucis verbis complectens & personam dantis, & ejus, cui datur, & formam dandi sive modum. In-

persona dantis exigit, ut si parens: in persona eorum, quibus datur, ut sint liberi ut impuberes, ut sint in potestate dantis: sunt & qui quartum requirunt, ut hæredes instituantur, contra expressum textum *l.* 4. *de test. tut.* & jus veteris patriæ potestatis, *arg.* §. 4. *inf. de pup. subst.* In modo dandi, ut detur testamento. Testamento autem datus etiam is accipitur, qui codicillis testamento confirmatis scriptus est, *l.* 3. *de test. tut.*

In filios filiasque, &c.] Lex duodecim Tabb. generali vocabulo liberorum usa est sine discrimine sexus aut gradus. Sive igitur fœminæ sint, quibus tutor datus est, sive masculi, sive filii, sive nepotes; quia hi omnes appellatione liberorũ continentur; §. *ult. seq. tit.* valet datio. Cæterum in nepotibus non aliter procedit, quam si post mortem avi in potestatem patris sui non recidant: quippe tutorem habere non potest, qui est in potestate patris, *hoc tit. in pr.* Deinde nepos quamdiu pater eum in familia præcedit, non est suus hæres avo, §. 2. *inf. de hær. qual. & diff.* tutor autem dari non potest, nisi suo hæredi, *l. quo tutela* 73. §. 1. *de reg. jur.*

TEXTUS.
De posthumis.

4. *Quum autem in compluribus aliis causis posthumi pro jam natis habeantur, & in hac causa placuit non minus posthumes, quam jam natis tutoris dari posse: si modo in ea causa sint, ut, si vivis parentibus nascerentur, sui hæredes, & in potestate eorum fierent.*

NOTÆ.

4. *Pro jam natis*] Quoties de eorum commodo quæritur, ut hic, *l.* 7. *l. pen. de stat. hom.* aliis autem non prosunt, nisi nati, *l.* 231. *de verb. sing.* exemplum in *l.* 2. *n.* 6. *de exc. tut.*

Sui hæredes, & in potestate] *l.* 73. §. 1. *de reg. jur.* nec minus tamen utilis est tutoris datio, si nati sint vivo patre, *l.* 16. §. *ult. de test. tut.*

COMMENTARIUS.

Quod de tutore liberis jam natis dando dictum est, id hic etiam ad posthumos producitur, hoc est, ad eos, qui tempore facti testamenti adhuc in utero sunt. Et ait Imp. etiam his testamento tutores dari posse, hac ratione, quia qui in utero sunt, plerisque juris articulis pro jam natis habentur; nempe quoties de commodo eorum quæritur, ut in casu proposito, *l.* 7. & *l. pen. de stat. hom.* Poterat & à jura patriæ potestatis ratio peti, *arg.* §. 1. *inf. de exhær. lib.* §. 4. *inf. de pup. subst.*

Sui hæredes & in potestate] Nempe quemadmodum nemo liberis jam natis tutorem dare potest, nisi quos in potestate & in suis hæredibus, cum moritur, habet; ita nec posthumis potest, nisi iis, qui, si vivo parente nascerentur sui hæredes & in potestate ejus futuri essent. Utrumque Q. Mucius paucis complectitur; *Nemo*, inquit, *potest tutorem dare cuiquam, nisi ei, quem in suis hæredibus, cum moritur, habuit, habiturusve esset, si vixisset, l. quo tutela* 73. §. 2. *de reg. jur.* Est tamen casus, ubi tutor utiliter datur nepoti, cujus pater superstes in potestate est, *l.* 10. §. 2. *ff. de test. tut.*

TEXTUS.
De Emancipatis.

5. *Sed & si emancipato filio tutor à patre datus fuerit testamento, confirmandus est ex sententia præsidis omnimodo, id est, sine inquisitione.*

NOTÆ.

5. *Emancipato filio*] Idem est, si etiam non emancipato datus sit codicillis non confirmatis, *l.* 1. §. 1. *de confirm. tut.*

Omnimodo] Ita ἐπὶ τὸ πλεῖστον, *ut plurimum d. l.* 1. §. 2. interdum enim à voluntate patris recedet prætor, *l.* 8. & 2. *seqq. eod. l.* 4. *de test. tut.*

Sine inquisitione] Et sine satisdatione, *d. l.* 4. *d. l.* 1. §. 2. *l.* 3. *l.* 6. *eod.* A matre autem datus filio instituto (nam exhæredato à matre dari non potest, *d. l.* 4.) non satisdat quidem, sed ex inquisitione confirmatur, *l.* 2. *de conf. tut. d. l.* 4. Et *l.* 4. *C. de test. tut.* tollenda est negatio in illo loco, *quando autem eos hæredes (non) instituerit.* Cujac. Fabrot.

COMMENTARIUS.

1. *Quibus ex rebus æstimandum, an tutor jure datus sit.*
2. *In quibus differat confirmatio tutoris à patre non rite dati & dati à matre, vel extraneo.*
3. *Explicatio l.* 4. *C. de test. tut.*
4. *Confirmatos tutores non pro dativis, sed pro testamentariis habendos.*
5. *In his regionibus ferè duo tantum esse genera tutorum, remissive.*

Emancipato filio] Didicimus *tit. præc.* §. *præterea*, liberos per emancipationem potestate patris sui liberari; quamobrem pater non jure, neque ex præscripto legis 12. tabb. tutorem dat filio emancipato: sed tamen qui ita non jure datus est, confirmatur auctoritate magistratus, & quidem simpliciter, sive omnimodo, ut hic loquitur Justinianus, id est, sine inquisitione, sitne idoneus necne. Locus postulat, ut de confirmandis tutoribus paulo, quam hic factum est, differamus accuratius. An tutor jure 1 datus sit, ex hisce tribus potissimum æstimatur; ex persona dantis, si parens est; ex persona eorum, quibus datur, si sint liberi impuberes & in potestate dan-

dantis; ex modo dandi, si detur testamento aut codicillis testamento confirmatis, § 3. *sup. eod.* Quapropter si quis alius, quam parens tutorem dederit; aut parens quidem, sed dederit liberis, licet impuberibus, qui in ejus potestate non sunt; aut non dederit testamento sive codicillis testamento confirmatis; datio ipso jure non valet. Cæterum cum reverentiæ, tum affectui eorum, qui impuberibus non legitime tutores dederunt, tributum est, ut quod deficit, à magistratu repleatur, datique confirmentur, *l. 1. §. 1. de conf. tut.* Confirmatio autem hæc non est unius modi. Interest enim an pater tutorem non jure dederit, an quis alius præter patrem. Judicio patris hoc datum, ut si is aut non justo testamento, aut codicillis non confirmatis, aut quocunque modo filio emancipato tutorem dederit, scriptus tutor simpliciter confirmandus sit, hoc est, sine inquisitione, & satisdatione ei remissa, *hoc text. l. 1. §. 2. l. 3. l. 6. de confirm. tut.* nisi quod ex causa nonnunquam inquisitio fiat, ut in casibus *l. 8. & 2. seqq. d. tit. l. 4. de test. tut. l. 1. §. 3. de adm. tut.* & quod in naturalibus liberis distinguitur, utrum pater, qui tutorem dedit, aliquid iis reliquerit, an nihil *l. 7. d. tit. l. ult. C. eod.* Quod si alius, quam pater, tutorem dederit, sive mater sit, sive patronus, sive extraneus quis non aliter hic tutor confirmatur, quam si & hæres impubes institutus sit, *l. 4. de test. tut. l. 4. de conf. tut.* quæ etiam ratio est, cur datio sustineatur, *d. l. 4. de conf. tut.* & inquisitio præcesserit, *l. 2. l. 5. d. tit. l. qui in tutelam 28. §. 1. de test. tut.* Hoc interest, quod à matre datus satisdatione non oneratur, sed ab ipso prætore ex inquisitione confirmatur, *l. 2. de conf. tit.* cæteri ferè remitti solent ad magistratus municipales confirmandos præstita satisdatione, *l. 5. d. tit.* nec aliter tamen quam si pupillus extra id, quod ex successione eorum accepit, nihil in bonis habeat *l. 4. ff. eod.* Quod autem diximus, à matre datum tutorem non aliter confirmari, quam si hæredem filium instituerit, ei obstat *l. 4. C. de test. tut.* ubi & liberis non institutis à matre datum confirmari solere rescriptum est. Respondent nonnulli, hoc fieri solitum, non ex juris aliqua constitutione, sed ex usu, quod non placet. Nam retenta lectione negativa hæc erit rescripta sententia, quod tutor à matre liberis institutis testamento datus, recte datus intelligatur, nec egeat confirmatione, secus si non institutis, id est, præteritis aut exhæredatis dederit, quod aperte falsum est. Tollenda omnino in *d. l. 4.* negatio cum Cujacio & Fabroto, ex illis verbis, *Quando autem eos hæredes (non) instituerit*, quomodo detracta sc. negatione, & in quibusdam codicibus legi testatur Pacius. Et teste D. Fabr. veteres libri negationem etiam non agnoscunt, ut nec Interpp. Græc. *ad. l. ult. Cod. arbit. tut.* Ita omnia & inter se & cum ratione juris optimè convenient. Ne quis enim ex eo, quod simpliciter dixerat Imperator, non posse matrem filiis testamento tutorem dare; nisi eos hæredes instituerit, putaret; cum eos hæredes instituit, dationem sustineri ipso jure; mox quomodo hoc quod dixerat, intelligendum sit, declarat nempe etsi ne tunc quidem cum liberis institutis mater tutorem dat, ipso jure datio valeat, datum tamen à præsidibus confirmari solere. Et sic bene quoque se habent illa sequentia, *Nullo vero ex his interveniente &c.* nempe si aut mater non instituto filio tutorem dederit, aut instituto datus non sit confirmatus. Pater vero etiam filio exhæredato jure tutorem dat, *l. 4. l. 16. §. 2. l. 31. de test. tut.* quoniam tam exheredatio jure patriæ potestatis fit, quam delegatur tutela. Porro tutores 4 ita confirmati sub eodem genere cum testamentariis comprehendi possunt. Primum quia perinde confirmati dicuntur, ac si ex testamento tutores essent, *l. 3. eod.* nisi quod à matre aut ab extraneo dati ex inquisitione confirmentur quod naturam tutoris non mutat, *arg. l. 8 seqq. eod.* Deinde quia confirmatio non pendet à voluntate & sola potestate confirmantis, sed magis in necessitate juris posita est; tenetur enim Prætor datum confirmare, & judicium defuncti, cujus proinde potissima ratio habetur, in confirmando sequi *l. 1. §. 1. eod. l. Nesennius 32. de excus.* Unde apparet etiam, antequam confirmentur, pro testamentariis quadantenus haberi, ut legitimis præferantur; & male ratiocinari eos, qui ob id, quod is, qui confirmat, aliquando dare censetur, per *l. lege 130. de verb. sign.* tutorem confirmatum pro dativo potius, quam testamentario habendum existimant, confundentes confirmationem necessariam cum ea, quæ tota pendet ab arbitrio & voluntate confirmantis. Denique testamentarius curator diserte appellatus qui testamento datus confirmatus est, *l. 7. rem pup. salv. fore.* Planè non omnes hujus tutelæ species æquè prope ad testamentariam accedunt: nec repugno, si quis mixtam dici malit. Utiq; si Magist. eum cum ignoraret à patre tutorem inutiliter datum esse, alium tutorem pupillo dederit, non revocatur, quod jure gestum est; adjungi tamen ei, is, qui patris judicium meruit, potest *l. 3. de* 5 *conf. tut.* Apud nos ferè duo tantum sunt tutorum genera; unum eorum, qui testamento; alterum, qui à magistratu dantur: nec refert à patre, an à matre dentur; testamento, an codicillis. Legitimorum autem tutorum vix apud nos usus est: quanquam ubi testamento de tutela nihil cautum est, solent & tenentur magistratus audire cognatos pupilli proximos atque ex iis, qui modo idonei sint, tutores creare, vid. quæ notamus *inf. in fin. tit. de leg. agn. tut.*

TITU-

TITULUS XIV.

Qui Testamento Tutores dari possunt.

Conc.lib.26.tit.2.Cod.lib.5.tit.28.

Continuatio & argumentum tituli.

Uperiore titulo dictum est de iis, qui testamento tutores dare & quibus possunt: quæ quidem sola spectantur, sed tunc tantum, cum is, qui datus est, & tutor esse possit; de quo nunc deinceps disputatur, & simul de modis testamento tutores dandi, deque intellectu atque interpretatione nonnullorum verborum, quibus testator in dando tutore usus sit.

TEXTUS.

Qui tutores dari possunt.

Dari autem tutor potest testamento non solum paterfamilias, sed etiam filiusfamilias.

COMMENTARIUS.

SEd etiam *filiusfam.*] Idque non testamento solum, sed etiam à magistratu, *l. 7. de tutel.* Nec obstat quod filiusfam. in potestate patris est: nam tutela munus est publicum, *inf. de excus. in pr.* In publicis autem causis filiusfam. non sequitur jus patris, sed pro patrefam. habetur, *l. 9. de his qui sui vel jur. l. 14. ad Treb.* Etenim qui est in aliena potestate, alium in potestate habere non potest, *l. sic eveniet. 21. ad leg. Iul. de adult.* Verum hoc est, sed de eodem genere potestatis accipiendum.

TEXTUS.

De Servo.

1. *Sed & servus proprius testamento cum libertate rectè tutor dari potest. Sed sciendum est, & sine libertate tutorem datum, tacitè libertatem directam accepisse videri; & per hoc rectè tutorem esse. Planè si per errorem quasi liber tutor datus sit, aliud dicendum est. Servus autem alienus purè inutiliter testamento datur tutor: sed ita,* Quum liber erit, *utiliter datur. Proprius autem servus inutiliter eo modo tutor datur.*

NOTÆ.

Libertatem directam] *l. 32. §. 2. de test. tut. l. pen. C. de nec. serv. man.* Imo fideicommissariam. Cujac. Vult. Bach. per *l. 8. C. de fideic. her.* Resp. *d. l. 9.* accipienda de eo casu, quo servus tutor datus est codicillis, vel verbis præcariis, veluti, *Peto à te hæres, ut Davus sit tutor liberis meis,* ut in *l. 1. §. 1. de conf. tut.*

Per errorem] Eo quod testator liberum esse putabat, cum esset servus, *l. 22. de test. tut. l. 24. §. 9. de fideic. lib.* ἐπειδὴ ἐπεπλάνητο περὶ τὴν τύχην αὐτοῦ ὁ διαθέμενος, ut ibi Græci.

Servus alienus pure inutiliter] Intellige qvoad verba & sententiam: nam illa datio, *Davus tutor esto,* non est pura qvoad sententiam: cum subaudiatur conditio, *cum liber erit.* Ita Cont. ne obstet *l. 10. §. ult. eod.*

Proprius inutiliter eo modo] Nec hæres eo modo rectè instituitur; *l. 21. de cond. inst.* quoniam quod in nostra potestate est, in casum conferri non oportet, *l. 22. d. tit.*

COMMENTARIUS.

1. *Veterum sententiæ consentaneum esse, quod ait Iustinian. servum proprium simpliciter tutorem datum, directo liberum fieri.*

NOn solum liberi homines testamento tutores dari possunt, sed etiam servi: quia & cum servis testamenti factio est, *l. testamento 21. de test. tut. §. in extraneis inf. de hær. qual. & diff.* Disputatur autem hoc §. de triplici forma mandandæ servis tutelæ, tum propriis, tum alienis. Prima hæc est; *Davus tutor & liber esto:* secunda; *Davus tutor esto:* tertia; *Davus tutor esto, cum liber erit.* De prima specie in servo proprio nulla est controversia: in alieno favor pupilli & publicæ utilitatis libertatem fideicommissam servo defendit, ut nimirum hæres eum à domino emat & manumittat, *l. 10. in fin. de test. tut.* De secunda, quod quidem attinet ad servum proprium, Justinianus hanc directam libertatem tacitè accepisse scribit, ac per hoc rectè tutorem esse: quod & Paulus non obscurè indicat *l. quæro 32. in fin. d. tit.* cum dicit, hoc ipso, quod à domino tutor datus est, libertatem quoque meruisse videri, eamque sibi vindicare posse, & ab adita hæreditate liberum esse. Tertia in alieno servo utilis, in proprio inanis & ludicra judicatur, tanquam si quis diceret, hæc res tibi empta sit, si voluero.

Directam] Directa libertas dicitur, quæ recta ex testamento ad servum transit sine alterius facto aut opera, *§. 2. inf. de sing. reb. per fid.* Putat Cujacius, eumque secuti Vultejus & Bachov. hoc à Justiniano pri- 1

primum

mum constitutum esse: sed eos refellit tum locus Pauli modo allegatus, tum quod Justinian. scribit, *l. pen. C. de nec. serv. her. inst.* jure civili jam ante inductum fuisse, ut si quis servum suum sine libertate tutorem dedisset, ex ipsa tutelæ datione libertatem ei imposuisse præsumatur. Deinde quod idem mox constituit in servo omissa libertate hærede instituto, quod antea non obtinebat, *inf. de her. inst. in pr.* nimirum ut hoc ipso, quod hæres institutus est, etiam libertas ei imposita videatur, ad exemplum servi simpliciter tutoris dati. Atqui servum simpliciter hæredem institutum, nemo est qui negare possit, directo ex testamento liberum fieri ex constitutione Justiniani. Postremo cui datur fideicommissaria libertas, is non nisi volens & petens fit liber. Servus proprius tutor datus, necessariò. Non obstat quod dicitur in *l. 10. in fin. de test. tut.* nihil interesse, suum servum, an alienum quis tutorem dederit: hoc enim ad voluntatem dandæ libertatis, non ad qualitatem datæ referendum est; si quidem servo alieno non nisi fideicommissaria defendi potest. Magis obstat *l. etsi 9. C. de fid. lib.* Communis responsio est, eum locum accipiendum esse de eo casu, quo servus tutor datus est codicillis, vel verbis precariis, veluti, *Peto à te, heres, ut Stichus sit tutor liberis meis.* Quod etiam verba d. l. *per fideicommissum manumisisse*, significant. Per fideicommissum enim nihil aliud est, quam verbis fideicommissi, quibus ut tutor esset, petierat, *arg. l. qui tutelam 28. §. 1. de test. tut.* Franc. de Amaya nobilissimus Hispaniæ Jurisconsultus putat, veteres ipsos hic inter se non convenisse, *lib. 1. obs. jur. c. 7.*

Per errorem] Quod liber putaretur: quo casu servo tutelam mandare voluisse nemo creditur, *l. si quis 22. de test. tut. l. generalitèr 24. §. si quis tutorem de fideic. lib.*

Purè inutiliter] Hoc est, absque conditione, *cum liber. erit.* Quid igitur est, quod Ulpian. ait *d. l. 10. §. ult. de test. tut.* in hac datione semper inesse hanc conditionem, *cum liber erit?* An dicemus, hoc contra rationem juris benignè receptum esse? An potius sententiam testatoris inspiciendam, ut si hæc non refragetur, valeat; si manifeste repugnet, datio sit inutilis, *d. l. 10. in fin.* Quid enim, si ita verbis purè datus est, ut nec sententia eum liberum esse testator voluerit, veluti si liberum eum esse jam ante existimavit? & hoc verum est.

Proprius autem servus inutiliter] Nam perinde est, ac si diceret testator, tutor esto, cum à Domino suo libertatem adeptus erit, quod cum Dominus ipse loquitur, aperte ludificari & nihil agere intelligitur; veluti si quis dicat, hæc res tibi empta est, cum eam tibi vendidero.

TEXTUS.

De furioso & minore 25. Annis.

2. *Furiosus vel minor viginti quinque annis tutor testamento datus, tutor tunc erit, quum compos mentis, aut major viginti quinque annis fuerit factus.*

COMMENTARIUS.

Tutores testamento dari possunt non solum qui tempore facti testamenti jam idonei sunt ad tutelam administrandam; verum etiam qui eo tempore idonei non sunt, modo tales sint, ut natura postea idonei fieri possint; quales sunt furiosi, & minores 25. annis.

Quum compos mentis] Proculo videbatur, furiosum testamento tutorem purè dari non posse, *l. 10. §. 3. de test. tut.* Et videri potest pater non satis serio agere, qui eum tutorem purè dat, quem scit tutelam gerere non posse. Sed placuit etiam, hoc patri licere, quasi tacitè sub hac conditione detur, ut tutor sit, cum sapere cœperit, *d. l. 10. §. 3. l. 11. de tutel.* Medio autem tempore tutor aut curator à magistratu dabitur, *inf. de Attil. tut. §. 1. & inf. de curat. §. ult.*

Major 25. annis] *l. quæro §. ult. de test. tut.* Et hic interim usque ad legitimam dati tutoris ætatem alius à magistratu dabitur, *l. 10. §. si libertus de excus.* Rectè autem hic monet D. Bachovius, ponendos esse terminos habiles, ut minor, qui tutor datus est, ejus sit ætatis, ut ante pubertatem pupilli annum 25. implere possit: alioqui dationem esse lusoriam, ac protinus à magistratu tutorem dandum; quod sic accipe, si legitimum tutorem pupillus non habeat.

TEXTUS.

Quibus modis tutores dantur.

3. *Ad certum tempus, vel ex certo tempore, vel sub conditione, vel ante hæredis institutionem posse dari tutorem non dubitatur.*

COMMENTARIUS.

1. *Servum, furiosum, minorem 25. annis, à magistratu non rectè tutorem dari, neque tutorem tempori aut conditioni adstringi.*

Etiam in modo testamento tutores dandi placet testatoris voluntatem servari. Itaque non solum purè, sed ex die etiam & sub conditione tutorem rectè dederit, ut qui datus sit, non ante sit tutor, quam dies aut conditio extiterit, & deficiente conditione tutor non sit. Potest & ad certam diem & usque ad certam conditionem tutorem dare, ut finito tempore aut conditione existente tutor esse desinat, *l. 8. §. 1. & 2. de test. tut. l. si adrogati §. 3. & ult. de tutel. §. 2. & §. pen. inf. quib. mod. tut. fin.* & deficien-

ficiente quidem aut finita tutela testamentaria, locus erit legitimo tutori; pendente, Attiliano, *l.* 11. *de test.tut.junct.l.9.§.2.de tut.& rat.distr.*

Vel ante heredis institutionem] Apparet hoc favore pupilli jam olim receptum fuisse. Poterat autem de eo dubitari, propterea quod jure veteri ante heredis institutionem legata inutiliter relinquebantur. Nunc autem nulla amplius dubitandi ratio est, §.34. *inf.de legat.* Hic paucis admonendi sumus, ea, quæ de
1 servis, furiosis, minoribus 25. annis tutoribus datis, itemq; de tutore tempori aut conditioni astringendo dicta sunt, omnia propria esse tutelæ testamentariæ, atque ex interpretatione verborum legis 12. *Uti quisque legasit, &c.* patri permissa. Non eadem libertas magistratibus data. Nam hi sub conditione tutorem dare vetantur, *l.6.§.1. de tutel.* quamobrem nec servus, nec furiosus, nec minor rectè ab iis tutor dabitur, sive sub conditione expressâ, servus, *cum liber erit &c.* sive simpliciter & purè: nam & tunc eadem conditio perinde inesse creditur, atq; si expressa esset, *l.10.§.pen. & ult.de test.tut.* Cur tam variè? Nimirum quia ab officio judicis aut magistratus alienum est actus suos suspendere atque imperfectos relinquere. Ideo enim aditur, ut in præsenti nobis officium atque auctoritatem suam, qua opus est, impertiatur, quod & Jo.Fabro suboluit, qui ad hoc utitur *arg.l.non quemadmodum 35.de jud.l.1.§.biduum quand. app.* Aliam insuper rationem afferunt vulgo DD. quod tutore à patre sub conditione dato, magistratus sit, pendente conditione pupillo prospicere: At si à magistratu tutor sub conditione daretur, neminem adiri posse, qui pendente conditione pupillo consulat. In eo autem Gloss. & DD. in *d.l.6.§.1.* errare existimo, quod putant etiam magistratum sub tacita conditione tutorē dare posse, per *l.11.de test.tutel.* quippe quæ de tutela testamentaria omnino accipienda est, ut & Bart. eam accepit. Planè usque ad conditionem, sub qua tutor testamento datus est, à magistratu interim alium tutorem tacitè dari posse non ambigitur, *§.1.inf.de Attil.tut.de l.11.in pr.*

TEXTUS.

Cui dantur.

4. *Certæ autem rei, vel causæ, tutor dari non potest: quia personæ, non causæ, vel rei, tutor datur.*

NOTÆ.

4. *Certæ rei*] Ex Ulp. *l.2.* & Marcian. *l.* 14. *de test. tut.* *Certæ rei*, nec deductis rebus, *d. l.* 12. ὑπ' ἐξῃρημένων πραγμάτων, ut vertunt Græci. Et si datus fuerit, tota datio non valebit, *l.13. eod.* Aliud juris est, si quis hæres certæ rei scribatur, *l.* 1. *§.* 4. *de hær. inst.*

Non potest] Universo tamen patrimonio alicujus loci utiliter datur, *l.15.eod.*

Personæ] Principaliter scil. nam per consequentiam etiam rebus pupilli dari intelligitur, *l.12.§.pen. de adm.tut.*

COMMENTARIUS.

1. *Dispositioni hujus §. apud nos locum non esse.*

C*Ertæ rei vel causæ*] Veluti Mævius, quia mercaturæ peritus est, Tabernæ pupilli tutor esto: quia juris & consvetudinis forensis, lites & controversias persequatur.

Quia personæ] Datur enim tutor ad tuendum pupillum, §. 1. *sup. tit.* ideoque si ad certam rem aut causam datus fuerit, tota datio non valebit, *l.12.cum 2.seqq. de test. tut.* quoniam tutoris officio non congruit. Non obstat *l. 12. §. cum tutor. de adm. tut.* Aliud enim est certæ rei tutorem dare, aliud rebus pupilli omnibus tutorem datum præpositum intelligi. Nam cum personæ pupilli tutor detur, per consequentiam etiam rebus ejus dari intelligitur, quæ conditionem personæ sequuntur. Et vero si personæ pupilli consulendum est; necesse est, ut non tantum personæ & moribus pupilli; sed etiam rebus ejus tutor præponatur, *d.l.12.de test. tut. d.l.12.§. cum tutor.de adm. tut.* Atque in hoc præcipuè differt tutor à curatore, qui rebus minoris principaliter datur, *l. 8. C. de nupt.* & ad unum certumque negotium rectè decernitur, *§.2.inf.de curat. l. 7. de tut. dat.* Planè si tanto locorum intervallo disjunctum sit patrimonium, ut difficulter ab uno administrari queat, pupilli favore receptum est, ut rebus ita disjunctis, puta rei Africanæ aut Syriacæ, tutor dari possit, *l. 15. de test.tut.* quo tamen casu singuli tutores in solidum dati intelliguntur, nec tam tutela dividi, quam administratio. Una sanè superioris regulæ exceptio videtur, quod impuberi ad hæreditatem adeundam ut tutor detur, ex causa permissum est, *l.9.de tut.dat. l.10.de test.tut.l.17.§. 1. de appell.* Mater quoque dicitur potius in rem, quam in personam tutorem dare videri, *l. 4. de test. tut.* quasi nec verus tutor sit, qui ab eo datus est, qui jus dandi tutorem ex lege non habet. Apud nos hæc juris Romani subtilitas non observatur: sed potest, auctore, 1
Grotio 1.*manud. c.7.* tutor vel testamento vel à magistratu etiam ad certam rem vel causam dari. Quoniam hodie sublata est tutorum & curatorum differentia, *vid.inf.tit.de curat.* Potest etiam à magistratu dari ex die vel ad diem vel sub conditione (quod jure Romano solis parentibus permissum erat, §. prae

praec.)modo ne pupillus unquam indefensus maneat, Illud etiam nunc manet, quod tutor incertus nec testamento rectè detur, *l.tutor.20.l.tutor. 23. de test. tutor.§.sed nec 27.inf. de leg.*

TEXTUS.

De tutore dato filiabus, vel filiis, vel liberis vel nepotibus.

5. *Si quis filiabus suis, vel filiis tutores dederit, etiam posthumæ, vel posthumo dedisse videtur: quia filii vel filiæ appellatione & posthumus & posthuma continetur. Quod si nepotes sint, an appellatione filiorum & ipsis tutores dati sint? Dicendum est, ut & ipsis quoque dati videantur, si modo liberos dixerit. Cæterum si filios, non continebuntur. Aliter enim filii, aliter nepotis appellantur. Plane si posthumis dederit, tam filii posthumi, quam cæteri liberi continebuntur.*

NOTÆ.

5. *Si quis filiabus*] Ex Ulp. *l. 5. & l.6.de test.tut.*

Etiam posthumæ] In legatis contra, *l.17.de legat.1.* quia legata liberis, non ut liberis, relinquuntur, sed ex affectione singulari erga hos vel illos: at tutor liberis datur, jure potestatis.

Aliter filii, aliter nepotes] Natura filium à nepote distinguit; & hic naturalem propriamque appellationem sequimur; quia ut ab ea recedamus, nulla justa est ratio: alias filii appellatione & nepos continetur, justa scil.interpretatione, *l.84.l.201.l.220.de verb.sign.* Exempla in *l. 59.de rit. nupt. l. 2. §. 28. ad Tertyll. l. 14. de senat. Mac.* Filias tamen appellatione filiorum hic quoque venire placet, *l. 16.de test.tut.*

Posteris] Leg. *posthumis d. l. 6.* & ita Theophil. & alii.

COMMENTARIUS.

1. *Appellatione liberorum venire omnes, qui ex nobis descendunt.*
2. *Filiorum appellatione in hoc argumento contineri & posthumos: nepotes non contineri, filias contineri. Et quæ horum omnium ratio.*
3. *Appellatione posthumorum venire liberos omnes nascituros sive primi, sive ulterioris gradus.*

Voluntatis quæstio est, cum quæritur qui liberi appellatione filiorum, liberorum, posthumorum contineantur. Et de liberis, ut inde incipiam, nulla dubitatio est, quin ea appellatione omnes, qui ex nobis descendunt, contineantur, sive filii sint, sive nepotes aut deinceps, sive jam nati, sive adhuc nascituri, *l. liberorum 220. de verb. sign.* Quamobrem si quis liberis tutores dederit, non solum filiis, sed etiam nepotibus & qui infra eos sunt, dedisse intelligitur, uti ex Ulp. *l. 6. de test. tut.* Justinianus hoc loco refert; dummodo post mortem dantis in potestatem patris sui recasuri non sint, *§. 3. sup. tit.* De filiis duo hic quæruntur: unum est, an eorum appellatione etiam posthumi contineantur: alterum, an & nepotes. De primo ait, *Si quis filiabus suis vel filiis tutores dederit, etiam posthumæ vel posthumo dedisse videtur: quia filii vel filiæ appellatione & posthumus & posthuma continentur.* quod & Ulpian. respondet *l.5.d. tit.* Cui tamen loco obstare videtur, quod idem Ulpian. scribit *l. qui filiabus 17. in pr. de legat.1.* eum, qui filiabus legavit, non intelligi posthumæ legasse, nisi & mentionem aliqua parte testamenti posthumæ fecerit. Sed hæc minimè pugnant. Tutor enim datur jure potestatis, ut filiis & liberis; posthumi autem æquè filii & liberi sunt, ac cæteri. Legata vero liberis non ut liberis relinquuntur, sed ex singulari affectione erga certos: quæ affectio in proposito erga posthumam non præsumitur, ita ferè Angel. hic post *Gloss. in d. l. 17.* Alterum est, utrum filiorum appellatione etiam nepotes veniant. Et ait, non venire; quia aliud sit filius, aliud nepos: filius enim est, qui ex me & uxore mea natus est; nepos; qui ex filio meo, hoc idem & Ulpian. *d.l.6.* Quid ergo est, quod legimus in *l. filii 84.l.liberorum 220.de verb. sign.* filiorum appellatione etiam nepotes cæterosque, qui ex nobis descendunt, contineri? Nimirum ubi justa interpretatio id suadet, *l. justa 201. eod. tit.* Nam nec à proprietate verborum aliter recedendum est, *l.non aliter 69. de legat. 3.* Exempla suppeditant, *l. senatus 59. de rit. nupt. l.2. §. filiis 28. ad Tertyll. l. 14. de sen. Mac.* Et fingamus in proposito testatorem filios non habere, sed nepotes tantum: aut finge nepotes solos esse impuberes, dubitandum non est, quin filiorum nomine nepotes intellexerit, ne nihil egisse videatur; quod & Joan.Faber notat. At si filios testator habeat impuberes, nulla justa causa est, cur recedamus à proprietate sermonis, dicamusq; filiorum appellatione & nepotes eum complecti voluisse. Nam nepotibus fortasse magis expediat peculiarem tutorem habere, legitimum vel dativum, quam eum, qui à parente datus est, qui filiorum tutela satis sit implicitus atque occupatus: cui adde, quod hic agitur de gravando extraneo, cujus interfit ne nimium oneretur. Illud hic omissum est, an appellatione filiorum etiam filiæ contineantur. Responsum est contineri *l.16. in pr. de test. tut.* quippe in toto jure pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum porrigitur, *l.1.l. pronuntiatio de verb.*

verb. sign. De posthumis est in vers. *Planè si posthumis.* Et ait Imp. si posthumis tutor datus sit tam filios posthumos, quam cæteros liberos contineri, id est, ut rectè hoc accepit Theophilus, contineri non tantum posthumos primi gradus, verum etiam secundi & ultiores: si modo in ea causa sint, ut si vivo testatore nascerentur, in potestate ejus futuri sint, neque testamentum rupturi, *l. 1. §. 1. de test. tut.* Quare esse non est, ut eum Haloandro pro *Posthumis* substituamus *posteris*, maximè cum apud Ulpian. quoque *l. 6. eod.* unde hæc descripta sunt, *posthumis* legatur, & ut Bald. ibi notat, vox posthumi non distinguat gradus, ut filii, sed colligat add. *Don. 3. comm. 4. D. Tuld. hic c. 4. D. Iac. Coren. cons.* 14. ubi disputat, an vox Belgica *Kindt* aut *Kinderen* tam late pateat, quam Latina *liberorum*, ut & Sande *lib. 4. rer. jud. tit. 5. de fin.* 10.

TITULUS XV.

Lib. 26. tit. 4. Cod. lib. 5. tit. 30.

De legitima agnatorum tutela.

Ratio ordinis & Argumentum Tituli.

Testamentariam tutelam excipit legitima, Ea est, quæ lege defertur iis ferè, qui ad legitimam hæreditatem impuberis vocantur. Species hujus tutelæ quatuor; agnatorum, patronorum, parentum, & fiduciaria: quarum duæ priores propriè sunt legitimæ, *l. 1. hoc tit.* sequentes duæ ἀναλόγως. Singulæ singulis titulis hic explicantur: in π̄, & C. omnes uno. Hoc autem titulo exponitur species prima, quam adgnatorum esse diximus, traditurque unde ea descendat, qui nam sint adgnati, quando iis tutela deferatur: postremo subjicitur specialis quidam hujus tutelæ finiendæ modus.

TEXTUS.

Summa.

Quibus autem testamento tutor datus non est, his ex lege duodecim tabularum adgnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.

NOTÆ.

Ex lege 12. tab.] *l. 1. de leg. tit.* ubi de summa providentia constitutum dicitur, ut qui sperarent successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur. Lege autem Solonis tutela non deferebatur agnatis, nisi remotioribus. Laërt. in *Solon.* contraria vid. ratione, quod ferè quisque conetur eum, quem proximus hæres insequitur, expungere, ut ait Pers.

COMMENTARIUS.

1. *Quid intersit inter agnatos & gentiles, gentem & familiam.*

Q*Vibus testamento*] Semper enim legitimi tutores, ut supra quoque dictum est, cedunt testamentariis, *l. 11. de test. tut. l. 9. §. 1. de tut. & rat. dist.* sicut & legitimi hæredes iis, qui ex testamento vocantur; *l. quamdiu de acq. her.* Et vulgo dici solet, provisio hominis facit cessare provisionem legis, per *l. ult. C. de pact.*

Ex lege 12. tabb. adgnati sunt tutores] Lex 12. tabb. & ad hæreditatem legitimam vocavit agnatos, atque iisdem etiam tutelam legitimam detulit. Idque summa providentia à lege constitutum esse Ulp. scribit, ut qui sperarent successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur, *d. l. 1. hoc tit.* Hæc autem tutelæ species ea est, quæ à Servio dicitur jure civili data, *l. 1. de tutel.* Etenim legitimos tutores nemo dat, sed lex eos tutores facit, *l. 5. hoc tit.* Hotomannus putat, etiam gentilium mentionem à lege factam, Et sanè in hæreditate facta est, auctore Cornificio ad Heren. *lib. 1.* qui verba legis sic refert; *Si paterfam. intestato moritur, familia pecuniaque ejus agnatorum gentiliumque esto.* Ut omnino verisimile sit, eodem modo post agnatos & tutelam gentilibus delatam fuisse. Quid intersit inter gentiles & agnatos multi ante nos docuerunt. Dicam tamen obiter. Quod discrimen est inter gentem & familiam, hoc idem est inter gentiles & agnatos. Gens ex pluribus constat familiis; quæ singulæ cognominibus distinguuntur: nam ut nomen universæ genti commune est: ita cognomen proprium cujusque familiæ, quæ gente continetur. Qui ejusdem gentis sunt, gentiles; qui ejusdem familiæ, agnati dicuntur. Verbi causa, in gente Valeria sunt Corvini, Maximi, Messallæ, Flacci. Hi omnes unam gentem Valeriorum constituunt: singuli singulas in ea gente familias: omnesque inter se gentiles sunt; singuli inter se etiam agnati. 1

TEX-

TEXTUS.

Qui sunt agnati.

1. *Sunt autem adgnati, cognati per virilis sexus cognationem conjuncti, quasi à patre cognati: veluti frater ex eodem patre natus, fratris filius, neposve ex eo: item patruus & patrui filius, neposve ex eo. At qui per fœminini sexus personas cognatione junguntur, adgnati non sunt, sed alias naturali jure cognati. Itaque amitæ tuæ filius, non est tibi adgnatus, sed cognatus: & invicem tu illi eodem jure conjungeris: quia qui ex ea nascuntur, patris, non matris familiam sequuntur.*

COMMENTARIUS.

PEr *virilis sexus*] Adgnati dicuntur, qui per virilis sexus personas cognatione juncti sunt, *l.7.hoc tit. §. 1. inf. de leg.agn.succ. l.2.§.1.de suis & leg.* modo non sint capite minuti, & sint in familia, *§.ult. inf.eod.* Nihil autem refert, naturâ quæsita sit agnatio, adoptione, *d.l.2.§.3.de suis & leg.*

Veluti frater ex eodem patre] Masculos tantum ex agnatis hoc loco recenset; quia licet etiam fœminæ quædam nobis agnatæ sint, veluti soror ex eodem patre nata, amita, fratris filia: tutela tamen solis maribus jure communi defertur, *l.1.§.1. hoc tit.*

Naturali jure cognati] Cognationis nomen per se generale est: siquidem cognati dicuntur omnes, qui vel jure sanguinis, vel jure adoptionis nos contingunt: proinde & agnati. At idem nomen oppositum agnationi ad eam speciem cognationis contrahitur, quæ per fœminas copulatur, *l. 4. §.2.l.ult.§.1.& 2. de grad.& aff.* idemque hic planè accidit, quod in nomine adoptionis notavimus sub *§. 1. sup. de adopt.* Agnati Germanis dicuntur Schwertmägen cognati Spielmägen.

TEXTUS.

Quis dicatur intestatus.

2. *Quod autem lex duodecim tabularum ab intestato vocat ad tutelam adgnatos: non hanc habet significationem, si omnino non fecerit testamentum is, qui poterat tutores dare: sed si quantum ad tutelam pertinet, intestatus decesserit: quod tunc quoque accidere intelligitur, quum is, qui datus est tutor, vivo testatore decesserit.*

COMMENTARIUS.

QVantum ad tutelam] Disertè ait, quantum ad tutelam, ut & Jurisconsult. *l.6. hoc tit.* nam ad hæreditatem quod attinet, nemo intestatus decessisse intelligitur, qui testamento facto, unde hæres postea extitit, decessit, *inf. de her. quæ ab int. def. in pr.*

[*Vivo testatore*] Exempli causa positum arbitror. Quid enim si post mortem testatoris ante cœptam tutelam decesserit? Sanè non minus hoc, quam illo casu rectè dicitur paterfam. quoad tutelam intestatus decessisse. Sed et si tutor testamento datus post cœptam tutelam decesserit, vel in civitate esse desierit, nihilominus ad legitimum tutela redit, *l. 6. hoc tit.l.11.§. pen. & ult. de test. tut.* Unde vel magis dicendum est, si ad certam conditionem vel ad certum tempus datus sit; existente conditione aut finito tempore ad legitimos tutelam reverti: quasi qui dedit, pro parte intestatus, quod ad tutelam pertinet, decesserit. Planè si tutor testamento datus postea excusatus sit aut remotus, placet, non legitimum succedere, sed in locum ejus alium à magistratu dari, *d. l. 11. §. 1. & 2.* Diversi hujus juris non alia ratio occurrit, quam quod illis modis ipso jure tutela finitur & planè extinguitur; excusatione autem & remotione non item, sed interventu magistratus, quasi ipso jure perinde quodammodo habeatur, ac si excusati ac remoti adhuc tutores essent.

TEXTUS.

Quibus modis agnatio vel cognatio finitur.

3. *Sed agnationis quidem jus omnibus modis capitis deminutione plerumque perimitur: nam adgnatio juris civilis nomen est, cognationis vero jus non omnibus modis commutatur: quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia vero non utique.*

COMMENTARIUS.

1. *Tutelam legitimam minima capitis deminutione non amplius tolli.*
2. *In his regionibus vix usum esse legitimæ tutelæ: & quid moris cessante testamentaria?*

DIffert agnatio à cognatione etiam in eo, quod agnatio quavis capitis deminutione, etiam minima tollatur, & consequenter [illegible] agnationi tributa, ut tutelæ & hæreditates legitimæ [illegible]reant, *l.7.de cap.min.l.5.§.ult.hoc t.* Cognationis autem jus non mutetur, nisi maxima aut media capitis deminutio intervenerit. De quo amplius *§.pen.seq.tit.* qui hujus loci explicationem continet. Hanc autem

inter agnationem & cognationem differentiam, idcirco hoc loco proposuit Justinianus, ut aditum sibi patefaceret ad tractatum de capitis deminutione.

Plerumque] Additum propterea quod jus agnationis certis personis novis legibus datum interveniente minima capitis deminutione non perimitur: quippe quibus legibus hæreditates & tutelæ sic deferuntur, ut personæ naturali nomine designentur: ut ecce, defertur hæreditas ex Senatusconsultis matri & filio, *d.l.7.de cap.min.§.2.inf.de sen. Orfic.l.1. §.8.ad sen.Tert.* Constitutione quoque Anastasii frater emancipatus neglecta capitis deminutione ad legitimam fratris vel sororis hæreditatem & tutelam vocatur, *l.4.C. hoc tit.§.1.inf.de succ. cogn.* Justinianus & fratrum emancipatorum filios vocat, *l. ult.*
1 *§.4. C. de legit. her.* Novissimo autem jure cum in totum sublata sit agnationis & cognationis hac in parte differentia, pariterque cognati cum agnatis ad legitimam tum hæreditatem tum tutelam vocentur: *Nov.118.c.4.& 5.* consequens omnino est, legitimam tutelam minima capitis deminutione non amplius tolli.

Quia agnatio juris civilis nomen] Sicut & familia, cujus appendix est agnatio. Neque obstat, quod etiam aliæ gentes familiarum & agnationum rationem habuerunt: multa enim etiam apud alias gentes observantur, quæ tamen non sunt juris naturalis: quippe non ratione naturali, unde jus gentium æstimandum, *l.9.in fin.de just.& jur.* constituta, sed civili duntaxat: argumento est adoptio, de qua *sup.tit.11.* item usucapio, de qua *lib.2. tit.6.* tale etiam est jus agnationis.

Civilia jura corrumpere potest] Quod non sic accipiendum est, quasi minima capitis deminutione omnia jura civibus tributa amittantur, sed ea tantum, quæ familiæ illius sunt propria, è qua capite minutus exit.

Naturalia vero non utique] Ου πάντως, non omnino, Th. non capitis deminutione minima. Pompon. *l.8. de reg. jur. nullo jure civili*, id est, nulla juris civilis vel fictione, vel solemnitate, veluti emancipatione, *vid.§.pen.seq.tit.*

Apud nos legitimæ tutelæ vix usus est, ut notavimus *sup. tit. de tutel. in fin.* præterquam in agro 2
Voornano, juxta *art.74.* statutorum illius agri confirmatorum à Carolo Quinto anno 1519. Cæterum cessante tutela testamentaria, magistratus tutelaris, sicubi est, aut qui juri dicundo præsunt, tutores (fere tamen proximos pupilli cognatos) creant. Ac nec pupilli diu indefensi maneant, tenetur parens superstes, aut eo tutelam suspicere recusante, duo è proximis per defunctum pupillo cognatis, intra certum tempus statutis aut consvetudine locorum definitum, tutores à magistratu petere; qui tum de consilio eorum, atque etiam ex iis, quod sine fraude pupillorum fiat, tutores eligit atque constituit. Quamobrem pater & mater, iisve deficientibus, avus & avia, in tutela filiorum suorum & nepotum cæteris præferuntur: quibus tamen contutor unus atque alter è cognatis defuncti proximis adjungendus est. Patris & avi tutela perpetua est: matris & aviæ transitu ad secundas nuptias finitur: neque ad tutelem admittuntur, nisi prius beneficio Senatusconsulti Vellejani renuntiaverint, juxta dispositionem juris civilis Romanorum, *auth.matri & avia & seq. C.quand.mul. tut.* Sed nec mater iterum vidua facta tutelam recuperat, uti judicatum refert *Myns. 3,obs, 84.add. Io. Gutierez de tutel. p.1.c.8.& 9.* Si ex parentibus nemo extabit, tenentur ad minimum duo ex iis, qui pupillum proximè contingunt, unus per patrem, alter, per matrem, simili modo tutores petere: atque hic quoque proximos tunc eliget magistratus, aut si illi idonei non sint, qui proximè sequuntur, & ita deinceps. Demum si cognatorum nemo sit idoneus, alios ex inquisione tutores creabit. Consule statuta tutelaria Rhynlandiæ *art. 12. cum aliquot seqq. Grot.1.manuduct.7.Christin.vol.3.dec.147 n.4.& seqq. & decis. 149.* ubi refert, moribus Galliæ & Mechliniensium matrem & aviam non renuntiare Vellejano.

TITULUS XVI.
Lib. 4. D.tit. 5.
De capitis deminutione.
Continuatio & summa tituli.

IN π. hic locus inter restitutiones in integrum tractatur *lib. 4. tit. 5.* Justinianus autem cum in *§. ult. sup. tit.* docuisset, jus agnationis, ac proinde & tutelam legitimam, quovis genere capitis deminutionis perimi, inde occasionem arripuit de ea re plenius separatim disputandi; quod facit hoc tit. ubi primum quid sit capitis deminutio, definit: deinde diviso genere in suas species, itidem quid sint singulæ, & quam vim habeant, exponit: tum interpretatur, quod in *d.§.ult.* dixerat, cognationis jus capitis deminutione non omnibus modis inverti: & tandem pro corollario docet, quo ordine agnatis tutela deferatur.

TEX-

TEXTUS.

Definitio & divisio.

Est autem capitis deminutio, prioris status mutatio. Eaque tribus modis accidit. Nam aut maxima est capitis deminutio, aut minor, (quam quidam mediam vocant) aut minima.

NOTÆ.

Prioris status mutatio] Græci, προτέρας καταστάσεως ἐναλλαγή. Apud Paulum in *l.1.eod.* non est *prioris. Status*, hic est, quod à genere, à civitate, à rer. natura tribuitur, *l.3. de int. & releg.* nempe familia, civitas, libertas, *l.ult.h.t.*

Tribus modis] Auson. *Idyll.11. Triplex libertas capitisque minutio triplex* nimirum uno ex tribus illis, quę dixi, amisso, contingit capitis deminutio, *d.l.ult.*

COMMENTARIUS.

Capitis deminutio] Verbi capitis varia est & multiplex acceptio, ut videre est apud Hotomannum & alios *in Lexic.* Hic* significat personam, locum aliquem in ordine civium proprio obtinentem, quem locum cum amittit, capite minui dicitur. Putatque Hotomannus, ad personam translatum esse, quod de ipso ordine propriè loquendo dici debebat; ut ecce cum quis deportatur aut emancipatur, ordo civium aut agnatorum capite uno minuitur.

Status mutatio] *l.1.hoc tit.l.2. de in int.test.* Græci, καταστάσεως ἐναλλαγὴ κεφαλῆς ἐλάττωσις. Status quoque vocabulum multa significat: sed in hoc tractatu accipitur duntaxat pro eo jure, quod singuli in civitate habemus, nimirum libertatem, civitatem, familiam, quæ tria scire Chremes apud Terentium in Eunucho his verbis complectitur; *Dico, eam esse liberam, civem Atticam, meam sororem.*

Tribus modis] Tot enim necesse est sint genera capitis minutionis, quot sunt, quæ in persona cujusque civis considerantur, quorumque uno amisso status* ejus comutatur, *l.ult.hoc tit.* Qui duo tantum genera faciunt, magnam & minorem, appellatione magnæ maximam & mediam, quæ hic etiam minor dicitur, comprehendunt, quod facit Ulpian. *l.1.§.si filius de suis & legit. l.1.§.capitis minutio ad senat. Tertyll.* item Callistratus *l.5.§.ult.de extraord. cognit.*

TEXTUS.

De Maxima cap. deminut.

1. *Maxima capitis deminutio est, cum aliquis simul & civitatē & libertatem amittit, quod accidit his, qui servi pœnæ efficiuntur atrocitate sententiæ: vel libertis; ut ingratia ergapatronos condemnatis; vel his, qui se ad pretium participandū venundari passi sunt.*

NOTÆ.

Vel libertis] Libertus igratus jure libertatis exuitur & patrono in servitutem redigitur, *l.2. C. de libert. & eor.lib.* quod & Attico jure obtinuit. Plat.11. *de legib.* Plut, in *Solon.* usurpavit Claudius Suet. *in ejus vit. c.25.*

COMMENTARIUS.

Cum omnia amittamus, quæ habemus, libertatem, civitatem, familiam, maximam capitis deminutionem pati dicimur, *l.ult.hoc tit.* Hoc autem iis semper accidit, qui servi efficiuntur. Nam sublata libertate tolluntur quoque reliqua duo. Sic Regulus capitis minor Horatio, id est, servus factus* per captivitatem, *lib.3.carm.* De modis, quibus quis in servitutem redigitur, plenissimè explicatum est *§.pen. sup. de jur. pers.* & nominatim de servitute pœnæ, *in §. pœnæ servus sup. quib. mod. jus pat. pot.*

Ingratia] Ita legit Pacius alii *ingratis.* Hotomannus *ingrati*, ut subaudiatur *crimine* vel *judicio.* Usurpavit hoc jus Imp. Claudius, teste Svetonio in ejus vita *c.25.* Estque de eo *tit. in Cod. de libert. & eor. lib.*

TEXTUS.

De Media.

2. *Minor, sive media capitis deminutio est, quum civitas quidem amittitur, libertas vero retinetur, quod accidit ei, cui aqua & igni interdictum fuerit, vel ei, qui in insulam deportatus est.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur sontibus olim aqua & igni interdici solitum?*

Libertas retinetur] *l.2.§.1.l.17.§.1.de pœn.l.6.de interd. & releg.* Objici solet locus Callistrati in *l.pen.§.ult.de extr.cogn.* Sed loc⁹ iste haud dubiè depravatus est, & pro *veluti* legendum *vel*, quomodo & in nonnullis codicibus legi testatur. Accursius. Alb. Gentilis citra correctionem rem expedit *lib.3 lect.10.* ex una particula *veluti* duas faciens *vel uti.* Nimirum Callistratus sub magna capitis deminutione utramque, & qua libertas, & qua civitas amittitur, complex⁹ est, quod & aliis familiare esse paulo ante monuimus. Nisi quis malit cum Cujacio locum illum de libertate ex jure Quiritium accipere, quasi jure Quiritum liber non sit, qui in numero Quiritū non est, ut disputat *Cic.in fin.orat.pro Cæcinna.*

Cui aqua & igni] Jure à majoribus tradito non licuisse, civem, licet noxium, aut supplicio capitis afficere, aut libertatem ei civitatemve adimere, multi tradiderunt. Cæsar *orat. sua apud Sallust. de bell. Catil.* Cicero in suis *pro Aul. Cæcin pro dom. sua,*

pro

pro Corn. Balb. Lactant. lib. 2. cap. 10. Cæterum cum ad disciplinæ publicæ vigorem omnino pertineat, delicta & scelera malorum hominum impunita non relinqui, inventa ratio est, qua civitate, salvo instituto majorum, expellerentur. Itaq; aqua & igni sontibus interdici cœptum est, ut his duobus tanquam vitæ humanæ præsidiis destituti, si exitium sibi paratum vitare vellent, in exilium proficisci cogerentur, inque aliam civitatem profugere, in quam cum essent recepti, Romanam demum amittebant. Quibus igitur aqua & igni interdicebatur, iis quidem aperte vita non eripiebatur, ac ne civitas quidem, (siquidem nulla exilii facta mentione hæc pœna irrogabatur) sed tacitè tamen morte quodammodo multabantur, vique ipsa expellebantur civitate; cum solo aëre vivere aut tegi non possent; nec fas esset eos aut tecto recipere, aut aqua & igni, cæterisve, quibus vita continetur, juvare, ut ex ead. orat. Ciceronis pro domo sua liquet.

In insulam deportatus] Deportatio species exilii fuit atrocissima, cum scilicet quis ita damnabatur, ut bonis publicatis nervo aut compedibus vinctus & in navim impositus à servis publicis in certam insulam deportaretur, ibique in perpetuum concluderetur. Qua pœna manifesto caput eximitur de civitate, civesque ad peregrinorum conditionem rediguntur, *l.* 17. *§.* 1. *de pœn. l.* 6. *de int. & releg.* Non uno autem loco in libris nostris traditum est, deportationem in insulam in locum aquæ & ignis interdictionis successisse, *l.* 2. *§.* 1. *de pœn. l.* 3. *ad leg. Iul. pecul. l. pen. in fin. de extr. cogn.* Itaque umbra vetusti juris adhuc retenta, qua & igni interdictos nostri deportatos interpretantur, *l.* 1. *§. hi quibus de legat.* 3. *l.* 2. *de publ. jud.* eademque & in aliis locis illorum verborum interpretatio facienda est. Consule *Brisson. lib.* 3. *sel. antiq. cap.* 5.

TEXTUS.
De Minima.

3. *Minima capitis deminutio est, quum civitas retinetur & libertas, sed status hominis commutatur: quod accidit his, qui quum sui juris fuerint, cœperunt alieno juri subjecti esse; vel contra, veluti si filiusfamilias à patre emancipatus fuerit, est capite deminutus.*

NOTÆ.

Alieno juri subjecti esse] Puta adrogati, eorumque liberi, *l.* 3. *pr. eod. §. pen. sup. de adopt.* item dati in adoptionem personæ non extraneæ, *§.* 1. *sup. d. t.*

Emancipatus] Emancipatus capite minuitur, *l.* 8. *in fin. cum l. seq. h. t.* quia, ut ait Paul. *l.* 3. *§.* 1. *eod.* emancipari nemo potest, nisi in servilem imaginariam causam deductus; alibi tamen rationem petit à familiæ mutatione, *l. ult. eod.* quod contingit etiam hodie, sublata licet imagine servitutis.

COMMENTARIUS.

1. *Quomodo intelligendum, quod Vlp. scribit, minimam cap. deminutionem salvo statu contingere.*
2. *Non solum adrogatos capite minui, sed etiam adoptatos, quanquam cum distinctione.*
3. *Emancapati cur capite minui dicantur: & num nam post, imagine servitutis sublata, capite minui desierint.*

Sed status hominis] Minima capitis deminutio est per quam salva civitate & libertate status duntaxat hominis mutatur. *Vlp. de tutel. §.* 12. Idem tamen *Vlp. l.* 1. *§. capitis ad SC. Tertyll.* scribit, hanc capitis deminutionem contingere salvo statu. Quæ videri possunt contradictoria. Et utique essent, si vocabulum status utroque loco eodem modo acciperet: nulla autem contradictio est, si eo vocabulo, quod est ὁμώνυμον, non in eadem significatione utrobique utatur. Ergo rectè dicit, hanc capitis minutionem contingere salvo statu, sed statu publico, quem quis ut civis habet: rectè item eandem non contingere salvo statu, sed privato, quem quis habet in familia, *l. ult. hoc tit.* In definitione autem *pr. hujus tit.* tradita, appellatione status utrumque continetur. 1

Qui quum sui juris] Qui se adrogandum dat, manifesto capite minuitur, quia caput suum in familiam & domum alienam transfert, *l. pen. §.* 2. *de bon. poss. sec. tab.* Liberos quoque, qui eum sequuntur, de quo dictum *§. pen. sup. de adopt.* capite minui placet; quia & ipsi cum parente familiam mutant, *l.* 3. *pr. hoc tit.* Sed etsi filiusfam. à parte in adoptionem detur, dicendum est eum capite minui, quia in alienam familiam transit, *l.* 4. *§. pen. de grad. & aff.* quod tamen ex constitutione Justiniani non aliter nunc contingit, quam si à non extraneo adoptatus sit, de quo *sup. §.* 2. *de adopt. & §. antepen. sup. quib. mod. jus patr. pot.* 2

A patre emancipatus] Emancipatos capite minui, jura agnitionis & familæ perdere, patri post emancipationem extraneos intelligi, tot locis proditum est, ut de eo dubitari non oporteat. Cur autem emancipati capite minui dicantur, hanc rationem affert Paulus *d. l.* 3. *§.* 1. *hoc tit.* quia in imaginariam servilem causam deducuntur. Unde plerique contendunt, hodie sublata in emancipationibus antiqua servitutis imagine, *l. ult. C. de emanc. lib. §. præterea sup. quib. mod. jus pat. pot.* emancipatos capite non amplius minui: non magis quam illi capite minuuntur, qui morte patris aut accessione dignitatis sui juris fiunt, *l.* 3. *§. ult. de senat. Mac. Nov.* 81. *c.* 2. Sed verendum 3

dum ne illa Pauli ratio & ipsa aliquid imaginarii habeat: certè adæquata non est. Num primum constat, in adrogationibus nullas venditiones aut manumissiones intervenisse, & tamen adrogati liberique eorum capite minui dicebantur, hoc solo, quod familiam mutarent. Deinde si sublatis illis venditionibus emancipati capite non minuuntur, quid opus fuit, ut Anastasius liberis, qui sine isto ritu emancipantur, jura tutelarum & successionum nominatim conservaret, si parens manumissor id peteret? *l.* 11. *C. de leg. her.* Postremo si jura agnationis & familiæ non amitterentur, nisi interventu imaginarii illius contractus, necesse non erat Justinianum specialiter cavere, ut ij, quos dignitas patria potestate eximit, eadem jura integra retinerent, *d. Novell.* 81. *cap.* 2. Quamobrem potius est: ut à familiæ mutatione rationem petamus, quod & ipse Paulus facit *l. ult. hoc tit.* Sic igitur sentio; etiam post venditiones illas sublatas rectè dici emancipatis contingere capitis deminutionem: propterea quod non minus nova, quam veteri emancipatione familiam amitterent, & pro extraneis haberentur, ut ex iis, quæ jam dicta sunt, liquet. Cæterum jure novissimo, quo differentia agnationis & cognationis tum in successione, tum in tutelis penitus sublata est, *Nov.* 118. *c.*4. *&* 5. vix est ut emancipatio inter genera capitis minutionis referri possit.

TEXTUS.

De Servo manumisso.

4. *Servus autem manumissus capite non minuitur: quia nullum caput habuit.*

NOTÆ.

4. *Servus capite non minuitur*] Servile caput nullum jus habet, *d. l.* 3. *in fin.* nullum jus id est nec familiam, nec civitatem, nec libertatem; sed demum post manumissionem hæc consequitur.

COMMENTARIUS.

Servile caput nullum jus habet, & ideo nec minui potest, inquit Paulus *l.* 3. *in fin. eod.* Quod igitur hic ait Justinianus, servum nullum caput habere, idem est, ac si diceret, servum nullum jus habere aut locum in tribus illis, quæ civium propria esse diximus, libertatem inquam, civitatem, familiam; ad quæ tria in hoc tractatu capitis & status vocabula referuntur, quæ alioqui per se latius patent, & de persona servili etiam prædicantur, *tit. de stat. hom. & sup. de jur. pers.*

TEXTUS.

De mutatione dignitatis.

5. *Quibus autem dignitas magis quam status permutatur, capite non minuuntur, & ideo à senatu motos capite non minui constat.*

COMMENTARIUS.

Dignitas quoque appellatione status generali continetur; ideoque qui senatu vel alio ordine movetur, rectè dicitur circa statum dignitatis plecti, *l.* 5. §. 2. *de extr. cogn.* sed quia ita moti existimatio duntaxat minuitur; cætera autem quæ civem propriè constituunt, salva manent, idcirco in hoc argumento dicitur capite non minui, civis manere integri capitis, *l.* 3. *ff. de senator.*

TEXTUS.

Interpretatio §. ult. sup. tit. prox.

6. *Quod autem dictum est, manere cognationis jus etiam post capitis deminutionem, hoc ita est, si minima capitis deminutio interveniat: manet enim cognatio. Nam si maxima capitis deminutio interveniat, jus quoque cognationis perit, ut puta servitute alicujus cognati, & ne quidem si manumissus fuerit, recipit cognationem. Sed & si in insulam quis deportatus sit, cognatio solvitur.*

NOTÆ.

6. *Si minima capitis deminutio*] Ex. gr. si L. Titius patruelis meus à patre suo emancipatus sit, agnationis jura amittimus, cognationis retinemus, & ideo ad mutuam successionem ex edicto inde cognati vocamur, §. 1. *inf. de succ. cogn.*

COMMENTARIUS.

1. *Ius sanguinis seu cognationis quot modis accipiatur.*
2. *Manumissos non recipere cognationem servitute amissam: at beneficio Principis restitutos recipere.*

Redit Imp. ad id, quod in §. *ult. sup. tit.* dixerat, cognationis jus non omnibus modis capitis deminutionis solvi, sicuti solvitur agnatio: qua occasione oblata, simul de capitis deminutione, quo res ea planis intelligeretur, differendum putavit; docetque nunc, quod de cognatione dixit, eam capitis minutione non perinde, ut agnationem, perimi, de minima accipiendum esse: maximam vero & mediam, utpote quæ mortalitati comparantur,

l. verum 63. §. societas 10. pro soc. etiam intervertere jus cognationis.

Ius quoque cognationis perit] Huic loco obstare videri potest, quod dicit Pompon. *l.8. de reg. jur.* jura sanguinis nullo jure civili dirimi posse. Sed sciendum est, jura sanguinis sive cognationis bifariam accipi; vel planè naturaliter, atque pro eo jure, in quo sola sanguinis conjunctio spectatur; vel pro jure, quod cognatis propter cognationem jure civili vel honorario defertur. Illo modo si jus sanguinis accipias, nullo jure civili vel dirimi potest: ut ecce, jus civile efficere non potest, ut qui pater est, pater esse desinat, qui frater, desinat esse frater; ut nuptiæ inter patrem & filiam, inter fratrem & sororem consistant. At posteriore modo acceptum certis personis adimi potest; ut puta, potest jus civile efficere, ut ne filius patri, frater fratri certo casu succedat, aut ad bonorum possessionem unde liberi aut unde cognati vocetur. Nam hæc jura licet naturalia rectè dicantur propter rem cui tribuuntur, quæ est naturalis cognatio: tamen quia inter cives tantum instituta sunt, etiam ad jus civile suo modo referuntur, *l.17. §.1. de pœn.* unde fit, ut etiam civili constitutione, hoc est, capitis deminutione, perimantur; excepta tamen ea, quæ salva civitate contingit.

2 *Ne quidem si manumissus*] Is qui servus aliqua ratione factus est, cognationem manumissione non recipit; ac proinde ad bonorum possessionem unde cognati à prætore non vocatur, *l.1. §.2. l.7. und. cogn. & inf. de serv. cogn. in pr.* Nam dominus quidem libertatem servo imponere potest & jus suum remittere: jus autem cognationis, quod servitute amiserat, ei restituere non potest. Planè qui servi pœnæ effecti beneficio Principis restituuntur, etiam jus cognationis recipiunt, *l.1. §.4. ad Tertyll. l.1. §.ult. l.2. de bon. poss. cont. tab.* Atque hoc quidem jure veteri obtinebat. Justinianus autem postea etiam libertinos ad similitudinem ingenuorum succedere voluit, *§.2. inf. de serv. cogn.* & novissimè libertinos ingenuis per omnia exæquavit, excepto jure patronatus, *Nov. 78.*

Cognationem] Hoc est jus, quod propter cognationem, cum adhuc liber & in civitate esset, habebat. Cæterum ipsa cognatio aut sanguinis conjunctio servitute non extinguitur: quæ idcirco etiam nuptiis post manumissionem impedimento est, *§. illud sup. de nupt.*

In insulam deportatus] Deportati quoque jura cognationis amittunt: sed à Principe restituti per omnia pristinum statum recipiunt, *§.1. sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.*

TEXTUS.

Ad quos Agnatos Tutela pertinet.

7. Quum autem ad agnatos tutela pertineat, non simul ad omnes pertinet, sed ad eos tantùm, qui proximiore gradu sunt: vel si plures ejusdem gradus sunt, ad omnes pertinet: veluti si plures fratres sunt, qui unum gradum obtinent, pariter ad tutelam vocantur.

NOTÆ.

7. *Cum autem ad adgnatos*] Ex Cajo *l. 9. D. de leg. tut.*

Ad omnes] Ita tamen, ut uni decerni possit administratio, *l.5. §.2. D. de leg. tut.*

COMMENTARIUS.

QVi *proximiore gradu*] Æqvum enim est, ut illi onus tutelæ subeant, qui & ad successionem vocantur, vocantur autem soli agnati proximi, *inf. de leg. agn. succ.*

Ad omnes pertinet] Si plures sint agnati eodem gradu, pariter omnibus tutela defertur, *l.8. & l.9. de leg. tut.* nempe quia & ad hæreditatem omnes simul admittuntur, *§. 5. inf. de leg. agn. succ.* Quid ergo si aliqui ex proximioribus, vel etiam omnes mortui sint, vel capite minuti? Et quidem quandiu unus adhuc superest, & in familia est, tutela penes eum remanet, per *l.3. §.5. de leg. tut.* Cæterum si omnes decesserint, vel capite minuti sint, sequentes in tutelæ administrationem succedunt, *d. l. 3. §. pen.* Qua in re tutela legitima olim differebat à legitima agnatorum hæreditate, in qua placebat successionem non esse, hoc est, si proximi defecissent, insequentium gradum non admitti, *§. placebat inf. d. tit.* Enimvero nec in tutela semper admittitur successio: nam si proximus vel excusatus sit, vel remotus, sequentes non succedunt: sed in locum abeuntis alius à magistratu datur, *arg. d. l.3. §. quæri.* Idem dicendum videtur & si proximus idoneus non sit ad tutelam gerendam, *arg. §. pen. inf. de curat. l. non solum 10. §. si libertus de excus.* quasi hic proximus gradus adhuc supersit. Novissima Justiniani constitutione legitima tutela cognatis juxta defertur, ac agnatis, *Nov. 118. cap.5.* ut Platonis quoque lege cautum, ἐπιτρόπους εἶναι τοὺς ἐγγύτατα γένει πρὸς πατρὸς καὶ μητρός. *lib, 11. de legib.*

TITU-

TITULUS XVII.

De Legitima Patronorum tutela.

Lib. 26. D. T. 4. Cod. Lib. 5. T. 30.

Continuatio.

X quatuor generibus, in quæ tutelam legitimam distribuimus, primum explicatum est, tutela agnatorum: alterum nunc sequitur, patronorum, qui & ipsi propriè legitimi tutores sunt ex ratione & mente legis 12. tabb. *l. 1. l. 3. de leg. tut. junct. l. 6. §. 1. verb. sign.*

TEXTUS.

Ex ratione L. 12. Tabb. quæ tutelas agnatis idcirco defert, quia hæredes ab intestato sunt, inductum est, ut patroni libertorum suorum tutelam susciperent, quæ ideò legitima dicitur. l. 3. D. de legit. tut.

Ex eadem lege duodecim tabularum libertorum & libertarum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet, quæ & ipsa legitima tutela vocatur, non quia nominatim in ea lege de hac tutela caveatur: sed quia perinde accepta est per interpretationē, ac si verbis legis introducta esset. Eo enim ipso, quod hæreditates libertorum libertarumque, si intestati decessissent, jusserat lex ad patronos, liberosve eorum pertinere, crediderunt veteres, voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere: quum & adgnatos, quos ad hæreditatem lex vocat, eosdem & tutores esse jusserit: quia plerumque ubi successionis est emolumentum, ibi & tutelæ onus esse debet. Ideò autem diximus, plerumque: quia si fœmina impubes manumittatur, ipsa ad hæreditatem vocatur, quum alius sit tutor.

COMMENTARIUS.

NOn *quia nominatim*] Lege 12. tabb. patronis tutela defertur, non propalam aut nominatim & disertis verbis, quemadmodum agnatos lex vocat, sed per consequentias hæreditatium, quæ ex ipsa lege patronis datæ sunt, *l. 3. pr. de leg. tut. Ulp. de tutel. §. 2.*

Per interpretationem] Prudentum scilicet, quibus permissum erat leges publicè interpretari, & consulentibus de jure respondere, *§. responsa prudentum sup. de jur. nat. gent. & civ. l. 2. §. his legib. 5. de orig. jur.*

Perinde accepta est] Verbum *ex legibus*, ait Ulpian. sic accipiendum est, *tam ex legum sententia, quam ex verbis l. 6. §. 1. de verb. sign.* & Celsus, *Scire leges*, inquit, *non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem l. scire. de legib.*

Ubi successionis est emolumentum] Prudentum collectio fuit, patronos ideo ad tutelam libertorum à lege vocari, quia vocantur ad eorum intestatorum hæreditatem, hoc argumento, quod non aliam ob causam tutela agnatis delata fuit, quam quod & ipsos ad hæreditatem lex vocasset, *l. 10. de leg. tut.* Rectè & naturæ juris convenienter: quo comparatum est, ut incommoda cujusque rei eum sequantur, quem seqvuntur commoda, *l. 10. de reg. jur. l. un. §. pro secundo C. de cad. toll.*

A fœmina manumittatur] Interdum alibi est hæreditas, alibi tutela: quod fit, cum illi, qui ad hæreditatem vocantur, non sunt idonei ad tutelam administrandam; ut puta si fœmina manumiserit, aut consanguinea sit pupillo, *d. l. 1. §. 1.* quippe tutela virile munus est, *l. 16. l. ult. de tutel. l. 2. de reg. jur.* Excipiuntur mater & avia, quibus liberorum suorum tutelam gerere tamdiu permittitur, donec ad secundas nuptias transeant, ea tamen conditione, ut inter gesta Senatusconsulti Vellejani auxilio renuntiet, *auth. matri & aviæ cum auth. seq. C. quant. mul. off. tut.*

Titulus XVIII.

De legitima Parentum tutela.

Textus.

Exemplo patronorum recepta est & alia tutela, quæ & ipsa legitima vocatur: nam si quis filium aut filiam, nepotem aut neptem ex filio & deinceps, impuberes emancipaverit, legitimus eorum tutor erit.

Commentarius.

Ertia species tutelæ legitimæ parentum est, qui liberos impuberes contracta fiducia emanciparunt; id quod ex constitutione Justiniani semper fieri intelligitur, *§. ult. de leg. agn. succ. l. ult. C. de emanc. lib.* repete quæ notavimus ad *§. præterea sup. quib. mod. jus pat. pot.* Hæc autem tutela non eodem modo per interpretationem legis 12. tabb. introducta est, quo præcedens illa patronorum: neque enim ut lex patronos ad successionem libertorum vocat, ita & vocat parentes ad successionem liberorum emancipatorum: unde Ulpianus hanc tutelam non legitimam, sed *fiduciariam* appellat, *tit. de tutel.* §. 4. Cæterum quia ad similitudinem tutelæ patronorum jure civili introducta est, eo quod parens, qui filium manumittit, patroni personam induit, atque ob hoc ad legitimam filii, qui liberti patitur exitum, *l. 1. si à par. quis man.* hæreditatem vocatur: *l. 10. de suis & legit. l. 2. C. ad Sen. Tert. §. ult. inf. de leg. agn. succ.* obtinuit ut etiam hæc tutela legitima potius diceretur, quam fiduciaria; quasi & ipsa ad rationem legis duodecim tabb. pertineret, quam etiam ob causam parens manumissor vicem dicitur legitimi tutoris sustinere, *l. 3. in fin. de leg. tut.*

Titulus XIX.

De Fiduciaria tutela.

Textus.

Filiifam. à patre manumissi pater tutor est legitimus: eo vero defuncto, frater Tutor fiduciarius existit.

Est & alia tutela, quæ fiduciaria appellatur: nam si parens filium, vel filiam, nepotem, vel neptem, vel deinceps impuberes manumiserit, legitimam nanciscitur eorum tutelam. Quo defuncto si liberi ejus virilis sexus existant, fiduciarii tutores filiorum suorum, vel fratris, vel sororis, vel cæterorum efficiuntur. Atqui patrono legitimo tutore mortuo, liberi quoque ejus legitimi sunt tutores, quoniam filius quidem defuncti, si non esset à vivo patre emancipatus, post obitum ejus sui juris efficeretur, nec in fratrum potestatem recideret, ideoque nec in tutelam: libertus autem si servus mansisset, utique eodem jure apud liberos domini post mortem ejus futurus esset. Ita tamen hi ad tutelam vocantur, si perfectæ sint ætatis: quod nostra constitutio in omnibus tutelis & curationibus observari generaliter præcepit.

Notæ.

Filiorum suorum] Igitur & pater filii sui ab avo emancipati, contra quam existimant Cujac. Hotom. & Fabrot. Nam cum ad patrem, quantumvis hæredem, jus patronatus, quod avus in nepote habuit, non transeat, *l. 1. §. 1. si à par. man.* nec tutela, cui jus illud causam dedit, transire potest, consule Bach. hic.

Si perfectæ sint ætatis] Vid. *Bachov. ad §. 13. inf. de excusat. Tutor.*

Commentarius.

Enerali tutelæ legitimæ appellatione etiam fiduciariam complexi sumus, *sup. de leg. agn. tut.* quia & ipsa vicem quadantenus legitimæ sustinet: ut enim tutores legitimi, ita & fiduciarii ipso jure tutores fiunt & excludunt Attilianos: unde & permixtè iisdem locis, quibus de legitimis tutoribus disputatur, etiam de fiduciariis quæritur, ut *hic & in Pand. l. 4.* Cæterum quia hæc tutela nulla

la interpretatione referri potest ad legem duodecim tabularum, ideo non legitima, sed peculiari nomine fiduciaria appellata est: haud dubiè per abusionem vocabuli, quod cum in patre, cui alioqui soli id propriè convenit, non valuisset, ad liberos ejus, quasi hæreditarium transflatum, inopia alterius nominis, ut rectè conjicit D. Hotom.

Filiorum suorum, vel fratris, vel sororis, vel cæterorum] Observandum hic est, tres fiduciariæ tutelæ quasi gradus à Justiniano poni, quorum primus est filiorum; alter fratris vel sororis; tertius cæterorum. Non igitur frater tantum fratris emancipati, aut patruus fratris filii, defuncto patre suo emancipatore & tutore legitimo, fiduciarii tutores sunt: sed etiam ipse pater filii sui, ab avo emancipati, eo mortuo, non legitimus, ut avus, sed fiduciarius tutor erit: contra quam Hotom. & Mynf. existimant Cur autem ne hic quidem legitimus sit, mox intelligetur.

Atqui patrono] Πρόληψις. Videri enim poterat dicendum esse, hosce omnes esse tutores legitimos, exemplo liberorum patroni, qui patrono legitimo tutore mortuo legitimi fiunt tutores liberti. Sed exemplum hoc dissimile est. Nam lex duodecim tabb. non modo patronos, verum etiam liberos eorum ad legitimam successionem libertorum vocat, & consequenter etiam ad tutelam; eadem videlicet ratione; qua vocantur patroni. Pater autem aut frater filii sui aut fratris ab avo vel patre emancipati legitimi hæredes non sunt: nec igitur legitimi tutores, *l.1. unde legit. l.5. unde cogn.* Atque hæc ratio generalis est, pertinens ad omnes personas, quas enumeravimus. Aliam etiam mox reddit Justinianus.

Quoniam filius quidem] His verbis occurritur propositæ objectioni. Ratio autem diversi juris, quam hic Justinianus affert, particularis est, & claudicare videtur in nepote ab avo emancipato. Etenim nepos si emancipatus non fuisset, post mortem avi in potestatem patris sui in potestate retenti recidisset: ideoque ex ratione Justiniani etiam in legitimam patris sui tutelam post mortem avi recidere debet. Nisi dicamus, in eo adhuc differentiam esse, quod ad liberos patroni jus patronatus jure hæreditario redit, ac proinde & tutela legitima, quæ jus illud sequitur; prosus ut libertus, si servus mansisset, post mortem domini in potestatem liberorum ejus hæreditate pervenisset. At liberi non jure successionis, sed proprio patris jure in potestatem ejus recidunt; quippe qui & exhæredatus eandem potestatem retineat: neque ad patrem, quantumvis hæredem, jus patronatus, quod avus in nepote habuit, transit, *per l.1. §.pen. si à par. quis man.* ut mirum non sit eum non succedere in tutelam, qui non succedit in jus potroni, aut in potestatem, quæ tutelæ causam dedit. Rectè autem hic notant interpp. fiduciarios tutores esse desiisse, ex quo fratres emancipati ad legitimam fratrum tutelam ab Anastasio vocati sunt, *l.4. C. de legit. tut.* Maximè vero jure novissimo, quo juris agnatici & cognatici discrimen hac in parte penitus sublatum est. *Novell.118. cap.4. & 5.*

Nec in tutelam] Subaudi, *legitimam emancipatus recidit.* Alioqui perspicuè falsum esset: nam ex fratribus in potestate retentis, patre mortuo, quicorum ætatis perfectæ est, alterius fratris legitimus fit tutor. D. Hotomannus putat, totum hoc adventitium esse, atque à glossatore annotatum.

Perfectæ ætatis] *l. ult. §.4. D. de leg. hær.* Ætatem autem perfectam appellat; qua completur virilis vigor, nempe annorum quinque & viginti, *l.1. §.2. de min. l.4. l.8. de leg. tut. l. ult. C. eod. l. ult. C. de his qui ven. ætat.* Quæ notat Cujacius, & Pacius exscripsit, olim ita jus fuisse, ut minores 25. annis legitimi & dativi tutores fierent, &c. falsa esse ostendimus *inf. de excus. §. item major.*

TITULUS XX.

D. Lib.26. Tit.5. C. Lib.5. Tit. 34. & 36.

De Attiliano Tutore, & eo, qui ex lege Julia & Titia dabatur.

Continuatio & summa tituli.

Progreditur nunc Imp. ad tertiam tutelæ speciem, nempe dativam sive Attilianam, cujus postrema ratio est; docetque quibus ex legibus, à quo magistratu, & quando tutores dentur. Postremo nonnihil attexit, quod ad tutores omnes & officium eorum in universum pertinet.

TEXTUS.
Jus antiquum, si nullus sit Tutor.

Si cui nullus omninò tutor fuerat, ei dabatur in urbe quidem à prætore urbano & majore parte tribunorum plebis tutor ex lege Attilia: in provinciis verò à præsidibus provinciarum ex lege Julia & Titia.

NOTÆ.

Ex lege Attilia] Duo hic notanda. 1. jus dandi tutores non competere magistratui vi suæ jurisdictionis, sed ex speciali legis concessione, *l.6.§.2. D. de tutel.*2. Lege Attilia sublatum in hac causa fuisse jus intercedendi collegarum. Hotom.

Lege Iulia & Titia] Unica hæc lex fuit, ut lex Julia & Papia, & quando aut à quibus lata sit, parum constat.

COMMENTARIUS.

NVllus omnino] Neque testamentarius neque legitimus, aut qui sub illis continentur, à magistratu confirmandus & fiduciarius. Atque hæc species ex duabus summi quæ locum Attiliano tutori faciunt, prima est. Altera est in §.1. *hujus ejusdem tituli*. Duæ autem causæ in hoc Principio indicatur, quas ad constitutionem hujus tutelæ concurrere oportet; una est remotior, nimirum leges Attilia, Julia & Titia, quæ quando aut à quibus latæ, parum constat: altera propinqua est, videlicet factum magistratus, cui ex istis legibus jus dandi tutores competit; in provinciis præsidibus earum. Unde discimus eos solos jus dandi tutores habere, quibus id nominatim lege aliqua concessum est, *l.6. §.2. de tutel.*

Majore parte tribunorum] Id est, sex: erant enim decem, *l.2.§.34. de orig. jur. Liv. lib.3. Halicarn. lib. 6.* hoc autem non sic accipiendum est, quasi prætor una cum sex tribunis quem vellet tutorem dederit: sed quod cum omnes tribuni adhiberentur, ex sententia tamen majoris partis tutor creandus esset. sublato in hac causa jure intercedendi collegarum: cum alioqui vel unius è collegis intercessione impediri potuisset, quod cæteri decrevissent, ut rectè hic monet D. Hotom. & passim testatur Livius.

TEXTUS.
Si spes sit futuri tutoris Testamentarii.

1. *Sed etsi in testamento tutor sub conditione, aut ex die certo datus fuerat, quamdiu conditio aut dies pendebat, ex iisdem legibus tutor alius interim dari poterat. Item si purè datus fuerat, quamdiu ex testamento nemo hæres existebat, tamdiu ex eisdem legibus tutor petendus erat, qui desinebat esse tutor, si conditio extiterat, aut dies venerat, aut hæres extiterat.*

COMMENTARIUS.

1. *Tutor ex certo die testamento datus cur statim non fiat tutor.*
2. *Cur placeat testamentariam tutelam in suspenso esse, quamdiu nemo hæres ex testamento existit.*
3. *Quibus casibus accidat ut inter mortem testatoris & aditionem hæreditatis plusculum temporis intercedat.*
4. *Aliquando etiam ad adeundam hæreditatem impuberi tutorem à magistratu dandum.*

HIc alter casus proponitur, quo tutor à magistratu batur, nempe si is, qui testamento datus est, impediatur, quo minus in præsentia tutelam capessat. Sic enim in universum jus est, ut quamdiu speratur tutela testamentaria, legitima cesset, *l.11.de test. tut.* Impedimenta hæc quatuor ex causis potissimum oriuntur: vel quod tutor testamento datus sit sub conditione; vel quod ex certo die; vel quod hæres institutus aditionem hæreditatis protrahat; vel denique quod qui testamento datus est, ab hostibus captus sit de quo §. seq.

Sub conditione aut ex certo die] Ex *d. l.11. de test. tut* De conditione res certa est: quippe quæ actus omnes suspendit, *§.4. inf. de verb. obl.* Dies quoque incertus pro conditione est, *l.1. §.2. l. dies 75. de cond.& dem.* De certo die justa esse poterat dubidandi ratio. Nam sicut obligationi dies certus adjectus 1
non impedit, quominus quod promissum est, præsenti die debeatur; *§.2. inf. de verb. obl.* ita & tutor ex die datus videri poterat statim tutor esse, ut jam alius tutor dari non posset, propter regulam traditam *§.pen. inf. de curat.* Sed claudicat comparatio. Quippe ratio non patitur, ut dicamus eum tutorem esse, in quem nihil juris ante diem testator collatum voluit.

Nemo hæres existebat] Hoc idem traditur in *l.10.* 2
pr. de test. tut. & ratio est, quia quamdiu pendet aditio hæreditatis, tamdiu quoque in suspenso sunt omnia, quæ in testamento scripta sunt; atque ut adita demum hæreditate confirmantur, ita ea non adita una cum testamento corruunt, *l.9.d. tit.* Potest 3
autem fieri, ut inter mortem testatoris & aditionem hæreditatis plusculum temporis intercedat, vel quod hæres sub conditione institutus sit, vel quod die-

bus

bus cretionum aut jure deliberandi utatur. Cæterum hæc ad eum duntaxat casum referri posse videntur, quo confirmatio testamenti pendet ab aditione hæredis instituti. Nam si filium impuberem, quem in potestate pater habet, tutore dato simul hæredem instituit, is ut suus hæres & necessarius ipso jure hæreditatem capit, *§.2. inf. de hær. qual.* Atque ut statim post mortem patris & ipso jure hæres existit, ita & tutela hoc ipso statim confirmatur; cum, ut Jo. Faber loquitur, suitas pro aditione sit, *l.14. de suis & leg.* quod latius persequitur Ant. Fab. *Iurispr. ti. qui test. tut. pr.1. ill.18.* At finge patrem filio impubere, cui tutorem dedit, exhæredato extraneum hæredem instituisse, dum hæres de adeunda hæreditate deliberat, alius interim tutor à magistratu petendus erit. Idem dicendum est, si pater filio emancipato sive exhæredato sive præterito tutorem dederit: nam & confirmandus pro testamentario est. Necesse est autem prius testamentum confirmari aditione hæredis, quam à prætore confirmetur, qui tutor datus est. Sed &, si pater filio emancipato hæredi instituto, aut mater liberis, aut extranei extraneis item hæredibus institutis tutorem dederint, adhuc à magistratu tutor dandus est ad adeundam hæreditatem, quoniam curatoris auctoritas ad hoc inutilis est, *l.9. de tut. dat. l.19. de auct. tut. l.17. §.1. de appell.* Verum hujusmodi species non videtur ad propositum pertinere, propterea quod Justinianus hic agit de tutore non ad unum aliquem actum, sed simpliciter dando.

Qui desinebat esse tutor] Pertinet hoc ad modos, quibus finitur tutela Attiliana, de quibus agitur in *§.2. & pen. inf. quib. mod. tut. finitur.*

TEXTUS.

Si Tutor ab hostibus sit captus.

2. *Ab hostibus quoque tutore capto, ex his legibus tutor petebatur; qui desinebat esse tutor, si is, qui captus erat, in civitatem reversus fuerat. Nam reversus recipiebat tutelam jure postliminii.*

COMMENTARIUS.

Ab hostibus capto] Idemque erat, si tutor legitimus apud hostes esset, *l.1. §.2 de legit. tut.* Nam propter incertum eventum tutoris redituri, quo plenius pupillo prospiceretur, tutorem potius, quam curatorem, dari placui, *arg. l.17. §.1. de appell.*

Recipiebat tutelam] At quid si tutor captus apud hostes decesserit? Legitimus nimirum, hoc est, agnatus proximus tutelam in prætorio tutore finitam excipiet, *arg. l.9. §.2. de tut. & rat. distr. l.11. §.3. de test. tut.* Qua ratione dicendum est, etiam legitimo tutore capto atque apud hostes mortuo, eum, qui interim à magistratu datus erat, tutorem esse desinere, atque ad insequentis gradus agnatos tutelam reverti.

TEXTUS.

Quando & cur desierint ex dictis Legibus tutores dari.

3. *Sed ex his legibus tutores pupillis desierunt dari, posteaquam primo consules pupillis utriusque sexus tutores ex inquisitione dare cœperunt, deinde prætores ex constitutionibus. Nam supradictis legibus neque de cautione à tutoribus exigenda, rem pupillis salvam fore; neque de compellendis tutoribus ad tutelæ administrationem, quicquam cavebatur.*

NOTÆ.

3. *Primo consules*] Quod à Claudio Cæsare institutum tradit Svet. *cap.23.* Plin. *9. ep.13.* datum se à consulibus tutorem Helvidii filiæ.

Ex inquisitione] Apud Theoph. vulgo legitur κατὰ *jurisdictionem*, ad quem modum etiam Hotom. locum emendat; sed perperam, & in MSS. Th. est κατὰ ἰνκυιζίτιονα, teste Fabro.

Prætores] Scil. soli absque tribunis. Prætorem tutelarem primus fecit M. Antonius Philos. Capitolinus in *ejus vita.*

Neque de cautione] *Vid. inf. de satisd. tut. pr. & §.3.*

COMMENTARIUS.

1. *Quæ sit ratio cogendi tutores ad tutelam capessendam.*

Primo consules] Primus Imp. Claudius, auctore Tranquillo, sanxit, ut pupillis extra ordinem à consulibus tutores darentur. Quod jus videntur consules aliquando etiam usurpasse, cum jam tutorum creatio ad curam prætoris potissimè pertineret, arguit certè id locus Modestini in *l.1. §.1. de confirm. tut.* in verbis, ἐκ τοῦ τῆς ὑπατικῆς ἐξουσίας.

Ex inquisitione] D. Hotom. reponit, *ex jurisdictione*, quomodo etiam legisse videtur Theophilus, qui vertit κατὰ *jurisdictionem.* Et sanè probabile non est, antea temerè & sine ulla inquisitione tutores dari potuisse, quanquam necesse non est textum

tum ob id mutare: nam fortassis constitutionibus demum ratio inquirendi certo definita est. Discimus autem ex Modestino, quatuor potissimum in rebus eam consistere, ut inquiratur, tutor creandus sitne vitæ frugi, & honestis moribus; sitne locuples; num se ingerere voluerit, ut crearetur; denique num pecunia data tutelam ambierit, *l. scire oportet* 21. *§. ult. de tut. & cur. dat.*

Prætores ex constitutionibus] Jul. Capitolinus hoc tribuit M. Antonino Philosopho; *Prætorem*, inquit, *tutelarem primus fecit, cum ante tutores à consulibus poscerentur, ut de tutoribus diligentius tractaretur.* Atque hic iterum observandum, neque consules neque prætores vi imperii aut magistratus sui jus dandi tutores habuisse, sed tum demum habere cœpisse, postquam id iis specialiter datum est constitutionibus Principum.

Nam supradictis legibus] Duplicem causam affert, cur tandem ex legibus Attilia, Julia & Titia tutores amplius dari non placuerit: una est, quia istis legibus nihil cavebatur de satisdatione à tutoribus exigenda, rem pupilli salvam fore: altera, quia nihil definiebant de compellendis tutoribus ad tutelæ administrationem, quod utrumque factum est constitutionibus. Neutrum autem proprium est hujus generis tutorum: nam cautio vel maximè ad legitimos pertinet, ut videbimus *inf. de satisd. tut.* Coactio vero omnium tutorum communis est. Coguntur autem extra ordinem remediis prætoriis, videlicet multæ dictione aut captis pignoribus, *l.* 1, *de adm. tut. l.* 3. C. *de susp. tut. l.* 9. *de mun. & hon. §. pen. inf. de satisd. tut.* Nostris moribus certo loco addici solent, cauponæ sive diversorio, quæ forma compellendi & exequendi *Gyselinge* vocatur, & apud nos usitata est in præstatione facti, *vid. art.* 31. *ord. just. & art.* 14. *cum* 2. *seqq. amp. Inst. cur.* Compelli tamen & alia paratæ sive præsentaneæ executionis via possunt, si hoc consultius videbitur, *art.* 11. *statut. Rhijnland.*

TEXTUS.

Jus Novum.

4. *Sed hoc Jure utimur, ut Romæ quidem præfectus urbi, vel prætor secundum suam Jurisdictionem, in Provinciis autem præsides ex inquisitione tutores crearent, vel magistratus jussu præsidum, si non sint magnæ pupilli facultates.*

NOTÆ.

Secundum suam Jurisdictionem] Prætoris imperium muris urbis definiebatur, perfecti urbis usque ad centesimum lapidem, *l.* 1. *§.* 1. *de off. præf. urb.*

Præsides] Hoc nomine hic videntur intelligi omnes, qui provincias regunt, non soli legati Cæsaris, *l.* 1. *D. de off. præf.* junct. *l.* 1. *D. de tut. dat.*

Ex inquisitione] Quæ quibus in rebus consistat, docet Mod. *l.* 21. *§. pen. & ult. de tut. dat.*

Magistratus] Intellige municipales, *l.* 3. *d. tit. l.* 2. *§.* 23. *D. ad sen. Tertyll.* Græci στρατηγοὺς appellant. Theoph. Basil.

COMMENTARIUS.

1. *Iure magistratus quæ competere dicantur, & quæ specialiter tributa.*
2. *Ea quæ jure magistratus competunt, mandata jurisdictione transire, specialiter concessa non item.*
3. *Vocabulo jurisdictionis latè sumpto etiam ea, quæ specialiter tribuuntur, non absurdè eo referri.*

P*Ræfectus urbi*] Qua primum lege tutoris dandi potestas præfecto urbis data sit, non memini legisse: datam tamen constat, *l. Titius* 45. *§. Romæ de excus. l.* 1. *C. de tut. illustr.* Olim hic magistratus juri dicundo constituebatur ad tempus, regibus aut magistratibus urbe profectis. Post cœpit constitui ad paucos dies tantum, quoad solemne sacrum feriarum Latinarum peractum esset. Primus Augustus præfecturam urbanam perpetuam fecit, teste Tacito 6. annal. Auxit deinde potestatem præfecti Divus Severus, dataque ei cognitio de omnibus criminibus non tantum in urbe, sed etiam in Italia, usque ad centesimum ab urbe lapidem, *l.* 1. *de off. præf. urb.* Consulatur *Gruch.* 2. *de comit.* 2.

Secundum jurisdictionem] Quod semel atque iterum in transitu diximus, tutoris dationem magistratui non competere jure sui magistratus, aut vi jurisdictionis, quam habet; sed ex speciali concessione vel legis vel Principis; id operæ pretium est explicatius considerari: ita enim planè intelligemus, quid his verbis, *secundum jurisdictionem suam*, Justinianus significet, & simul, utrum mandata jurisdictione, jus dandi tutores transeat, nec ne. Jure magi- 1
stratus competere propriè dicuntur, quæ quisque magistratus ex natura officii sui habet, sive ob id, quod propterea initio creatus est. Igitur quæ prætor habet ut prætor, præses ut præses, &c. jure sui magistratus habere dicuntur. Verbi causa, prætor initio constitutus est ad hoc, ut in urbe juri dicundo præesset, *l.* 2. *§. cumque consules* 27. *de orig. jur.* Prætori igitur jure magistratus sui competit jurisdictio, & imperium, quod jurisdictioni cohæret, in causis, de quibus, & inter personas, quibus jus reddere jussus est. His opponuntur quæ specialiter lege aliqua vel constitutione magistratui postea tributa sunt, *l.* 1. *de*

l. 1. de off. ejus cui mand. Cujusmodi est imperium, quod dicitur merum, *d. l. 1.* item actiones legis, quæ in specie sic appellantur, ut adoptio, emancipatio, manumissio, *arg. l. 2. & 3. de off. procons. l. 1. de off. jurid. l. 1. C. de adopt. Paul. 2. sent. 25.* atque hujus quoque generis est tutoris datio, *l. 6. §. 2. de tutel.* Ex quo loco apparet, lege concedi non tantum ea dici, quæ in causis singulis specialiter singulis conceduntur. puta Titio aut Mævio: sed etiam quæ in universum tribuuntur, & sub nomine officii, puta prætori, præsidi &c. Quæ jure magistratus competunt, natura sua insunt jurisdictioni, & ideo mandata jurisdictione transeunt; quæ autem specialiter magistratui concessa sunt, non transeunt: quia ea non ex natura officii sui habet, sed ex nova & adventitia auctoritate, quæ ad officium & jurisdictionem magistratus, cui tributa sunt, necessario non pertinet, *l. 1. de off. ejus cui mand. l. 8. de tut. & cur. dat. d. l. 2. & 3. de off. procons.* Cæterum si latius verbum jurisdictionis, aut hæc verba, *jure magistratus*, accipias, etiam ea, quæ ita, uti diximus, magistratui specialiter concessa sunt, ad officium ejus aut jurisdictionem pertinere, haud absurde dixeris, *arg. l. 1. de jurisd. l. 3. pr. de postul. l. 3. §. 5. jud. solv. d. l. 2. §. 1. de off. procons.* utrique accessione novi auctoritatis plenius atque auctius officium ejus factum est. In latiori autem hac significatione accipiendum, quod hic dicitur, *secundum jurisdictionem*, quanquam hæc verba & aliam interpretationem satis commodam admittunt, nimirum ut intelligamus, prætorem non alio in loco tutorem dare posse, quam in quo jurisdictionem habet, neque aliis personis, quam quæ jurisdictioni ejus subjectæ sunt, *per l. 1. in fin. l. 3. de tut. dat. l. ult. de jurisd.* ut *secundum jurisdictionem suam* idem valeat, quod *secundum territorium jurisdictionis suæ*: puta Romæ duntaxat, aut in vicinis urbi municipiis, *arg. l. 5. de confirm. tut. D. Tulden. hic c. 3. post Mynf. & alios.*

Præsides] Generali nomine præsidis & proconsul & præfectus Ægypti, omnesque, qui provincias regunt, appellantur, *l. 1. de off. præs.* quibus item omnibus tutores dare permissum est, *l. 1. de tut. & cur. dat.* Specialiter autem præsides dicuntur, qui alias legati Cæsaris, *l. pen. ff. de off. præs.* nimirum qui mittebantur in provincias Principis, seu eas, quas Principes sibi reservaverant. De quo vid. *Dion. lib. 53. Sveton. in Aug. c. 47.*

Magistratus jussu præsidum] Hoc non ita accipiendum est, quasi vi hujus jussus aut mandati magistratus municipales tutores dare potuerint, (nam iis quoque hoc jus specialiter datum est, *l. 3. de tut. dat.*) sed ideo dicitur, quia non ante hoc jus usurpare poterant, quam rem ad præsidem, cujus primæ partes erant, detulissent, isque eam, quod forte aliis negotiis avocaretur, nec magnæ essent §. pupilli facultates, ad eos remisisset, *l. 1. §. si præses & §. si curatores de mag. conv.* Nec admodum dissimile est exemplum legati proconsulis, qui mandata demum à proconsule jurisdictione tutorem dare potest, *l. 13. junct. l. pen. de off. procons.* nec tamen propter mandatam jurisdictionem, sed quia id ei specialiter datum est oratione Divi Marci, *l. 1. §. 1. de tut. dat.* ea nempe lege, ut id demum exercere possit, postquam ei mandata est jurisdictio; ut illa jurisdictionis delegatio tantum sit necessarium antecedens & causa sine qua non.

Textus.
Jus Novissimum.

5. *Nos autem per constitutionem nostram hujusmodi difficultates hominum resecantes, nec exspectata jussione præsidum, disposuimus, si facultates pupilli vel adulti usque ad quingentos solidos valeant, defensores civitatum una cum ejusdem civitatis religiosissimo antistite, vel alias personas publicas, id est, magistratus, vel juridicum Alexandrinæ civitatis, tutores vel curatores creare: legitima cautela secundum ejusdem constitutionis normam præstanda, videlicet eorum periculo, qui eam accipiunt.*

Notæ.

5. *Constitutionem*] Intelligit *l. 30. C. de Episc. aud.*

Quingentos solidos] Quod si pupilli majores sint quingentenariis, à præsidibus dabitur tutor.

Defensores civitatum] De defensoribus civitatum vid. *lib. 1. C. tit. 55. Novell. 15.* περὶ τῶν ἐκδίκων Alc. *3. disp. 5.*

Religiosissimo antistite] Εὐλαβεστάτῳ ἐπισκόπῳ Th. in constitutione, θεοφιλεστάτῳ, *Deo charissimo.*

Juridicum] Cui etiam olim data est legis actio, & jus tutores dandi, *l. 1. & 2. D. de off. jurid.* δικαιοδότης exponitur in Basil.

Commentarius.

Quod jure veteri obtinebat, ut magistratus municipales non aliter recte tutores crearent, quam si id facere à præside jussi aut moniti essent, id ex parte à Justiniano mutatum est, constitutumque, ut si pupilli facultates non excedant summam 500. solidorum, liceat magistratibus una cum civitatis episcopo tutores creare, præsidis jussus non expectato, *l. sancimus 30. C. de episc. aud.* Ergo si majores

majores sint pupilli facultates, jussus præsidis, ut ante, expectandus erit.

Quingentos solidos.] Solidum idem esse, quod aureum, ex innumeris locis patet. Aureus centum continet valetque sestertios. Ergo quingenti aurei sive solidi efficiunt quinquaginta HS. millia; nostræ monetæ Caroleos bis mille qingentos. Vid. Brisson. & Hotoman. in *comm. de verb. sing.* ex professo autem hanc rem tractant Budæus *de asse* & idem Hotom. *de re nummaria.*

Vel alias publicas personas] Id est, magistratus, quos singulæ civitates more suo atque instituto habent. Cujacius scribit, constitutionem Justiniani exigere, ut legamus, *vel aliis publicis personis, vel magistratibus.*

Iuridicum Alexandrinæ civitatis] Cui etiam jam ante jus tutores dandi constitutione D. Marci datum fuit, *l. 2. de off. jurid.* & generaliter legis actio, *l. 1. eod. tit.*

Eorum periculo] Magistratuum nimirum minorum, quorum jam facta est mentio. Hi enim ut satisdationem exigebant, ita & pupillis in subsidium tenebantur, *tit. de mag. conv. §. 52. & ult. inst. de satisd. tut.* quod nunc ferè abiit in desvetudinem, ut illic notamus.

TEXTUS.
Ratio Tutelæ.

6. Impuberes autem in tutela esse, naturali juri conveniens est: ut is, qui perfectæ ætatis non sit, alterius tutela regatur.

NOTÆ.

6. Iuri naturæ] Tutela ortum à jure naturali sumpsit: quippe cui juri omnino consentaneum, ut alterius prudentia regatur, qui ipse se defendere non potest. Cic. 1. *de off.* incrementum autem & formam à jure civili.

COMMENTARIUS.

Tutela ex eorum numero est, quæ in genere & quasi in abstracto considerata sunt juris gentium, in specie & in concreto juris civilis. Nam ut ineuntis ætatis inscitia atque imbecillitas alterius provectioris prudentia atque arbitrio constituatur ac gubernetur, juri naturali conveniens est, *Cic. 1. de off. Arist. 1. pol.* quod & apud omnes gentes proculdubio observatur. At forma regendi, qualitas personæ tutoris, ejusque constituendi modus, potestatis, quam habet, circumscriptio, hæc omnia sunt juris civilis, prout quæque civitas ordinaverit.

Perfectæ ætatis non sit] In calce §. *ult. prec. tit.* notavimus, perfectam ætatem in jure civili eam plerumque dici, quæ est annorum 25. Hic autem pinguius, non esse perfectæ ætatis, accipitur pro, non esse puberem, quanquam ad puberes minores 25. annis, quod hic dicitur, quadrare potest.

TEXTUS.
De tutelæ ratione reddenda.

7. Quum ergò pupillorum pupillarumque tutores negotia gerant, post pubertatem tutelæ judicio rationem reddunt.

NOTÆ.

7. Post pubertatem] Vel alio modo tutela finita, *tit. D. de tut. & rat. distr.* nisi autem finita sit tutela, tutelæ agi non potest, *l. 4. pr. l. 9. §. 4. d. t.*

COMMENTARIUS.

1. Moribus nostris tutores etiam singulis annis rationem reddere administrationis suæ.

Hic locus obiter tutores admonet officii sui atque administrationis; quod in Pand. & *Cod.* copiosè explicatur *tit. de adm. tut. add. Grot. 1. man. 9. art. 21. & seqq. statut. Rhiinland.*

Post pubertatem] Quippe tutelæ agi non potest, nisi tutela finita sit, *l. 4. de tut. & rat. distr.* ejusque rei hanc rationem reddit Ulpian. *l. 9. §. & generaliter eod. tit.* quod absurdum sit à tutore rationem administrationis negotiorum pupilli reposci, in qua adhuc persveret: quam ob causam nec à curatore rationes curæ administratæ durante officio actione utili sive tutelæ sive negotiorum gestorum exigi possunt, *l. 1. l. rationes 14. C. de adm. tut* Hoc dissimile est, quod curatores durante adhuc curatione singularum rerum nomine conveniri possunt, *l. 16. §. 1. de tut. & rat. distr. l. cum curatore 26. de adm. tut. l. 1. §. 3. in fin. de cont. tut. act.*

Tutelæ judicio] In omnibus, quæ fecit tutor, cum facere non deberet, item in his, quæ non fecit, tutelæ judicio rationem reddit, præstando dolum & culpam & quantam in suis rebus diligentiam, *l. 1. de tut. & rat. distr.* nec potest hæc rationis reddendæ necessitas à patre testamento remitti, *l. 5. §. Iulian. de adm. tut.* quanquam inventarii solennis confectio prohiberi potest, ne secreta patrimonii pandantur, *l. ult. §. 1. C. de arbitr. tut.* de quo vid. *Montan. de jur. tut. c. 32. reg. 4. de confect. inv. n. 98. & seqq. Moller. 1. semestr. 39.* Rationem reddere nostratibus est, *rebening bevvijs en* reliqua *doen.* idque facere nostro jure tutores tenentur non solum finita tutela, sed etiam quotannis, juxta *art. 44. dd. statut.* & ea, quæ in fin. *d. c. 9.* notat Grot. quod etiam per universam Germaniam observatur ex constitutione Caroli-

roli V. teste *Schneid. hic Wesemb. par. de adm. tut. n.3.* & jure Canonum jam ante obtinuisse arguit *Clement.2. de relig. dom. & c.1. de cler. agrot. Zypæ not. jur. Belg. de tutor. vers. tutor.*

TITULUS XXI.

De Auctoritate tutorum.

D. Lib.26. Tit.8. C. Lib.5. Tit. 59.

Ratio dispositionis.

TRia potissimum sunt, in quibus gubernatio tutoris consistit; in persona pupilli tuenda; in rebus ejus gerendis; in auctoritate ei præstanda. Tuitio educationem, institutionem, defensionemque pupilli continet. In rerum administratione tutoris officium est, ut omnia ex utilitate pupilli bona fide curet. Auctoritas ad ea pertinet, quæ pupillus ipse gerit; neque aliud est, quam probatio ejus, quod à pupillo vel cum pupillo geritur, *l.3. hoc tit.* Duo priora hic omissa sunt, & fortasse consulto, quia eorum tractatio prolixior visa est, quam ut operi Isagogico inseri debuerit. In Pand. autem & Cod. diligenter exposita sunt *tit. de adm. tut.* Tantum *§. ult. sup. tit.* levis quædam mentio facta est administrationis & reddendarum rationum: unde tamen ordinis ratio petenda videtur & continuatæ tractationis, arg. ordinis Pand. Duo autem hic docet Justinianus; quibus in negotiis necessaria sit tutoris auctoritas; & quomodo interponenda.

TEXTUS.

In quibus causis sit necessaria.

Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria: ut ecce, si quid dare sibi stipulentur, non est necessaria tutoris auctoritas: quod si aliis promittant pupilli, necessaria est tutoris auctoritas. Namque placuit, meliorem quidem conditionem licere iis facere etiam sine tutoris auctoritate: deteriorem verò non aliter, quàm cum tutoris auctoritate. Unde in his causis, ex quibus obligationes mutuæ nascuntur, ut in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem, qui cum his contrahunt, obligantur: at invicem pupilli non obligantur.

NOTÆ

Auctoritas tutoris] Tutores vel negotia gerunt ipsi, vel pupillis negotium gerentibus auctoritatem interponunt. Ulp. *tit.11. §.24.* id est, negotium confirmant, hoc enim est, auctorem fieri, *l.3. hoc tit.*

Si quid dari sibi] Pupillus, qui jam aliquem intellectum habet rectè sibi dari sine tutore stipulatur, *l.9. pr. eod. §.9. inf. de inut stip. l.1. C. de auct. præst.* aut aliquid sibi remitti, *l.2. D. de accept.* & in universum quantum ad acquirendum non indiget tutoris auctoritate, *l.11. D. de acq. rer. dom.*

Si aliis promittant] Aut quid remittant, alienentve, *l.5. l.9. h. t. §. ult. inf. quib. al. lic.* aut hæreditatem adeant, *§.1. inf. eod.*

Meliorem conditionem facere] Neque enim eis invidendum, ut rem suam augeant sine tutore, qui magis custos datus videtur pupillo, ne rerum suam perdat. Fabrot.

Obligationes mutuæ] Qui contractus cum aliis initi ultroque obligationem pariunt, initi cum pupillo sine tutoris auctoritate eos solum obligant, qui cum pupillo contraxerunt, *l.13. §. propen. D. de act. empt. l.33. D. pro soc. l.1. §. ult. D. commod,* à parte autem pupilli claudicant συναλλάγματα.

COMMENTARIUS.

IN *quibusdam causis necessaria*] Ubi tutor ipse negotium gerit, supervacua est auctoritas. At pupillo gerente, quod aliquando necessarium est, puta si de servo manumittendo, aut de adeunda hæreditate agatur, aut constituendo procuratore, *§.1. inf. eod. §. ult. inf. de curat.* locus est auctoritati tutoris; eaque in quibusdam rebus, quæ à pupillo geruntur, necessaria est, in quibusdam non est. In quo hæc distinctio pro utilitate pupillorum recepta est, ut ipsi contrahendo aut aliud gerendo meliorem quidem conditionem suam facere possint, etiam sine tutoris auctoritate; deteriorem vero non possint, nisi cum tutoris auctoritate, *l.9. hoc tit. l.28. de*

pact. l. 11. *de acq. rer. dom.* Et rectè, nam ubi nullum incommodum metuitur, frustra expectatur tutoris auctoritas: quæ ad hoc solum comparata est, ut in metu periculi pupillo per eam consulatur. Quod si culpa tutoris in damnum inciderit pupillus, eo nomine tutorem obligatum habet judicio tutelæ. Notandum autem est, hanc distinctionem pertinere ad pupillum infante majorem: nam infans ne tutore quidem auctore quicquam gerere potest, *vid. inf.* §. *pupillus de inut. stip.*

Si quid dari sibi stipulentur] Nullum enim periculum est, stipularier, inquit ille apud Plaut. in Pseudol. Idem est, si paciscantur aut stipulentur, ut id quod debent, iis remittatur aut acceptum feratur, *d. l.* 28. *de pact. l.* 2. *de accept.*

Alius promittant] Aut rem suam alienent; actionem remittant; quod eis debetur, repudient; debitam pecuniam solvant, creditam accipiant, *l.* 5. *l.* 9. *hoc tit. l.* 11. *de acq. rer. dom.* §. *ult. inf. quib. al. lic.*

Ex quibus obligationes mutuæ] Ex quibusdam contractibus mutuæ obligationes, id est, ex utraque parte nascuntur, ut in emptione, locatione, mandato, societate, & aliis id genus: tam enim verbi causa obligatur emptor ad pretium solvendum, quam venditor ad rem præstandam. Ex quibusdam vero nascitur obligatio ex una parte tantum; ut in mutuo solus obligatur, qui accipit; in stipulatione, qui promittit, *l.* 19. *de verb. sign.*

Qui cum his contrahunt, obligantur] Qui contractus cum aliis initi ultro citroque obligationem pariunt, hi si cum pupillo contractum sit sine tutoris auctoritate, ab uno tantum latere constant, eosque solum obligant, qui cum pupillo contraxerunt, pupillos non item, *l. Julianus* 13. §. *antep. de act. empt.* Ratio hujus juris partim est favor pupillorum, partim quod qui cum pupillo contrahit, cujus ætatem aspectus ipse indicat suæ temeritati id imputare debeat, per *l. qui cum alio* 19. *de reg. jur.*

Non obligantur] Nisi in quantum locupletiores facti sunt, *l.* 1. *l.* 5. §. 1. *hoc tit.* Natura enim æquum est, neminem locupletari cum alterius jactura, *l.* 14. *de cond. ind.* An pupillus sine tutoris auctoritate ex conventione saltem naturaliter aliquando obligetur, & quam vim ea obligatio habeat jure civili, disputamus *inf. de inut. stip. sub* §. *pupillus* 9.

Textus.

Exceptio.

1. *Neque tamen hæreditatem adire, neque bonorum possessionem petere, neque hæreditatem ex fidei commisso suscipere aliter possunt, nisi tutoris auctoritate, (quamvis illis lucrosa sit) ne ullum damnum habeant.*

Notæ.

1. *Neque hæreditatem adire*] Ex Cajo *l.* 9. §. 3. *h. t.* cujus rei non alia ratio quærenda, quam quod facto suo sine tutore se obligare non possunt, *d. l.* 9. *pr. l.* 8. *D. de acq. hær.* Non pertinet quidem hoc ad suos hæredes; beneficio tamen prætoris abstinentium eadem causa, §. 2. *inf. de hær. qual. & diff.* §. 3. *inf. de hær. quæ ab. int.*

Neque bonorum possessionem, &c.] Bonorum possessionis & fidei commissi hæreditatis eadem, quæ hæreditatis jure civili aut directo delatæ, ratio, *inf. lib.* 3. *tit.* 10. *& lib.* 2. *tit.* 23.

Commentarius.

Hæreditatem adire] Pupillus hæreditatem sibi delatam sine tutoris auctoritate adire non potest, *l.* 9. §. 3. *hoc tit.* Cujus rei non alia ratio quærenda, quam quod facto suo sine tutoris auctoritate se obligare non potest *l.* 8. *de acq. her. d. l.* 9. *pr. hoc tit.* At inquis, potest conditionem suam meliorem facere, etiamsi tutor auctor non sit, fateor; modo ne ipse obligetur: ideoque à patre pupilli claudicant τὰ συναλλάγματα. Fieri autem non potest, ut pupillus hæreditate quæsita non obligetur ut hæres creditoribus hæreditariis & testamentariis, illis ut defuncti personam repræsentans, his ipsa aditione hæreditatis. Neque enim hic est, quod creditoribus aut legatariis imputetur, qui cum pupillo herede non contrahunt, sed in cum incidunt, quod & Mynf. observavit. Alia vulgo ratio affertur, periculum scilicet æris alieni, quo emergente incipiat damnosa esse hæreditas; multaque insuper in hæredibus esse metuenda, vexationem, negotiorum multitudinem, offensas, invidiam, *l.* 4. *ad sen. Treb.* Itaque quia judicio animi hic opus sit, necessariam esse tutoris auctoritatem, *l.* 189. *de reg. jur.* Quæ ut vera esse fateamur: illud tamen adhuc relinquitur, cur non saltem favore pupillorū sustineatur hæreditatis acquisitio, quatenus illis lucrosa sit. Loquimur autem de pupillis extraneis hæredibus: quippe quibus ad acquirendam hæreditatem aditione opus sit: nam sui hæredes sine facto suo ipso jure hæredes fiunt, etiam ignorantes, *l.* 8. *de acq. hær.* §. 2. *inf. de hær. quæ ab int. def.*

Neque bonorum possessionem] Ob eandem nimirum rationem: quia bonorum possessio vi ipsa nihil aliud est, quam hæreditas, & in omnibus vice hæredum bonorum possessores habentur, de quo *inf. lib.* 3. *tit. de bon. poss.*

Hæreditatem ex fideicommisso] Et hoc eandem rationem habet: nam cum restituta hæreditate actiones omnes, quæ hæredi in hæredem competunt, ex SC. Trebelliano transeant in fideicommissarium, si

pupillus

pupillus ex fideicommisso hæreditatem susceperit, eo facto perinde obligabitur, ac si quamlibet hæreditatem adiisset. De fideicommissariis hæreditatibus tractabitur *inf. lib. 2. tit. 23.*

Ne ullum damnum habeant] Melius meo judicio Cujac. Hotom. Wesemb. legunt, *quamvis illis lucrosa sit, nec ullum damnum habeat*, sine parenthesi: quomodo & apud Cajum legitur in Pand. & legisse etiam videtur Theophilus.

TEXTUS.
Quomodo interponi debet.

2. Tutor autem statim in ipso negotio præsens debet auctor fieri, si hoc pupillo prodesse existimaverit. Post tempus vero, vel per epistolam, aut per nuntium interposita auctoritas nihil agit.

COMMENTARIUS.

Exponitur hic modus seu forma interponendæ auctoritatis ex Cajo *d. l. 9. §. tutor hoc tit.* Hic modus ut legitimus habeatur, duo desiderat; ut tutor in negotio; quod cum pupillo geritur, præsens sit; ut statim atque peractum est, auctor fiat. Præsentia ideo desideratur, ut certo cognoscat tutor, quid negotii, qua fide geratur: ac proinde non sufficit, corpore præsentem esse, nisi & animo sit & intelligat quale sit quod contrahitur, *l. 14. eod. junct. l. 1. in fin. & l. 2. eod.* Cur autem statim & quasi calente adhuc negotio auctor fieri debeat, hæc ratio est, quia interpositio auctoritatis integrat quodammodo personam pupilli, qui per se contrahere non potest; efficitque, ut actus sustineatur, qui alioqui ipso jure invalidus ex intervallo non posset confirmari. Non est autem necesse, ut & is præsens sit, qui cum pupillo contrahit: potest enim ille aliquid vendere aut locare pupillo per epistolam, & tutor auctoritatem pupillo accommodare, *d. l. 9. §. ult.* Illud quoque sciendum est, auctoritatem semper purè à tutore interponendam esse, non conditionaliter quamvis conditionaliter cum pupillo contrahatur, *l. 8. eod.*

In ipso negotio præsens debet auctor fieri] Tutoris auctoritas, perfecto negotio interponitur, ut disertè scribit Ulp. *l. si quis 25. §. jussum de acq. her.* Quamobrem hæc oratio vel sic resolvenda est, *Tutor in ipso negotio præsens statim debet auctor fieri.* Ut intelligamus, & præsentiam tutoris in ipso negotio, dum adhuc geritur, requiri; & statim ut negotium perfectum est, auctorem fieri oportere: quod & arguit mox sequens illatio, *Post tempus vero, &c.* Vel si hæc verba, *in ipso negotio* ad illa, *auctor fieri* referre malis, in ipso negotio fieri intelligi debet, non quod sit, cum nihil dum gestum est; (quid enim tum probet tutor?) sed quod fit negotio quidem cum pupillo jam gesto, sive tractatu præsente tutore habito, sed statim & in continenti subsequitur, & tractatum illum concludit ac firmat, Sic in *l. 1. de solut.* in solutione sive in re præsenti constituere dicitur, in quam causam solutum velit; qui statim atque solutum est, constituit. Cæterum hæc subtilitas hodie insuper habetur, Autumn. *collat, jur. in d. l. 9. §. tutor.*

TEXTUS.
Quo casu interponi non potest.

3. Si inter tutorem pupillumque judicio agendum sit; quia ipse tutor in rem suam auctor esse non potest, non prætorius tutor (ut olim) constituitur, sed curator in locum ejus datur: quo curatore interveniente judicium peragitur; & eo peracto curator esse desinit.

NOTÆ.

Non prætorius tutor ut olim] Moribus receptum fuerat, ut hoc casu tutorem habenti tutor daretur. Ulp. *tit. 11. §. 23* propter solemnitatem judiciorum, *l. 19. h. t.*

COMMENTARIUS.

Judicio agendum sit] Nec plures sint tutores; alioqui nisi cum omnibus pupillo lis sit, unus ex iis auctor erit, *l. si plures 24. de test. tut.* Intellige autem si judicio agendum sit de aliis rebus quam de administratione tutelæ: nam tutelæ agi, nisi finita tutela non potest, *l. 4. de tut. & rat. distr.*

In rem suam auctor esse non potest] Regula est, tutorem in rem suam auctoritatem accommodare non posse, *l. 1. & 7. hoc tit.* quemadmodum nec judex quisquam aut testis in sua causa esse potest, *l. 10. de jurisd. l. nullus. de testib.* Et in casu proposito hoc alioqui absurdi eveniret, ut idem in eodem negotio & actor esset & reus. Atenim nihil prohibet auctoritas, quominus negotium per consequentias etiam tutori geratur *d. l. 7.* quod exemplo declaratur *d. l. 1.*

Non prætorius tutor] Prætorianum appellari scribit Ulp, & moribus pupillo dari, qui cum tutore suo legitimo judicio agere vult, *tit. de tutel §. moribus.* Hæc igitur exceptio fuit regulæ ejus, quæ prohibet tutorem ad certam rem vel causam dari, *§. pen. sup. qui test. tut.* item alterius, qua traditur, *§. interdum inf. de curat.* tutorem habenti tutorem dari non posse. Cur autem necesse fuit hoc casu tutorem dari; Nimirum quia judicia erant solemnia & ordinaria; ad ea autem quæ solemnitatem juris desiderant, ex-

plicanda tutore auctore opus erat, *l. curatorem 19. hoc tit. l. cum in una 17. §. 1. de appell. l. ult. C. de in lit. tut. dand.*

Curator datur] Postquam judicia extraordinaria esse cœperunt, sublato solemni veterum formularum ritu, *inf. tit. de succ. subl. & tit. de interd. §. ult. & C. de form. & imp. subl.* quæ per quemvis procuratorem expediri potuerunt, ad ea tractanda & curatorem dari sufficere visum est. Unde existimo Tribonianum verbum *curatoris* in locum *tutoris* subjecisse in *ll. 3. 4. 5. de tutel. l. 24. de test. tut. & simil. loc.* Jure novo hæc disputatio penè supervacua est, quo vetuit Justinianus, debitorem creditoremve pupilli tutorem creari; eique, qui pupillo, aut cui pupillus post cœptam tutelam debere cœpit, perpetuum curatorem adjungi voluit, *Nov. 72. c. 1. & 2.* Dixi autem, penè: quia video plerosque hinc eximere tutores ex certa scientia testamento datos. DD. *in auth. minoris C. qui dar. tut. Schneid. hic n. 5. Montan. de tutel. c. 9. n. 67. & seqq. atque ita judicatum refert A. Fab. C. tit. 20. lib. 5. def. 1. Sand. lib. 1. tit. 9. def. 1.* Mynsingerus item excipit ex inquisitione datos: quod vix est, ut probare possim. Illud constat, matrem & aviam non impediri debito aut credito, quominus filiorum suorum aut nepotum tutelam gerant, *auth. ad hæc C. quand. mul. off. tut.* & multo igitur magis excipiendus pater & avus, ut curia Frisiæ censuit, teste Sand. *d. lib. & tit. defin. 2.*

TITULUS XXII.

Quibus modis tutela finitur.

C. Lib. 5. Tit. 60.

Continuatio & methodica Tituli explicatio.

Dictum est, quibus modis tutela constituatur; quæ constitutæ vis atque auctoritas: reliquum est, ut videamus, quamdiu perseveret, quibusque modis ea finiatur. Modi finiendæ tutelæ varii sunt, tum ex persona pupilli, tum ex persona tutoris, tum ex persona utriusque: item quidam communes sunt omnibus tutelæ speciebus, quidam proprii quarundam; sicut ex progressu apparebit. In summa autem duorum horum modorum altero semper finitur, aut ipso jure, aut interventu magistratus.

TEXTUS.

De Pubertate.

Pupilli pupillæque, cum puberes esse cœperint, à tutela liberantur. Pubertatem autem veteres quidem non solùm ex annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis æstimari volebant. Nostra autem majestas, dignum esse castitate nostrorum temporum existimans, benè putavit, quod in fœminis etiam antiquis impudicum esse visum est, id est, inspectionem habitudinis corpores, hoc etiam in masculos extendere. Et ideò nostrâ sanctâ constitutione promulgatâ, pubertatem in masculis post decimum quartum annum completum illicò initium accipere disposuimus: antiquitatis normam in fœminis bene positam in suo ordine relinquentes, ut post duodecim annos completos viripotentes esse credantur.

NOTÆ.

Sed etiam ex habitu corporis] Priscus eum impuberem esse dicebat, in quem utrumque concurrit, & habitus corporis & numerus annorum. Ulp. *tit. 11. in fin.*

Inspectionem habitudinis corporis] Sunt, qui negent tale quid apud Romanos factitatum, & impudicam illam inspectionem corporum Ramanis moribus indignam esse existimant.

Nostra constitutione] Extat in *l. ult. C. quand. tut. vel cur. esse.*

COMMENTARIUS.

1. *Longè ante tempora Justiniani receptum fuisse, ut pubertas etiam in masculis ex annis æstimaretur.*
2. *Suspectum auctori esse, quod scribit Tribon. de nudorum corporum inspectione.*
3. *Vim generationis in fœminis citius incipere, quam in maribus.*
4. *Tutelam muliebrem aliam fuisse ab hac pupillari fœminarum.*
5. *Moribus harum regionum tutelam pubertate non finiri.*

Cum *puberes esse*] Primus modus finiendæ in persona pupilli tutelæ est pubertas, *l. 1. C. quand. tut. vel cur.* Hinc puberes etsi curatorem accipiunt, in suam tutelam venisse antiqua locutione dicuntur,

cuntur, *inf. de pup. substit. in pr. l. 8. §. 1. de bon. poss. sec. tab.*

Sed etiam ex habitu corporis] Fuere olim, qui pubertatem in masculis ex solo habitu corporis æstimabant. Proculeii eum puberem esse dicebant, qui quatuordecim annos explevisset: alii eum, in quem & habitus corporis & numerus annorum concurreret, teste Ulpian. *de tutel. in fin.* Eam se controversiam sustulisse, abrogataque inspectione corporis pubertatem ex annis tantùm æstimari voluisse, scribit Justinianus *hic & in l. ult. C. quand. tut. vel cur.* Sed profectò longè ante Justinianum receptam fuisse Proculi sententiam, multis auctoritatibus probari potest. Nam Tertullianus, qui aliquot seculis ante Justinianum vixit, in *lib. de veland. virg.* apertè testatur, *Romanos pubertatem in annis, non in sponsalibus aut nuptiis decernere*; hoc est, ex annorum numero, non ex habitu corporis puberem judicare. Et Macrobius *lib. 7. Saturn. c. 7.* sic scribit; *Secundum jura publica duodecimus annus in fœmina, & quartus decimus in puero definivit pubertatis ætatem.* Idem *in somn. Scipion. lib. 1.* ait, *tutelam pueris post bis septem annos absolvi.* Idque & Ulpian. noster expressis verbis confirmat *l. 2. de vulg. & pup.* indeque est, quod idem Ulpian. scribit, masculis post annum decimum quartum, fœminis post duodecimum permitti testamentum facere, *l. 5. qui test. fac.*

2 *Inspectionem habitudinis corporis*] Nunquam mihi persvaderi potuit, inhonestam hanc corporis inspectionem apud Romanos usitatam fuisse: neque est veterum quisquam, qui tam impudicæ rei meminerit. Quod autem in libris Jurisconsultorum & apud Quintilianum *lib. 4. Inst. orat. 2.* legimus, dubitatum fuisse, ex habitudine corporis, an ex annis, pubertas metienda esset, non de turpi aliqua nudorum corporum inspectione accipiendum est, sed de externo corporis aspectu & vigore; ut is ex quorundam sententia (quæ tamen non obtinuit) pubes haberetur, qui figura ac dispositione totius corporis liberorum procreationi idoneus videretur, *fac. l. 4. C. qui test. fac.* Etenim habitus sive habitudo Latinis scriptoribus σχῆμα & formam corporis significat. *Cic. pro Cœl. Quintus Metellus cum floreret integra ætate, optimo habitu, maximis viribus. Liv. lib. 4. Fœdior corporis habitus, pallore ac macie perempti. Terent. in Eunuch. Qui color, nitor, vestitus, quæ habitudo est corporis?* Sic auctor ad Herenn. bonam corporis habitudinem appellat, integram corporis constitutionem. Unde & eos, qui obesiore erant corpore, habitiores dicebant. *Terent. Eunuch. Si qua habitior paulo, pugilem esse ajunt.* Plaut. Epid. *Corpulentior Hercle atque habitior.* Rævardus 4. *var.* 10. existimat, Triboniano imposuisse Platonem, qui *lib. 11. de legib.* convenientiam ætatis ad matrimonia definiri vult per judicem, nudos omnino mares, nudatasque usque ad pubem fœminas inspicientem: Tribonianumque ea, quæ de pubertate ex habitu corporis æstimanda apud Jurisconsultos legerat, ex imaginaria illa Platonis lege interpretatum. In contrarium tamen moventur Hotomannus & Ant. Matthæus *Coll. Inst. 2. disp. 2.* auctoritate Quintiliani, qui *declam. 279.* scribit, nudari corpora puerum, & ab judicibus inspici. Sed confictum hoc esse non dubito, ut ferè sit in scholasticis exercitationibus.

Post duodecim annos] Pubertatis anni maximè propter nuptias definiti sunt: ideoque cum vis generationis in fœminis citius incipiat, quam in maribus, placuit eas etiam citius tutela liberari. Et hoc est, quod Macrob. *lib. 1. in somn. Scipion.* scribit; *De tutela*, inquit, *fœminæ propter votorum festinationem maturius biennio, quam pueri, legibus liberantur.* Quod autem generationi citius admoventur, id idem Macrob. 7. *Saturn.* 7. infirmiori earum naturæ adscribit: nam & exilia poma celerius maturescere, robusta serius. Physici etiam hanc rationem afferunt, quod facilius est pati, quam agere: in generatione autem fœmina passivè se habet. In universum autem, ut scribit Aristot. 7. *de hist. animal.* θᾶττον τὰ θήλεα τῶν ἀῤῥένων καὶ νεότητα, καὶ ἀκμὴν λαμβάνει, καὶ γῆρας. Alia ab hac pupillari fœminarum tutela fuit muliebris, de qua Ulp. *in fragm. tit. 11.* Nam & post pubertatem mulieribus tutor dabatur, non ad negotia earum administranda, sed ad auctoritatem præstandam in solemnibus & civilibus, veluti ad judicia, ad dictionem dotis, ad alienandas res mancipi. *Ulp. d. loc.* Nisi dicamus, ex jure veteri hæc referri, quo jure meliores perpetua tutela continebat, teste Boëtio *in Top. Cic.* Nam non temerè loca illa omnia, quibus traditur, tutelam in fœminis anno duodecimo finiri, & curatorem succedere, à Triboniano interpolata dixerim: quamvis id affirmet *Rævard. 2. var. 10.* Obstat enim locus Macrobij modo citatus: & Boëtius expresè de jure antiquo loquitur. Moribus harum regionum tutela pubertate non finitur: sed qui semel legitimè tutores dati sunt, etiam puberum rebus præsunt usque ad justam eorum ætatem, hoc est, donec 25. annos implerunt, *D. Gudelin. in fin. lib. 1. Christin. vol. 3. decis. 148. n. 14. & 16. & vol. 6. decis. 82. n. 9. Montan. de tutel. c. 37. n. 86. Grœnev. de legib. abrog. hic.* quod & in Germania generali consvetudine receptum esse testatur *Gail. 2. obs. 96. Paul. Busius ad l. 1. n. 7. de tutel.* & in pleraque Gallia, Baro hic.

TEXTUS.

De capitis deminutione Pupilli.

1. *Item finitur tutela, si adrogati sint adhuc*

huc impuberes, vel deportati: item si in servitutem pupillus redigatur, vel si ab hostibus captus fuerit.

N O T Æ.

1. *Deportati*] Quia cives esse desinunt, §. 1. *sup. quib. mod. jus pat. pot.* Nota etiam impuberes deportari posse; nempe qui sunt pubertati proximi & doli capaces, *l. 111. de reg. jur. l. 14. D. ad sen. Silan.*

COMMENTARIUS.

SEcundo finitur in pupillo tutela quavis capitis deminutione: sive cum adrogatus sit, sive deportatus, sive in servitutem redactus, tutela extinguitur. *l. 14. pr. & §. 1. & 2. de tutel.* unde hic locus descriptus est. Miscentur autem hic modi, quibus & ex persona tutoris tutela finitur. §. 4. *inf. eod.*

Adrogati sint] Ratio est, quia desinunt esse sui juris, & in potestatem adrogatoris transeunt: nemo autem potest simul esse in tutela & in patria potestate, *sup. de tutel. in pr.* Sed hoc moribus fere hodiernis non obtinet.

Vel deportati] Quod ob delictum iis contingere potest, qui sunt pubertati proximi, & doli capaces, *l. pupillum 111. de reg. jur. §. pen. inf. de obl. quæ ex del.* Constat autem, deportatos peregrinæ conditionis fieri, ideoque pro mortuis in iis, quæ juris civilis sunt, qualis est tutela, haberi, §. 1. *sup. quib. mod. jus pat. pot. solv. l. 11. §. 1. de pœn.*

In servitutem redigatur] Puta si pupillus jam doli capax ob ingratitudinem patrono iterum in servitutem tradatur: quo exemplo utitur Theophilus, idque fortiori ratione, quam si deportatus sit, quia cum civitate simul & libertatem amittit, §. 1. *sup. de cap. dem.*

Si ab hostibus captus] Cæterum eventus demum ostendet, an tutela hic omnimodo finita sit: nam postliminio reversus procul dubio recidit in tutelam.

T E X T U S.
De Conditionis eventu.

2. *Sed etsi usque ad certam conditionem datus sit tutor testamento, æquè evenit, ut desinat esse tutor existente conditione.*

N O T Æ.

2. *Testamento*] Additum quia à Magistratu ita non datur, *l. 6. §. 1. D. d. tutor. l. 77. de reg. jur.*

Existente conditione] Veluti si Titius tutor testamento datus sit, usque dum uxorem ducet, & duxerit.

COMMENTARIUS.

USque ad certam conditionem] Vel usque ad certum tempus: nam ut ad certam conditionem testamento datus, existente conditione tutor esse desinit; ita datus ad certum tempus, finito tempore deponit tutelam, *l. 4. §. ult. de tut. l. 8. §. 1. & 2. de test. tut. §. pen. inf. hoc tit.* Hoc autem modo finitur tutela ex persona tutoris, & proprius est tutelæ testamentariæ, ut docemus *sup. qui test. tut. dar. §. 3.* Est & modus, qui huc pertinet, quo finitur tutela Attiliana: nam si ex die aut sub conditione testamento tutor datus sit, is qui interim à magistratu datus est, veniente die aut existente conditione tutor esse desinit, §. 1. *sup. de Attil. tut.* add. quæ ad. §. *ad certum tempus sup. qui test. tut. dar.*

T E X T U S.
De morte.

3. *Simili modo finitur tutela morte pupillorum, vel tutorum.*

COMMENTARIUS.

HIc modus & ad omnem tutelam & ad personam utriusque ex æquo pertinet: eo autem maxime spectat, ut intelligamus, pupillo mortuo, ne ratione quidem bonorum, quæ post mortem supersunt, tutelam perseverare; mortuo tutore, hæredes ejus in tutelam non succedere, *l. antepen. de tutel. l. ult. §. 1. de mun. & hon. l. 4. §. 1. D. de tut. & rat. distr.*

T E X T U S.
De capitis deminutione.

4. *Sed & capitis deminutione tutoris, per quam libertas, vel civitas amittitur, omnis tutela perit. Minima autem capitis deminutione tutoris, veluti si se adrogandum dederit, legitima tantum perit: ceteræ non pereunt. Sed pupilli & pupillæ capitis deminutio, licet minima sit, omnes tutelas tollit.*

N O T Æ.

4. *Legitima tantum perit*] Agnatorum scil. hodie id non obtinet; quia jure novissimo in totum sublata est agnationis, & cognationis differentia, pariterque cognati cum agnatis ad legitimam tum hæreditatem, tum tutelam vocati. *Novell. 118. c. 5.*

COMMENTARIUS.

PER *quam libertas vel civitas*] Hic modus solvendæ tutelæ communis est, ut notavi *sup. ad* §. 1.

§. 1. eandemque in tutore, quam in pupillo rationem habet.

Legitima tantum tutela perit] Nimirum quia & perit agnatio, ob quam ea defertur, *§. ult. sup de leg. agn. tut.* Legitima autem patronorum tutela huc nunquam pertinuit, *Vlp. in fragm. tit. de tutel. §. 8.* Porro jure novissimo nullam amplius legitimam tutelam minima capitis deminutione tolli, notavimus sub *d. §. ult. de leg. agn. tut.*

Licet minima sit] Is qui in potestate patris est, si perfectæ ætatis sit, non prohibetur tutor esse, *sup. qui test. tut. dar. in pr.. l. filiusfam. de his qui sui vel al. jur.* In tutela autem nemo esse potest, nisi qui sit sui juris. Atque hæc ratio est cur pupillo adrogato tutela pereat, tutore non item,

Textus.

De tempore.

5. Præterea, qui ad certum tempus testamento dantur tutores, finito eo deponunt tutelam.

Notæ.

5. *Ad certum tempus*] V. g. ad biennium *l. 14. §. 3. D. de tutel.*

Commentarius.

Dixi ad §. 2. *hujus tit.* Hoc autem modo quamvis tempore, ipso tamen jure tutela finitur. Etenim tutela non ullo jure propriè quæsito consistit; alioqui tempore ipso jure non finiretur, *l. obligationum 44. de obl. & act.* sed in facto personæ & administratione magis posita est. Quæ autem talia sunt, ut facta sunt temporalia, ita & ipsa cum factis incipere & finiri possunt: argumento sit ususfructus, *l. un. §. pen. quand. dies us. leg. eod.*

Textus.

De Remotione & Excusatione.

6. Desinunt etiam tutores esse, qui vel removentur à tutela ob id, quod suspecti visi sunt: vel qui ex justa causa se excusant, & onus administrandæ tutelæ deponunt, secundùm ea, quæ inferius proponemus.

Notæ.

6. *Se excusant.*] In perpetuum non ad tempus, *§. 5. tit. seq. l. 16. D. de tut. dat.*

Commentarius.

Proponuntur hic duo modi, quibus tutela finitur; non ipso jure, ut superioribus, sed interventu magistratus; excusatio scilicet, & justa suspicio. Excusatio volentem liberat: suspicio invitum removet. Est vero major excusationum usus tutela delata, quam suscepta. Sed & quasi suspectus quis postulari & removeri potest, antequam incipiat tutelam gerere, de quibus suo iterum loco. De excusationibus est *tit. pen*, de suspectis tutoribus *tit. ult. hujus libri.*

Titulus XXIII.

De Curatoribus.

D. Lib. 27. Tit. 10. C. Lib. 5. Tit. 70.

Continuatio & summa Tituli: tum genera curatorum distincta.

Ransit nunc Imp. ad alterum membrum divisionis positæ in *pr. sup. de tutel.* quod eos complectitur, qui cum sui juris sint, curatorum tamen auxilio reguntur: exponitque promiscuè quibus, & à quibus, quando & quomodo curator detur. Sciendum autem est, duo esse genera curatorum: unum eorum, qui nulla personæ habita ratione, si res exigat, bonis constituuntur, puta vel debitoris latitantis, vel hæredis, qui in utero est aut domini, qui ab hostibus captus sit *ti. de cur. bon. dand.* quod genus huc non pertinet; alterum eorum, qui certis personis, quæ alieno auxilio indigent, dantur ad res earum administrandas: qui hujus sunt argumenti. Sunt autem & ipsi duorum generum: dantur enim vel propter ætatem ejus, qui in curatione sit; vel propter animi aut corporis morbum. In priore genere sunt minores 25. annis: in posteriore furiosi, prodigi, mente capti, muti & surdi, & qui perpetuo morbo laborant. Quamobrem sic rectè definietur curatio potestas jure constituta ad curandas res ejus, qui quoquo modo rebus suis superesse ipse non potest. Ex hac definitione facilè intelligere poteris, & quæ communia sunt curæ cum tutela, & quæ discrepantia, maximè si cum ea conferas definitionem tutelæ, eaque, quæ ad illam illustrandam scripsimus sub *§. 1. sup. de tutel.* Cæterum & in processu pleraque iterum notanda erunt.

Textus.
De adultis.

Masculi quidem puberes, & fœminæ viripotentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt: quia licet puberes sint, adhuc tamen ejus ætatis sunt, ut sua negotia tueri non possunt.

NOTÆ.

Ad vigesimum quintum annum] *l.* 1. *in fin. D. de min.* post quod tempus completur virilis vigor, quæ Græcis ἀκμή. *belle Cujac. ad d. l.* 1.

Curatores accipiunt] Nisi ætatis veniam à Principe impetraverint, *C. de his qui ven. æt. imp.*

Negotia sua tueri Et ideo quamvis qui in tutelam suam venit; sui potens est, κύριος ἑαυτοῦ, nondum tamen est κύριος τοῦ αὐτοῦ. Fabrot. *l.* 20. *D. de rit. nupt. l.* 8. *C. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur tutela in fœminis citius, quam in maribus finiatur: cura eadem ætate in utrisque.*
2. *Quare fœminæ biennio maturius, quam masculi, ætatis veniam impetrare possint.*
3. *Quid consuetudine harum regionum circa utrumque illud receptum.*
4. *Quando dies cæptus pro completo habeatur, & contra.*
5. *Cur placeat ætatem 25. annorum finem afferre curationi.*
6. *Cur tam curiosè de curatore adolescentibus dando caveatur, cum nihilominus si capti fuerint, in integrum restituantur.*

Usque ad vicesimum quintum annum] Tutela in maribus tardius finitur, quam in fœminis, quia fœminæ, ut superius dictum est, citius pubescunt. 1 At cura in utrisque eodem tempore finitur, nimirum post annum vicesimum quintum. Et vero nulla ratio est, cur fœminæ maturius, quam masculi, cura liberari debeant; cum potius diuturniore cura continendæ videantur, propter sexus fragilitatem, ob quam & in perpetua cura olim fuere. Et jure quidem ordinario ante hanc ætatem curatio non finitur. Cæterum adolescentes honestate morum prædıti post annum vicesimum; fœminæ, quas morum honestas mentisque solertia commendat, post annum octavum decimum, ætatis veniam à Principe impetrare possunt, ut ex eo tempore res suas sine curatoribus administrent: ac tum quidem in integrum non restituuntur *l.* 1. & 2. *C. de his qui ven. ætat.* sed tamen in eo adhuc simili conditione cum cæteris minoribus sunt, quod immobilia sine decreto alienare aut obligare non possunt, *l.* 3. *C. d. tit.* Cur autem hoc fœminis biennio maturius conceditur? D. Bachovius negat solidam ejus rei 2 rationem dari posse. D. Brederodius in *not. ad Schneid.* hanc affert, quod quamvis judicium muliebre ἐπὶ τὸ πλεῖστον infirmius sit virili, tamen quæ natura solertiores sunt, si ad virtutem pergant, celerius maribus prudentes fieri: propterea quod vehementiores multo in fœminis affectiones sint, quam in viris. Moribus patriæ non solum Princeps aut summus magistratus, sed etiam Curia provincialis ætatis veniam concedere solet, aliique judices ordinari, 3 quibus id facere jure legitimo competit: neque veniæ concessio continet jus prædia alienandi sine cognitione judicis, nisi & hoc ex magna causa, & quidem à supremo magistratu, expressè indultum sit auctore *Grot.* 1. *man.* 10. vide *Groenevv. de legib. abrog. ad tit. C. de his qui ven. ætat. & ibi alleg.* Diximus quoque non multo ante, consvetudine harum regionum receptum, ut tutela demum finiatur post perfectam ætatem eorum, qui in tutela sunt, hoc est, postquam egressi sunt annum vicesimum quintum. Apud nos enim ignoratur distinctio, quam jus civile Romanorum facit inter ætatem pupillarem, quæ sub tutela, & minorem, quæ in curatione sit. Unde & tutela ac cura uno communi nomine & promiscuè appellatur *Voogdie* aut *Momberschap* & tutores curatoresque *Voogden* aut *Momboirs* pupilli & minores indiscriminatim *VveZen.* Cæterum etiam ante eam ætatem tutela sive cura finitur, contracto scilicet matrimonio: quanquam tunc ex causa à judice ad tempus prorogari potest: quod & tunc locum habet, cùm ætate finita est, *Grot. d. loc.* Statuto Leidensium nemo suæ curæ esse incipit, nisi qui causa cognita à magistratu tutelari dimissus *art.* 141.

Completum] Curatio non finitur, nisi anno vicesimo quinto axacto & completo. Hoc enim utile minori visum est, ut tempus à momento in momentum spectetur: nam si postremo vicesimi quinti anni die cœpto aut nondum completo læsus sit, poterit adhuc in integrum restitui, *l.* 3. §. *minorem, D. de minorib.* Ad quem locum Glossa notat, diem cœptum 4 pro completo haberi, quoties id alicui utile est, aut alioqui favorabile, ut in usucapionibus, *l.* 6. *de usuc.* in testamenti factione, *l.* 5. *qui test. fac.* in manumissionibus *l.* 1. *de manumiss.* quo etiam pertinet *l. anniculus* 134. *de ver. sign.* In honoribus quoque favoris gratia constitutum esse, ut annus inchoatus pro pleno habeatur, *l.* 8, *de mun. & hon.* Contra autem, ubi favorabile est, non numero dierum, sed momentis temporum annum dividi, diem cœptum pro completo non haberi, ut in temporalium actionum præscriptione, *l.* 6. *de obl. & act.* in vacatione tutelæ, *l.* 2, *de excus.* & in casu proposito, ita & Co-

stal.

stal. ad l. 3. §. 3. de minor. Cur autem placeat ætatem 25 annorum finem afferre curationi; docet nos. Ulpian. *l. 1. §. 2. d. tit. quia* inquit, *post hoc tempus completur virilis vigor*: convenienter sententiæ Physicorum, qui tradunt, anno vicesimo quinto, quo corpus crescere desinit, etiam animam ad summum perfectionis suæ gradum pervenire, eaque demum ætate evidentia vigoris animi & constantiæ mentis vestigia emergere: conquiescente scilicet illa humorum ac corporis perpetua agitatione ac perturbatione, cui adolescentes obnoxii. Quamobrem & justa, perfecta, integra, robusta hæc ætas in libris nostris appellatur, Græcis ἀκμὴ dicitur. Pulchrè *D. Cujac. ad tit. de min. in pr. add. Magir. 6. Physiolog. 5.* Quanquam igitur naturæ lege certa ex annorum numero perfectæ ætatis definitio non est, nisi κατὰ πλάτος, tamen ex his, quæ diximus, abundè patere arbitror, hanc ætatis justæ definitionem non esse juris merè positivi, ut existimat Bachovius.

6 *Adhuc tamen ejus ætatis sunt*] Constat inter omnes ait Ulpian. *l. 1. pr. de min.* fragile esse & infirmum hujusmodi ætatum consilium, multorumque captionibus & insidiis expositum. ideoque prætorem naturalem æquitatem secutum, auxilium adolescentibus adversus captiones polliceri. & in *fin. d. l. 1.* addit, ideo eos usque ad vicesimum quintum annum curatorum auxilio regi. Sed quid opus fuit de curatore adolescentibus dando tam curiosè cavere, cum si capti fuerint, prætor eos in integrum se restituturum polliceatur, nec iis minus subveniat, qui curatorem habentes eo auctore quid gesserunt? *tot. tit. C. si tut. vel cur. int.* Nimirum magis decorum atque honestum visum est, in tempore occurrere & providere, ne minores capiantur, quam ut assiduis implorationibus tribunalia personent. Deinde quia id etiam minoribus tutius est & utilius, ne post vulneratam causam remedium quærentibus impedimentum aliquod objiciatur, *l. ult. C. in quib. caus. in int. rest. nec.* Curatoris autem consilio & prudentia efficitur, ut non tam facilè lædantur, nec necesse sit restitutionem in integrum toties postulare: quanquam si nihilominus læsi proponantur, auxilium iis prætor non denegat. Illud obiter monendi sumus, non tantum ætate curationem finiri, sed aliis etiam ex causis, atque ex iisdem ferè, ex quibus finitur tutela: denique similiter vel ipso jure, ut adrogatione adolescentis, morte, servitute, deportatione vel adolescentis vel curatoris; vel interventu magistratus, ut excusatione, remotione.

TEXTUS.

A quibus dentur Curatores.

1. *Dantur autem curatores ab eisdem magistratibus, à quibus & tutores. Sed curator testamento non datur: datus tamen confirmatur decreto prætoris vel præsidis.*

NOTÆ.

1. *Testamento non datur*] *l. 6. D. de confirm. tut. l. 2. C. eod. L. 12.* tabb. permissum parenti, non Curatorem, sed tutorem testamento dare.

COMMENTARIUS.

Ab eisdem magistratibus] Igitur Romæ à præfecto urbi vel prætore; in provinciis à præsidibus; in municipiis aut agris municipiorum à magistratibus municipalibus, juxta distinctionem traditam, *§. nos autem sup. de Attil tut. l. 3. D. de tut. dat.*

Testamento non datur] Idem traditur in *l. 7. C. de test. tut.* At quamobrem; nimirum quia puberes, quibus solis curator datur, ipsi, si velint, res suas administrare possunt: de quo mox plura. Eademque ratio est, cur pater liberis suis puberibus substituere non possit, scilicet quia ea ætate ipsi sibi testamentum facere possunt, *l. 2. de vulg. & pup.*

Datus tamen confirmatur] Sive à patre, sive à matre datus sit: & confirmatur perinde ut tutor testamento non legitimè datus, *l. 1. in fin. l. 2. §. 1. l. 6. de conf. tut. l. 2. C. eod.* ac proinde naturam sapit testamentarii, *l. 7. ff. rem pup. salv.* Est autem credibile, hanc curatoris testamento dati confirmationem post constitutionem M. Antonini primum introductam fuisse, qua cavit, ut omnes adulti curatores acciperent, secundum ea, quæ mox dicemus.

TEXTUS.

Quibus dentur.

2. *Item inviti adolescentes curatores non accipiunt, præterquam in litem: curator enim & ad certam causam dari potest.*

NOTÆ.

2. *Inviti adolescentes*] Et ideò ipsi soli sibi curatorem petere poterant, *l. 1. §. ult. D. qui pet. tut.* Ubi autem petentibus semel Curator datus est, hujus curatoris auxilio usque ad annum 25, regi debent, ita cape *l. 1. in fin. D. de min.*

Præterquam in litem] Sive minor sit actor, sive reus: quia legitimam personam per se standi in judicio non habent, *l. 2. C. qui leg. pers. stand in jud.* Vide fusius in comment. infr.

COMMENTARIUS.

1. *Adolescentes olim invitos curatorem non accepisse; neque id mutatum constitutione D. Marci.*
2. *Responsio ad loca, quæ in contrarium afferuntur.*

Hic locus quanquam in foro nullum usum habet, (constat enim, adolescentes etiam invitos, hodier-

hodiernis moribus curatores accipere) tamen ad juris Romani cognitionem multum conferre potest diligens ejus ex positio. Ait, *inviti.* In quo primum secum pugnare Justinianus videtur, qui initio hujus tit. dixit, ideo minores 25. annis curatores accipere, quia ejus ætatis sunt, ut negotia sua tueri non possint. Deinde cum Justiniano Ulpianus, qui in *l.* 1. §. *ult. de min.* expresse scribit, minoribus 25. annis rei suæ administrationem committi non debere, quamvis rem suam bene gerentibus. Accedit, quod ne Principes quidem, nisi perraro atque extra ordinem, minoribus rerum suarum administrationem indulgere soleant, auctore eodem Ulpiano *l.* 3. *pr. d. tit.* Rævardus 1. *var.* 17. & Cujac. *in l.* 1. *de excus.* socordiam Triboniani accusant, qui ex veteri jure legis Lætoriæ hic repetiverit, quod jampridem
3 constitutione D. Marci abrogatum erat. Sed enim & ex responsis recentiorum jurisconsultorum & ex posteriorum Impp. rescriptis manifestè evincitur, etiam post D. Marci constitutionem non omnes minores curatores accipere coactos. Veluti ex eo, quod Papian. scribit, *l.* 13. *in fin. de tut. dat.* non nisi minoribus desiderantibus curatores dari solere; & quod Modestin. *l.* 2. §. *pen. & ult. qui pet. tut.* non licere aliis curatores minoribus petere, sed ipsos minores duntaxat sibi petere posse. Item ex eo, quod Impp. Diocletian & Maximianus Attiano minori rescribunt, *l.* 3. *C. de in int. rest.* interesse utrum is curatorem habeat, an non habeat: si habeat, contractum ab Attiano initum jure non subsistere; si non habeat, subsistere, implorandamque esse restitutionem in integrum. Denique non uno in loco invenis adolescentes sine curatoribus propositos, ut in *l.* 7. §. 2. *de min. l. muto* 43. §. 3. *de proc. l.* 1. *l.* 7. *C. qui pet. tut.* Vix hæc componi poterunt, nisi à capite rem arcessamus. Igitur cum lege 12. tabb. de curatoribus propter ætatem adolescentibus dandis nihil cautum esset, neque certum ullum remedium adversus captiones, & circumscriptiones, quibus hæc ætas obnoxia, introductum, lata postea est lex Lætoria, qua & circumscriptioni adolescentum abundè provisum est, atque insuper permissum curatores adolescentibus dari, non promiscuè tamen, sed lascivioribus & dissolutius viventibus, aut qui ingenio nimis hebeti essent, mentisve suæ non satis compotes, & forrassis ob alias etiam causas, quas exprimere & magistratui probare debebant, qui curatorem iis dari postularent. Quod quoniam odiosum erat, & pudorem eorum, quibus curator dabatur suggillabat, tandem M. Antoninus Philosophus de curatoribus ita statuit, *ut omnes adulti curatores acciperent non redditis causis,* auctore Capitolino *in Marco.* Horum autem verborum hunc esse sensum apparet, ut deinceps ex constitutione Antonini omnes adolescentes indiscriminatim curatores accipere possent, remissa necessitate allegandi & probandi causas, ob quas peterentur, quod exigebat lex Lætoria: non inquam, ut inviti acciperent, sed ut sine periculo existimationis, si vellent, curatorum habere possent. (Meminit legis Lætoriæ etiam *Cic.* 3. *de offic. &* 3. *de nat. Deor.* Plautus *in pseud.* quinamvicenariam appellat ut nonnulli existimant.) Nulla igitur ratio est, cur Triboniani incusemus oscitantiam, cum ne quidem post constitutionem Antonini inviti adolescentes curatorum acceperint. Quid ergo respondemus ad ea, quæ huic sententiæ paulo ante objecimus? Nempe quod Imp. initio hujus tituli ait, puberes usque ad vicesimum quintum annum curatores accipere, de volentibus & petentibus accipiendum esse, *arg. hujus §. junct. l.* 2. §. *pen & ult. qui pet. tut vel cur.* cui & subjecta ab Imp. ratio accommodanda est. Ulpianum autem *l.* 1. §. *ult. de min.* de effectu curæ jam constitutæ loqui, cujus ea vis sit, ut minores, quibus petentibus semel curator datus est, hujus curatoris auxilio usque ad annum 25. regi debeant; nec possit magistratus eum, quem semel curatorem dedit, à numere suo removere, minoribusque ob id quod jam amplius sub cura vivere non lubeat, rerum suarum administrationem restituere, *arg. l.* 2. *&* 3. *in pr. eod. tit.* ubi hujusmodi magistratuum decreta ut ambitiosa Imp. interpretantur, & improbant: quoniam solius Principis sit ætatis veniam concedere: adi & *Franc. de Amaya lib.* 1. *obs. jur. cap.* 9.

Præterquam in litem] Sive litem minor intendat, sive excipiat, *l.* 2. *C. qui leg. pers. stand. in jud.* quod ideo comparatum est, ne minoribus agentibus aut judicio conventis adversarius elusorio judicio lædatur, cum sententia adversus minores indefensos lata nullius momenti sit, *l. contra* 54. *de re jud.* Idem & in aliis rebus simili æquitatis ratione receptum, veluti si debitor velit aut cogatur minori solvere, *l.* 7. §. 2. *de min.* si is, qui tutor fuit, rationem administrationis suæ reddere desideret, *l.* 7. *C. qui pet. tut.*

Ad certam causam] Duplex igitur hic inter tutelam & curam differentia animadvertitur: una est, quod curator non detur invito, tutor invito detur, *l.* 6. *de tut. & cur. dat.* altera quod curator ad certam causam dari potest, tutor non potest, §. *certæ sup. qui test. tut. dar.* Neutrum autem horum moribus hodiernis observatur, ut alibi ostendimus.

TEXTUS.
De furiosis & prodigis.

3. *Furiosi quoque & prodigi, licet majores viginti quinque annis sunt, tamen in cura-*

tione

tione sunt adgnatorum ex lege duodecim tabularum. Sed solent Romæ præfectus urbi, vel prætores, & in provinciis præsides, ex inquisitione ejus curatores dare.

NOTÆ.

3. *Furiosi quoque*] *l.*1. *D. de cur. fur.* Ulp. *tit.*12. §.1. Cic.2. *de invent. & 3. Tusc.*

Prodigi] Quibus dissolutè viventibus bonis interdictum, *l.6. de verbor. oblig. §.2. infr. quib. non est permiss. fac. testam.* Ulp. *d. loc.*

COMMENTARIUS.

1. *Prodigi ne ipso jure, sive eo ipso, quod prodigus est, bonis interdictum intelligi debeat; an vero ad id requiratur sententia magistratus.*

NOn uti tutela quædam impuberum legitima est, ita & cura quædam minorum puberum. Tutela legitima agnatis proximis lege defertur propter spem certam successionis, *l.* 1. *de legit. tut.* Cura autem nulla ob ætatem lege delata est, quia puberes testamentum facere, & præteritis agnatis, quem velint, sibi hæredem instituere possunt. Unde jam intelligitur, cur ob furorem, vel prodigalitatem, à lege curatores dentur: nimirum quia furiosi & prodigi, qui non magis, quam impuberes, testamentum facere possunt, certos successores habent agnatos, quos ideo & curatores esse lex voluit.

Licet majores] Et magis igitur, si minores sunt. Nam lex omnes furiosos & prodigos solis pupillis exceptis in curatione agnatorum esse voluit. Cæterum postquam minores omnes ex oratione D. Marci curatores accipere cœperunt, placuit curatorem minori 25. annis furioso, non ut furioso, sed ut adolescenti dari, non propter furorem, sed propter ætatem, *l.*3. §.1. *D. de tutel.* quem locum non videtur inspexisse D. Bachovius, sed principium duntaxat *d. l.* 3. ex quo contrarium defendere conatur. Ant. Faber 1. *Iurispr.*12. *pr.*1. *illat.6.* contendit, *d.* §. 1. Triboniani esse, & à juris ratione alienum: nam cum curator minoris non personæ, sed rebus detur, furiosi contra personæ, interesse furiosi, quasi furioso potius, quam quasi adolescenti, curatorem dari. Bella ratio. Credo ne alioqui nuptiæ à furioso sine consensu curatoris contractæ ratæ sint, aut ex negotio gesto saltem cum auctoritate curatoris obligetur. Ex professo cum Fabro congreditur eximius Jurisconsultus Franc. de Amaya *lib.*1. *obs. jur.*8.

Ex lege duodecim tabularum] *L.* 1. *l.* 12. *de curat. fur. Ulp. tit.*12. §.1. Verba legis recitat M. Tullius *lib.*2. *de invent. & 3. Tuscul. Si furiosus existat, agnatûm gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto.* Unde nonnulli existimant, legem de prodigo nihil nominatim cavisse, sed per interpretationem ita acceptam esse, propter successionis emolumentum, quod ut furioso, ita & prodigo mortuo, ex lege apud agnatos est, *arg. tit. de leg. patr. tut supra*; quanquam apud nostros hujusmodi distinctio non reperitur. Prodigum definit Ulp. *d. l.*1. eum, qui neque modum neque finem impensarum habet, sed bona sua dilacerando & dissipando profundit. Unde vulgo quæri solet, an prodigus intelligendus sit, qui facto talis est, an vero decretum magistratus expectandum; hoc est, an ipso jure & lege 12. tabb. dissolutè & luxuriosè viventi bonorum administratio interdicta intelligatur; an vero tum demum, cum talis esse sententia magistratus declaratus est. Dicendum, eum, qui moribus talis est, qualis in *d. l.*1. describitur, revera quidem & Ethicè prodigum esse, (nam vitia & virtutes non pendent ex cognitione & sententia judicis; sed propriam naturam & formam habent) cæterum quoad rerum suarum administrationem neminem ante politicè & effectu juris pro prodigo haberi, quam ea administratio causa cognita decreto magistratus ei adempta sit: cujusmodi decreti extat vetus formula apud Paul. 3. *sent.*4. Nimirum bonorum administrationis ademptio sive interdictio non juris est, sed jurisdictionis, hoc est, nemini speciatim bonorum administrationem lex interdicit, ac ne potest quidem interdicere: sed generaliter interdici jubet omnibus, idque auctoritate magistratus, quos prodigos esse causa cognita constabit, eumque, cui bonis publicè interdictum est, vult esse in curatione agnatorum, Ulp. *d. tit.*§.1. *fac.*§.2.*inf.quib.non est perm.fac.test.l.6. de cur.fur.* qui tamen & lege interdici bonis dicitur, *d.l.*1. *de cur.fur. l.*18. *qui test. fac. l.*5. §.1. *de acq. hær.* propterea quod lex id fieri jubet, & quia à lege curatorem & administratorem bonorum accipit. Bene igitur & rationi juris convenienter Horatius 2. *serm.*

---- *Interdicto huic omne adimat jus*
Prætor, & ad sanos abeat tutela propinquos.

Furiosi alia ratio est: nam cum furor per se emineat, ut furioso bonis à magistratu interdicatur, non requiritur: at vero an quis prodigus haberi debeat, ex multis & variis circumstantiis æstimandum est, de quibus magistratum cognoscere & pronuntiare oportet: ne quis temerè in hominem sui juris, & liberalem fortè magis, quam prodigum, potestatem aliquam sibi usurpet, aut cuiquam probabilis ignorantia noceat. Atqui, inquis, prodigus receptis sanis moribus, & cum frugalitate in gratiam reversus, definit ipso jure esse in curatione, *d. l.*1. *de cur. fur.* Sed ne hoc quidem excludit cognitionem & declarationem magistratus: utique necesse est, ut publicè & apertè de eo constet, uti communiter Dd. nostri, teste Angelo, statuunt. Atque hoc etiam

 concedo,

concedo, si quis contraxerit cum manifestè luxurioso, eoque, quem sciebat, pecuniam illico malè consumpturum, dici posse, esse quod sibi imputet, *arg. l.8. pro empt. Vigl. in §. 2. inf. quib. non est perm. test. fac. Mynf. hic Gail.2. obs.51. Paul. Bus. ad l.6. de verb. obl. Ant. Fab. C. suo de cur. fur. def.7. Decher.2. diss.8. num.8. D.Tuld. hic cap.4. & ad tit. C. de cur. fur. Christin. vol.1. decis.163.* Nostris moribus semper requiritur sententia declaratoria ejusque publicatio, teste Grot.1. *manud.* 11. *add. Iod. Damhoud. c.8. de tut. & cur. mun. num.26.*

Sed solent Romæ] *L.1. de cur. fur. l.8. §.ult. de tut. & cur. dat.* qua tamen in re, quam minimum potest, magistratus à lege duodecim tabb. recedit: nam aliis administrationem dare non solet, nisi agnati aut nulli sint, aut minus idonei, *l.13. de cur. fur.* ut non absolutè hæc cura ex legitima facta sit honoraria.

TEXTUS.

De mente captis, surdis, &c.

4. *Sed & mente captis, & surdis, & mutis, & qui perpetuo morbo laborant, (quia rebus suis superesse non possunt) curatores dandi sunt.*

COMMENTARIUS.

Mente captis] Furiosus utique & mente captus, hoc est, demens sive amens: nam furor definitore Cicerone 3. *Tusc.* est *mentis ad omnia cæcitas.* Plerumque tamen separantur, ut in *l. diem proferre 27. §. coram de recept. arb. l.2. de inoff. test. l. ult. §.1. C. de adm. tut.* uti & furor & dementia, *l.8. de tut. & cur. dat. l.6. de cur. fur.* mente captus ἄνους, ἀνόητος; furiosus μανιώδης. Cic. *in Pison. Ego te non vecordem, non furiosum, non mente captum, non tragico illo Oreste aut Agamemnone dementiorem putem?* Hoc autem distare furiosum à mente capto interpp. nostri docent, quod ille rabie quadam animi agatur, quales fabulæ memorant Athamantem, Herculem, Ajacem, Orestem; hic magis in quiete sit, nec ulla ferè signa ostendat extrinsecus; quod vitium plerumque naturale & perpetuum est, Furiosorum autem duo sunt genera; nam in quibusdam morbus perpetuus est, & continua mentis abalienatio; in quibusdam remissionem & intervalla habet, *l.14. de off. præs. l.12. §.2. de judic. l. si cum potem 22. §. si maritus sol. matr. l.6. C. de cur. fur.*

Surdis & mutis] De surdis & mutis est in *l.8. §.3. de tut. & cur. dat.* generatim de omnibus, qui in ea causa sunt, ut superesse rebus suis non possint, *l.12. eod. tit.* De cæcis nihil cautum: quippe qui rei suæ familiari, si nihil aliud impediat, satis bene præesse possint.

TEXTUS.

De Pupillis.

5. *Interdum autem & pupilli curatores accipiunt, ut puta, si legitimus tutor non sit idoneus: quoniam habenti tutorem tutor dari non potest. Item si testamento datus tutor, vel à prætore aut præside, idoneus non sit ad administrationem, nec tamen fraudulenter negotia administret, solet ei curator adjungi. Item loco tutorum, qui non in perpetuum, sed ad tempus à tutela excusantur, solent curatores dari.*

NOTÆ.

5. *Curator adjungi*] *L.10. §.ult. de excus. l.13. de tutel. l.2. C. in quibus causis Tut.* legitimo tutori etiam suspecto, *l.9. de suspect. tutor.* alibi tamen tutor appellatur, *l.12. de tutel. l.14. & seq. de tutor. dat.*

COMMENTARIUS.

Habenti tutorem tutor dari non potest] Regula juris civilis passim in hoc argumento tradita, *l. idem fiet 27. de test. tut. l. cum jure 9. C. qui pet. tut. l. si sororis, 9. C. qui dar. tut. &c.* Cujus vera ratio est, quæ à Wesembecio redditur, quod cum tutor personæ pupilli & universo ejus patrimonio datus intelligatur, *§. datus inf. de excus.* hoc jus ei invito, quamdiu tutor manet, sine injuria adimi aut minui non possit apposito alio tutore. Curator autem rectè adjungitur juvandi & sublevandi tutoris causa; & volenti ac petenti item tutor. Cæterum nullum usum hæc regula hodiernis moribus habet, *Grot. lib.1. introd. c.7.* & jure Romano non unam exceptionem. Nam primo habenti tutorem tutor dari potest aliarum rerum, *l. propter litem 21. §. ult. de excus.* nempe patrimonii pupilli, quod in alia provincia habent, *l. tutores 39. §. patruus de adm. tut.* Deinde si tutor furere cœperit, aut mutus vel surdus sit, complura Senatusconsulta facta esse Cajus auctor est, ut in ejus locum alius tutor detur, *l. pen. de tutel.* Item denique traditum est, si tutor reipubl. causa abesse cœperit, aut ab hostibus receptus sit, aut relegatus, *l.12. & l.15. eod. l.1. & l. pen. C. in quib. cas. tut. hab.* Quod tamen & ipsum in plerisque causis non est perpetuum: nam alibi legimus ob morbum aut insaniam tutoris curatorem interim dari, *l.10. §. ult. de excus.* item propter absentiam eorum omnium, qui ad tempus excusantur, *l.15. & l. seq. de tut. & cur. dat.* Existimo, prætorem pro qualitate morbi aut diuturnitate absentiæ modo tutorem, modo curatorem dedisse, veteresque hisce nominibus promiscuè sæpè usos.

Nec tamen fraudulenter] Nam fraudulenter in re pupilli versanti non curator adjungitur, sed tutela interdicitur, *l.6. C. de susp. tut. §.ult. inf. eod.* Hæc autem clausula in legitimo tutore omissâ est, cujus existimationi propter necessitudinem parcitur, etiamsi quid fortè peccaverit; & curator ei potius adjungi solet, quam ut notata fide à tutela removeatur, *l.9. de susp. tut.*

Sed ad tempus] Quod reipubl. causa absint, *l.15. de tut. dat.* aut ad aliam necessariam aut justam causam, *l. 16. eod.* In ejus autem locum, qui in perpetuum excusatur, alius tutor sufficitur, *l.11. §.1. de test. tut. l.1. C. in quib. cas. tut. hab.*

TEXTUS.
De constituendo actore.

6. Quod si tutor vel adversa valetudine, vel alia necessitate impediatur, quominus negotia pupilli administrare possit, & pupillus vel absit, vel infans sit, quem velit actorem, periculo ipsius tutoris prætor, vel qui provinciæ præerit, decreto constituet.

NOTÆ.

6. *Actorem*] Pomponius adjutorem tutelæ vocat, *l.13. §.1. de tutel.*

Constituet] Id est; decernet editum, & nominatum à Tutore, & ob hanc causam etiam periculo tutoris, *l.24. de adm. tut. & l.13. §.1. de tutel.*

COMMENTARIUS.

Non semper ex causis, quas diximus, tutori curator à magistratu additur; sed solet decreto prætoris actor constitui periculo tutoris, quotiescumque aut diffusa negotia sunt, aut dignitas, vel ætas, aut valetudo tutoris id postulat, *l. decreto 24. de adm. tut.* quem adjutorem tutelæ appellat Pompon. *l.13. §.1. de tutel.* Curator quoque ex iisdem causis similiter actorem dat, *l.un. C. de act. à tut. seu cur. dand.*

Vel absit, vel infans sit] Nam si præsens sit & fandi potens, nihil necesse est prætorem adire actoris decreto constituendi causa, cum pupillus, ut dominus, auctore tutore procuratorem constituere possit, *d. l. decreto de adm. tut. l.11. C. de proc.*

Periculo ipsius tutoris] Quamvis tutor curatoris sibi adjuncti periculum non præstet: actor tamen & adjutor tutelæ periculo tutoris constituitur, licet decretum interveniat, *d.l.13. §.1. de tutel. d. l. decreto de adm. tut.* Hoc ideo, quia is qui nominat, idoneum esse promittere videtur, *arg. l.1. de mag. conv. l.4. §.3. de fidei. & nominat.*

TITULUS XXIV.
D. Lib.27. Tit.7. C. Lib.5. Tit.57.
De Satisdatione tutorum vel curatorum.

Continuatio, & Argumentum Tituli, cum summa plerorumque, quæ tutelæ & curæ communia.

Hactenus dictum est de tutoribus & curatoribus distinctè & separatim; expositumq; quæ tutelæ, quæ etiam curæ sint propria. Quæ nunc seqvuntur, satisdatio, excusatio, suspecti accusatio & remotio, promiscua sunt, & utriusque muneris communia. Quamobrem quæ fortè de uno genere brevitatis causa dicemus, ea de altero quoque intelligenda sunt. Hic autem titulus, quamvis simplicem inscriptionem, duo tamen capita habet: unum est de satisdatione à tutoribus in præparatione ad officium exigenda, cui respondet titulus in Pand. *rem. pup. salv. for.* alterum de magistratibus in subsidium conveniendis: de quo *tit. Pand. & C. de mag. conv.* Præter satisdationem & duæ aliæ res sunt, quæ hic omissæ à tutoribus & curatoribus omnibus exiguntur, inventarii rerum pupillarium confectio, *l.7. de adm.tut. l.ult.C.arb.tut. l.tutores 24. C. de adm. tut.* de quo adi *Christin. vol.3. decis.151.n.6.& seqq. & decis.163.n.7. & seqq. Grot.1. manud.9.* deinde ut jurent se rem ex fide atq; ad utilitatem curæ suæ commissorum gesturos esse, *Nov.72. c.ult. unde auth. quod generaliter, C.de cur.fur.* Ad hæc pro officio administrationis bona tutoris & curatoris pupillo & adolescenti tacitè pignori sunt obligata, *l. pro officio C. de adm.tut. & ibi DD. Christin. d. decis.151.* Postremo in eo quoq; eadem conditio est tutorum & curatorum, quod bona pupilli minorisve immobilia, atque ex mobilibus, quæ servari possunt, alienare eis non licet sine cognitione & decreto judicis, *l.lex quæ 22. C. de adm. tut. & ib. DD. add. Christin. d. decis.151. cum seqq.*

TEXTUS.

TEXTUS.

Qui satisdare cogantur.

Ne tamen pupillorum pupillarumve, & eorum, qui quæve in curatione sunt, negotia à curatoribus tutoribusve consumantur vel diminuantur, curet prætor, ut & tutores & curatores eo nomine satisdent. Sed hoc non est perpetuum, nam tutores testamento dati satisdare non coguntur: quia fides eorum & diligentia ab ipso testatore adprobata est. Item ex inquisitione tutores vel curatores dati satisdatione non onerantur: quia idonei electi sunt.

NOTÆ.

Eo nomine satisdent] Id est pupillum vel adultum datis fidejussoribus securum faciant, *l. 1. & pass. D. rem pup. salv. for.* hoc enim est satisdare. Græci ἐγγύας παρέχειν. Prætoriæ stipulationes, qualis hæc est, cautionem pigneratitiam regulariter non admittat, *l. 7. de stip. præt.*

Testamento dati.] Ut & ex testamento confirmati, *l. 3. de conf. tut.* paternum testimonium pro satisdatione sufficit, *l. 7. §. 5. C. de curat. fur.* neque enim tutor à patre nisi spectatæ fidei, & diligentiæ eligi solet *l. 36. de excus.* excipe casus, *l. 8. cum 2. seqq. de conf. tut.*

Ex inquisitione] *l. 4. C. de tut. qui sat. non ded.* & regula est, ubi locus est inquisitioni, cessat satisdatio, *l. 8. de cur. fur. l. ult. §. 7. de adm. rer. ad civ. pertin.* fides enim inquisitionis pro vinculo cedit cautionis, ut ait Pap. *l. 13. in fin. de tut. dat.*

COMMENTARIUS.

1. *Quando pignora in vicem satisdationis admittantur.*
2. *Plures fidejussores unius tutoris beneficium divisionis non habere. At ex persona plurium tutorum actionem inter fidejussores dividi.*
3. *Nullum esse genus tutorum, in quo non aliqui satisdandi lege soluti.*
4. *Quid circa satisdationem, & nonnulla alia, apud nos observetur.*

EO *nomine satisdent*] Satisdare propriè est, fidejussoribus datis cavere, *l. 1. qui satisd. cog.* Atque hoc prætoriæ stipulationes regulariter desiderant, *l. prætoriæ de præt. stip.* nimirum quia prætor ferè cavere jubet de eo, quod interest, nec certam æstimationem habet, ideo pignora dari noluit; cum sciri non possit, quæ & qualia deponenda sint. Sed & pignora multis casibus sunt obnoxia, multa etiam incommoda; & tædiosam habent custodiam: quod notat Castr. *ad d. l. 1. qui satisd. cog.* Quod si cautio pro re certa aut quantitate præstanda sit, etiam pignora admittit, *l. 1. §. jubet 9. de collat. l. 2. §. 3. quod legat.* 1 Itaque satisdare tutelæ aut curæ nomine est, stipulanti pupillo vel adolescenti, sive alii, cui de ea re stipulandi jus est, promittere se pupillum vel adolescentem indemnem præstaturum, datis in eam rem fidejussoribus, qui quod tutorem ex ea causa præstare oportebit, spondeant: unde hæc cautio dicitur satisdatio de indemnitate pupilli vel adolescentis, & passim satisdatio rem pupilli vel adolescentis salvam fore. Si plures fidejussores à tutore dati 2 sunt, singuli in solidum tenentur, & conveniri possunt; neque beneficium divisionis, quod cæteri fidejussores ex epistola D. Adriani habent, ad fidejussores tutoris pertinet, *l. ult. rem pup. salv.* Cæterum ex persona plurium tutorum inter fidejussores dividitur actio, *l. 6. de fidei. & nomin. l. 1. §. & siquidem 11. de tut. & rat. distr.* Pertinet vero hæc stipulatio etiam ad curatores furiosorum & prodigorum, *l. 4. §. ult. rem pup. salv. for.* & siquidem tutor fuit, finita demum tutela committitur, atque exinde dies fidejussoribus cedere incipit: in curatore statim, atque quæque res salva non esse cœperit, *d. l. 4. §. 4.* Porro quicquid in judicium tutelæ venit, id etiam hac stipulatione continetur: ac proinde non tantum damna illata, sed etiam lucra neglecta, *l. 9. d. tit. l. 1. de tut. & rat. distr. l. si tutor 15. de adm. tut.*

Sed hoc non est perpetuum] Hoc adeo perpetuum 3 non est, ut exceptiones latius patere videantur, quam ipsa regula: nullum enim genus tutorum est, in quo non aliqui satisdandi lege soluti sint: testamentarii in universum, *l. testamento 17. de test. tut. l. 3. & 4. C. de tut. vel cur. qui sat. non.* Ex legitimis eximuntur patroni eorumque liberi, *l. 5. §. 1. de leg. tut.* Ex dativis, qui dantur ex inquisitione, *hoc text. & l. pen. C. d. tit.* At cur hos omnes à satisdatione immunes esse placuit contra utilitatem, ut videtur, pupillorum? Respondemus, nihil hic fieri contra utilitatem pupillorum: tantum ubi illis satis bene prospectum esse creditur, incivile visum est, satisdationem exigi, virisque spectatæ fidei ac diligentiæ hoc onus imponi. Tales autem habendi sunt, qui vel testamento, vel ex inquisitione dantur, ob causas, quas mox exprimit Justinianus. Patrono autem liberisque ejus etsi satisdatio remittitur, id tamen non fit nisi causa cognita, *d. l. 5. §. 1. de leg. tut.* Parentem autem manumissorem vel maximè hac lege solutum esse convenit.

Tutores testamento dati] Extra quam si facultatum dati à patre tutoris facta sit deminutio, vel morum ante celata aut ignorata emerserit improbitas, vel inimicitiæ cum patre exarserint; *l. 4. de test. tut. l. 8. & 2. seqq. de conf. tut.* tutores quoque, qui non legitimè testamento dati, aut omnimodo aut ex inquisi-

quisitione confirmandi sunt, satisdatione non onerantur: cæteri satisdant, *l.1. §.2. & aliquot ll. seqq. d. tit. §. ult. sup. de tutel. & ib. not.*

Ab ipso testatore approbata] Quippe parentes nemini tutelam liberorum suorum committere solent, nisi ei, cujus benevolentia, fides ac diligentia eis satis cognita perspectaque sit, *l. amicissimos 36. de excus.* ut merito paternum testimonium pro satisdatione sufficere debeat, *l. de creationibus 27. C. de episc. aud. l. ult. §.5. C. de cur. fur.*

4 *Quia idonei electi*] Quam ob causam fidem inquisitionis pro vinculo cautionis cedere, Papinian. scribit, *l. si impuberi 13. in fin. de tut. & cur. dat.* Olim apud nos nemo tutor idoneus sine satisdatione æstimabatur: verum hodie prudentiæ & religioni eorum qui rebus pupillaribus præsunt, ea res committitur, qui non solent satisdationem à tutoribus exigere, contenti eorum jurejurando; præsertim si testamento dati sint, quod & passim alibi observatur, *Ioan. à Sande lib.2. tit.9. defin.9.* Extat formula jurisjurandi in *stat tutelar. Rhijnland. art.22.* Quandoque ab uno ex pluribus tutoribus, cui singulariter administratio concreditur, fidejussores aut pingnora, provt res postulat, consilio propinquorum pupilli, exiguntur. Quæ majoris momenti sunt, non nisi sciente & consentiente magistratu pupillari tutores facere possunt, nisi is magistratus testamento exclusus sit: quo tamen casu nihilominus suprema inspectio, re exigente, penes eos est, qui tribunali præsunt, *vid. Grot. 1. manud.9.* ubi etiam tractat, an tutores, & quinam mercedem administrationis petere possint; item, quando tutoribus liceat quæstorem constituere; & quædam alia ad tutoris administrantis & quæstoris constituti officium pertinentia.

TEXTUS.

Quatenus satisdatio in iis, qui satisdare non compelluntur, locum habere possunt.

1. *Sed si ex testamento vel inquisitione duo pluresve dati fuerint, potest unus offerre satisdationem de indemnitate pupilli vel adolescentis, & tontutori suo, vel concuratori præferri, ut solus administret; vel ut contutor, aut concurator satis offerens præponatur ei, ut & ipse solus administret. Itaque per se non potest petere satisdationem a contutore vel concuratore: sed offerre debet, ut electionem det concuratori vel contutori suo, utrum velit satis accipere, an satisdare. Quod si nemo eorum satis offerat, siquidem adscriptum fuerit à testatore, quis gerat, ille gerere debet: quod si non fuerit adscriptum, quem major pars elegerit, ipse gerere debet, ut edicto Prætoris cavetur. Sin autem ipsi tutores dissenserint circa eligendum eum, vel eos, qui gerere debent, Prætor partes suas interponere debet. Idem & in pluribus ex inquisitione datis comprobandum est, id est, ut major pars eligere possit, per quem administratio fiat.*

NOTÆ.

Potest unus offerre] Unius ex pluribus tutoribus sadisdationi non obnoxiis provocatione fiere potest, ut cæteri sadisdationi subjiciantur, aut huic parato satisdare administratio committatur, *l.17. & 2. seqq. de test. tut.* cujus instituti rationem pete ex *l.3. §.6. de admin. tut.*

Si non fuerit adscriptum] Aut adscriptus gerere nolit, *d. l.3. §.7.*

Prætor partes suis interponere] Id est causa cognita statuere, quis tutelam geret, *d. l.3. §.7. l.14. §.1. D. de solut.* Sortè rem hic dirimi non placet, quia vertitur in præjudicium alterius. Accurs.

COMMENTARIUS.

1. *Provocatione unius ex pluribus tutoribus satisdationi non obnoxiis fieri posse, ut cæteri satisdationi subjiciantur.*
2. *Tutelam non tam commodè à pluribus, quam ab uno administrari: ideoque Prætori curæ esse, ut administratio in unum derivetur: & quis in ea re ordo.*

Hic locus exceptionem quandem continet eorum quæ de tutoribus testamento aut ex inquisitione datis satisdatione nō onerandis initio dicta sunt: nam etsi directo ab his satisdatio exigi non potest, si tamen plures sint hujusmodi tutores, provocatione unius fieri potest, ut cæteri satisdationi subjiciantur, si huic parato satisdare administrationem committi nolint. Id quod summa ratione à Prætore introductum est. Nam cum periculum administratione, non divisa commune sit omnium tutorum & quod culpa unius malè gestum est, alios quoque oneret: *l.6. in fin. C. arb. tut. l.pen. C. de div. tut.* æquissimum est, ut ei, qui hoc incommodum metuit, soli administratio permittatur satisdationem ad securiatem collegatum offerenti, aut si ipsi administrare malint, eadem conditione administrent, collegamque suum qui satis obtulit, præstita cautione itidem securum reddant. Porro quoniam tutela non tam commodè à pluribus, quam ab uno administrari solet, (quippe plures ad administrationem admissi sæpè dissenssione aut emulatione se invicē impediunt, sæpè etiam, ut ait Aristot. 2. *pol.2.* mutua præsumptione & fiducia operæ alterius omnes cessant;

sant; utique unus facilius & actiones exercet & excipit) curæ Prætori fuit, ut, quoad fieri posset, in paucos, vel unum potius, tutelam derivaret, quam ut ea per multos spargeretur; *l.3. §. apparet 6. de adm. tut.* eleganter D. Tuld, *c. 3. & 4. hic.* Hujus autem rei causa gradus complures Prætor fecit, quorum ordinem & numerum hic demonstrat Justinianus. Primus est, ut ei, qui ex pluribus satisdationi non obnoxiis, satisdationem offert, gestus committatur, *l.17. de test. tut.* Proximus, si nemo satis offerat, ut ei committatur, quem testator gerere voluit: cui malè primum locum defert Hotom. *d. l.3. §.1. de adm. tut. l.14. §.1. de solut.* Tertius, si testator neminem designavit, ut is administret, quem major pars collegarum elegerit, *d. l.3. §. si non 7. d. l.14. §.1.* Quartus, si collegæ inter se dissentiant, ut eum prætor partes suas interponat, & causa cognita ipse statuat, quis tutelam gerere debeat, *dd.ll.* Sorte hic rem dirimi non placuit; quia vertitur præjudicium alterius, *Gloss. in verb. partes.* Enim vero hæc ita obtinent, ubi de tutelæ administratione uni aut paucis committenda agitur: nam si omnes gerere velint, aut tutelam inter se dividi vel in partes, vel in regiones, audiendi sunt, ne inviti alienum periculum subire cogantur, *d. l.3. §. pen. & ult. cum l. seq. de adm. tut.* Idemque est, si omnes parati sint satisdare, *d.l.17. de test. tut.* ut tamen maximè idoneum prætor eligere possit, *l. quod si 18. d. tit.* Porro nec judicio testatoris semper in hac re statur, nec satis offerens semper præfertur, ob causas, quas affert Ulpian. *d. l.3. §.3. de adm. tut. d. l.17. §.1. & 2. de test. tut.*

Per se non potest petere] Dativus vel testamentarius tutor sive curator à collega suo satis petere non potest: sed offerre ei debet, utrum satis accipere velit, an dare, *l.7. rem. pup. salv. for.* Sed ita aut satisda, aut satis accipe.

In pluribus ex inquisitione] Ex interpretatione videlicet edicti & oratione DD. fratrum: siquidem verba edicti ad testamentarios tantum pertinent, *l. si nemo 19. §.1. de test. tut.* Illud hic prætereundum non est, etiamsi uni administratio decernatur, non idcirco tamen honorarios tutores, id est, eos, qui non administrant, per omnia immunes esse à periculo tutelæ: sed excussis prius facultatibus ejus, qui gessit, etiam hos conveniri posse. quippe quorum munus sit observare actus tutoris gerentis, rationes inspicere, & malè versantem suspectum facere, *d. l. 3. §.2. de adm. tut. D. Tuld. cap.4.*

TEXTUS.

Qui ex administratione tutelæ vel curationis tenentur.

2. *Sciendum autem est, non solùm tutores vel curatores pupillis vel adultis cæterisque personis ex administratione rerum teneri: sed etiam in eos, qui satisdationem accipiunt, subsidiariam actionem esse, quæ ultimum eis præsidium possit afferre. Subsidiaria autem actio in eos datur, qui aut omninò à tutoribus vel curatoribus satisdari non curaverunt, aut non idoneè passi sunt caveri. Quæ quidem tàm ex prudentum responsis, quam ex constitutionibus imperialibus etiam in hæredes eorum extenditur.*

NOTÆ.

Subsidiariam actionem] Quæ in subsidium pupilli datur, & adultis, excussis prius administratoribus, eorumque fidejussoribus. Vide fusiùs in commentario infrà.

COMMENTARIUS.

1. *Qui quando præter tutores & curatores pupillis & minoribus teneantur, & quo quisque ordine conveniendus.*

PArs hujus tituli altera, in qua agitur de actione subsidiaria, pupillis vel adultis cæterisque personis, tanquam ultimum præsidium, datur adversus magistratus, qui satisdationem exigere debent. Unde apparet, huic actioni locum non esse, ubi testamento vel ex inquisitione dati sunt tutores: sed usum ejus esse posse in legitimis tantum, aut simpliciter datis quos solos satisdationi obnoxios esse diximus.

Subsidiariam actionem] Quæ ex re ipsa hoc nomen accepit, quia in subsidium pupillis datur, si à tutoribus eorumve fidejussoribus suum consequi nequeant; ut hæc actio ultimum eis sit perfugium, & tanquam sacra anchora, *l.4. & 5. C. de Mag. conv.* Quo res melius intelligatur, sciendum est, primo loco conveniendos esse tutores eorumque hæredes: & 1
si plures sint tutores, eum qui gessit, ejusque successores, *l. tutores 39. §. in eum 11, de adm. tut. l. ult. C. de div. tut.* quod si is solvendo non sit, hoc cæteros onerare, Si omnes gesserunt, unum eligi posse, & in solidum conveniri, *l.2. C. d. tit. l.6. arb. tut.* sed electo tum triplici beneficio succurri; divisionis & cedendarum actionum, exemplo fidejussorum, *l.1. §. & siquidem 11. de tut. & rat. dist. d. l.2. C. de div. tut.* & insuper utili actione adversus contutores, si quid ex communi gestu non mandatis actionibus præstiterit, *d. l.1. §. & si fortè 13.* Si nemo gesserit, & omnes solvendo sint, electioni itidem locum esse, eumque, qui convenitur, excipere posse periculi societatem: ceterum ut actiones sibi præstentur, frustra desiderare, *l. si plures 38. de adm. tut.* Quod si à magistratu vel testatore in partes seu regiones divisa sit

sit tutelæ administratio, pro parte attributa quemque conveniendum esse, nisi cujus dolus aut culpa arguatur, quod collegam suspectum non fecerit; aut fecerit quidem, sed collusorie aut eversis jam ejus facultatibus, *d. l.2. C. de div tut. l. Lucius 46. §. pen. de adm. tut.* Conventione autem tutorum mutuum periculum non finitur: verum qui administravit si solvendo sit, ejusque successores, primo loco conveniendi, *l. ult. C. d. tit.* Porro & bona tutorum tum propter res gestas, tum propter non gestas pupillis esse obligata, *l. pro officio 20. C. de adm. tut. Mynʃ. Schneid. hic.* Atque hic pupillo consistendum, si à tutoribus satisdatum non est. quia testamento aut ex inquisitione dati. Si vero tales sint, satisdare debuerint, nec exacta sit satisdatio, post tutores statim ad magistratus venitur, qui officium suum in exigendo neglexerunt, *ut hoc tex.* Exacta autem cautione proxime post tutores hæredesque eorum conveniuntur dati fidejussores, iisque deficientibus hæredes eorum *l.3. de fidei & nom. & hær. tut.* Atque ad extremum, excussis omnibus & administratorum & fidejussorum bonis, si solidum pupillus nondum consecutus est, subsidiaria actio est in magistratus, qui satisdationem acceperunt. *l. Lucius 46. §. pen. de adm. tut. l.4. C. de Mag. conv.* Nonnunquam tamen prius ad magistratus venitur, quam ad contutores, si nimirum his nihil imputari possit quod vel satis à contutore non exegerint, vel suspectum eum non fecerint, *l.1. §. usque adeo 15. de tut. & rat. dist. junct. l,14. de adm. tut. l.2. & 3. de Mag. conv. add. Wes. par. d. adm. tut. n.5. & de Mag. conv. per. tot. Christin. vol. 3. decis. 146. num. 9.*

Non idoneè passi sunt caveri] Quoties vitiosè cautum est, non videtur cautum, *l.6. qui satisd. cog.* Atque hic notant, paria esse, utrum quid non fiat, an non debito modo. Sed hoc interest, quod ubi omnino cautum non est, statim magistratus conveniri possunt: ubi cautum est. licet non idoneè fidejussorum bona prius excutienda sunt, quam ad magistratus veniatur.

In hæredes] Non tamen similiter tenentur hæredes magistratuum, ut ipsi magistratus, nam nec hæres tutoris negligentiæ nomine tenetur. Nam magistratus quidem in omne periculum succedit: hæres ipsius doli tantum, & dolo proximæ culpæ succedaneus est, *l.4. de Magn. conv. l.2. C. eod.* Etenim si magistratus tanta fuit negligentia, ut aut omnem cautionem ommitteret, aut evidenter cum minus idoneis fidejussoribus contraheret, ipsum hoc casu loco fidejussoris habendum placuit, *l.6. eod.*

TEXTUS.
Si tutor vel curator cavere nolit.

3. *Quibus constitutionibus & illud exprimitur, ut nisi caveant tutores & curatores, pignoribus captis coërceantur.*

COMMENTARIUS.

Pignoribus captis] Pignora ideo dicuntur; quia aliquandiu, & donec aliquid fiat, retinentur: eaque pars fuisse videtur multæ dictionis. Quod si in contumacia perseverent, removendi à tutela, ut suspecti, *l.3. C. de susp. tut.*

TEXTUS.
Qui dicta actione non tenentur.

4. *Neque autem præfectus urbi, neque prætor, neque præses provinciæ, neque quisquam alius, cui tutores dandi jus est, hac actione tenebitur: Sed hi tantummodò, qui satisdationem exigere solent.*

NOTÆ.

4. *Qui satisdationem exigere*] In urbe scriba, in provinciis duumviri, *l. ult. C. d. tit. l.3. §. ult. de pecul.*

COMMENTARIUS.

1. *An ipsi etiam magistratus majores cautionem exigere potuerint.*
2. *Moribus hodiernis perexiguum actionis subsidiariæ usum esse.*

Qui tutores dandi jus est] Κατ' ἐξοχὴν, vel jus plenum & liberum quale item habent proconsules, cæterique, quibus provinciæ regendæ commissæ, *l.1. de tut & cur. dat. l.1. §.1. D. de Mag. conv.* alioqui & magistratus municipales jus dandi tutores habent, sed circumscriptum, aut pendens ab arbitrio & jussu majorum magistratuum, *l.3. d. tit. junct. §. sed hoc jure sup. de Attil. tut.* Locus hic descriptus ex *l.1. §.1. de Mag. conv.*

Qui satisdationem exigere solent] Ut magistratus & defensores civitatum, οἱ στρατηγοὶ καὶ ἔκδικοι τῶν πόλεων, Theoph. Item scriba præsidis vel prætoris, *l. ult. C. eod.* Ait, *exigere solent.* Potuitne ergo 1 & ipse prætor cautionem exigere? & potuisse non dubito, *l. 2. & 3. rem pup. salv.* Igitur & præsides potuerunt. Nusquam tamen reperimus in eos actionem subsidiariam dari: sed contra, generaliter non dari: fortassis propter eminentiam dignitatis eorum: vel quia absurdum videtur, eis, qui sine satisdatione tutorem dare poterant, fraudi esse, quod singulari erga pupillum affectu ducti, quo certius ei cautum esset, fidejussores exegerint. In his regionibus actioni subsidiariæ vix locus est, ut supra quoque monuimus; neque in Germania usum ejus

 esse

esse testatur *Treutl. vol.2. disp.9. thes.7.* In Gallia quoque desvetudine abrogatum ex Bugnion. *lib.* 1. *de leg. abrog. satyr.2.* refert Gothofr. *ad rubr. C. de Mag. conv.* quod miror à Barone adnotatum non esse. Planè si quid dolo malo in satisdatione exigenda magistratus fecisse convincantur, puta quod scientes & prudentes fidejussorem minus idoneum admiserint, hoc casu etiamnum eos teneri, tradunt *D. Tulden. ad. d. tit. C. num.3. & Perez ibid. num.4. Christin. vol.3. decis.181. num. 4. & 7. Grœnevv. de ll. abrog. hic.* Atque ita judicatum referunt *Bugn. præd. loc. Papon. lib.10. tit.4. art.10.*

Titulus XXV.

De excusationibus tutorum vel curatorum.

D. Lib.27. Tit.1. C. Lib.5. Tit. 62.

Ratio ordinis, & quædam πρόθεωρία.

Ractationem de excusationibus & suspectis tutoribus in postremum hunc locum rejicit Justinianus, cum agere de modis quibus tutela finitur, *§.ult. sup. quib. mod. tut. fin.* Hoc tit. agit de excusationibus, sequenti & postremo de suspectis. Utrumque autem etiam hoc argumentum promiscuum est, atque ex æquo ad tutores & curatores pertinet. Excusare se nihil aliud est, quam justam causam apud magistratum allegare, ad obtinendam à tutela sive delata sive suscepta immunitatem. Ajo, sive delata sive suscepta. Nam excusationum usus est& ante & post susceptam administrationem, ut ex sequentibus apparebit. Ajo, justam causam: nam nisi excusatio justa atque ad eam rem constituta causa nitatur, non est audienda. Etenim tutela munus publicum est, cujus ea conditio, ut id, nisi justa causa afferatur, neque delatum detractari, neque susceptum deponi possit, *l.3. §.1. & 4. l.6. de mun. & hon. l.1.* & passim *de vac. mun. l.1. de adm. tut.* Causæ excusationum variæ sunt: hic octodecim ferè enumerantur, plures in Pand. *& C. hoc tit.* Atque harum omnium quædam certæ sunt, & legibus ita definitæ, ut simpliciter sint recipiendæ; cujusmodi sunt numerus liberorum, administratio fisci, absentia reip. causa &c. aliæ arbitrariæ, quæ causa cognita à magistratu vel recipi, vel rejici possunt; quales sunt, verbi causa paupertas, adversa valetudo, imperitia literarum.

Textus.

De Numero liberorum.

Excusantur autem tutores & curatores variis ex causis: plerumque tamen propter liberos, sive in potestate sint, sive emancipati. Si enim tres liberos superstites Romæ quis habeat, vel in Italia quatuor, vel in provinciis quinque, à tutela vel cura potest excusari, exemplo cæterorum munerum, nam & tutelam & curam placuit publicum munus esse. Sed adoptivi liberi non prosunt: in adoptionem autem dati naturali patri prosunt. Item nepotes ex filio prosunt, ut in locum patris sui succedant: ex filia non prosunt. Filii autem superstites tantùm ad tutelæ vel curæ muneris excusationem prosunt: defuncti autem non prosunt. Sed si in in bello amissi sunt, quæsitum est, an prosint. Et constat eos solos prodesse, qui in acie amittuntur. Hi enim, qui pro republica ciciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur.

Notæ.

Propter liberos] Ex Mod. *l.2. §.2. & seqq. D. h. t. l.1. C. qui num. lib.* vide fusiùs in com. inf.

Publicum munus] *l.1. §.4. l. ult. §. 1. D. de mun. & hon. l.9. de his qui sui vel. alien. jur.* nempe ratione necessitatis, propriè enim Reipub. munus non est, *l.6. §.15, D. h. t. vide comment.*

Adoptivi. liberi non prosunt] Olim proderant, quem morem reprehendit P. Scipio apud Gell, 5.10.

Qui in acie amittuntur] *l.18. hoc tit.* & ita cape Mod. *in l.ult. vac. mun. in bello amissus.* Gell. 2. c. 15. *aut bello amisit.* non per caus. Belli, in obsidione fortè; sed in acie, in prælio, Sallust. *in eo bello trecenti milites desiderari,* vid. com.

Commentarius.

PRopter liberos] Romanis studium fuit matrimonia omnibus modis invitare, quod publicè interesse credebant justa sobole repleri civitatem: quam ob causam & pœnis cœlibes, & maritos, qui liberos suscepissent, præmiis affecerunt: quod effectum maximè legibus Juliis de maritandis ordinibus, & lege Papia Poppæa, de quibus *Cujac.*

jac. ad l.2. hoc tit. Lipsius in comm. ad 3. annal. ad verba Taciti, de moderanda Pappia Poppæa. Hotom. in descriptione legum Rom. Inter hæc præmia immunitas fuit à muneribus civilibus, *l.1. pr. l.2. de vac. mun.* ac proinde etiã à tutela & cura, *l.2.§.2.h.t.l.1.C.qui num.lib.*

Sive emancipati] *l.2.§.3. hoc tit. l.2. §. incolumes de vac. mun.* quippe hæc immunitas non tam propter onꝰ domesticum educationis liberorum conceditur, ut vulgo existimant, quam ut præmium & remuneratio πολυπαίδων, de jure trium liber. vid. Duar. 1. disput. 40.

Tres liberos Romæ, in Italiâ quatuor &c.] *l.1. C. qui num. lib. se. exc.* Hinc apparet, discrimen aliquod loci adhuc relictum fuisse inter Latinos, provinciales, cæterosque cives, qui urbem incolerent, etiam post constitutionem Antonini, *in l. in orbe de stat. hom.* quamvis omnes ex ea constitutione effecti sint cives Romani, quod & alibi observare licet, *§. per traditionem 40. inf. de rer. diu & inf. de usuc. in pr.* itemque *in pr. quib. al. lic.* Quod autem de Roma hic dicitur, Schol. Th. transfert & ad novam Romam, τὴν Κωνσταντίνου πόλιν, & Thraciam, τὴν Θρᾴκην.

Exemplo cæterorum munerum] Personalium nimirum: nam à patrimonialibus muneribus, quæ rerum & possessionum propriè onera sunt, numerus liberorum non excusat, *l.2. §.4. l.10. & seq. de vac. mun.* neque ab honoribus muneribusque his cohærentibus, *d.l.2. §.1.* nisi major sit, videlicet sedecim liberorum, *l.5. §.2. de jur. imm.* aut minimum XII. *l. si quis 24. C. de decur.* quo tamen loco pro XII. substituendum esse XVI. existimat Cujac.

Publicum munus] Tutela propriè non est munus publicum: neque enim rem publicam, sed privatam pupilli tutor tractat: nec reipub. pecuniariter interest pupillis tutores dari, *l.2. §.pen. in fin. ad municip.* sed per consequentias & impropriè loquendo; quia ad curam publicam pertinet, orbos ac pupillos tueri ac defendere, *l.1. §.2. qui pet. tut.* Hinc facilè intelligitur, cur Modestinus neget tutelam esse munus reipub, *l.6. §. tutela 15. hoc tit.* Ad quid si dicamus, ideo tutelam appellari munus publicum, quia cuivis è populo non secus ac cætera munera, publicè injungi potest.

Adoptivi liberi non prosunt] Quod & generaliter traditum est *d.l.2. §.2. de vac. mun.* & ratio est, quia hæc beneficia patribus data sunt, qui numero civium rempubl. auxerunt. Meminit Tacitus 15. *annal.* Senatusconsulti facti tempore Neronis, quo cautum erat, *ne liberi adoptivi ad præmia patrum prodessent.*

In adoptionem dati prosunt] Ex quo manifestè liquet, quod paulo ante diximus, hanc immunitatem magis esse beneficium πολυπαιδίας, quam levamentum oneris domestici.

Nepotes ex filio] Scilicet demortuo, *l.2. §. non solum 7. hoc tit.* nam ex filio emancipato nati avo ideo non prosunt; quia ille ei prodest, & hi patri suo. Quod si plures sint ex uno filio nepotes, non singuli singuli capita constituunt, sed unũ universi, patremque omnes simul repræsentant, *d. loc.* quod & in cæteris muneribus obtinet, *l.3. C. de his qui num. lib.* 10.

Ex filia non prosunt] Non quia in avi materni potestate non sunt: nam nec emancipati, nec in adoptionem dati in potestate patris manent, quos tamen prodesse constat, sed quia duobus prodesse non debent: prosunt autem patri suo aut avo paterno, *l.2. C. qui num. lib.*

Superstites] *l.2. §.4. hoc tit. l.2. §. incolumes de vac. mun.* quippe hi soli & reipubl. usui & parentibus oneri sunt. Defuncti non prosunt, præterquam bello amissi, *d. tit.* Quod Ulp. *l. bello 18. hoc tit. & Iustin. hic.* de iis accipi volunt, qui in acie seu in prælio, ἐν τῇ συμπλοκῇ amissi sunt, propterea quod hi pro republ. cecidisse intelligantur, & in perpetuum per gloriam vivere. Unde cum ex statuto secundo genitus in jure primogenituræ præferretur filio primogeniti præmortui, responsum est hoc locum non habere, si in acie primogenitus occubuisset. Ayala *lib.3. de jur. bell. c.7. n.21.* Qui vero per causam belli in obsidione, præsidiis, castris abripiuntur, huc non pertinent, *d. l. bello.* De iis, qui pro patria mortem oppetunt, præclarè M. Tullius *pro Planc. & Philip.9. Liv. lib.25. Diod. Sic. lib.15.* ἀντὶ θνητοῦ σώματος ἀθάνατον μνήμην καταλείπουσιν. *in Lesbonact. hortat.*

TEXTUS.

De administratione Rei fiscalis.

1. Item divus Marcus in semestribus rescripsit, eum, qui res fisci administrat, à tutela & cura, quamdiu administrat, excusari posse.

COMMENTARIUS.

IN *Semestribus*] Crebra est semestrium D. Marci in liberis nostris mentio. Auctor est Svetonius *in Aug. c.35.* Augustum semestria senatorum aliquot consilia sibi instituisse, cum quibus de negotiis ad frequentem senatum referendis ante tractaret. Dio *lib.53.* scribit, ex reliquo numero senatorum quindecim ad hoc sorte lectos esse ἐς ἑξάμηνον. Quod exemplum Marcum secutus videretur, *vid. Pet. Fab. in præfat. semestr.*

Res fisci] Vel etiam rem privatam Principis, *l. administrantes 41. hoc tit.* Huc referunt & exactores tributorum, *l. exactores C. eod.* colonos patrimoniales, *l. ult. qui dar. tut.* cæterosque, quibus Princeps

curam alicujus rei injunxit, *l. geometræ 22. §. 1. l. jurisperitos 30. eod.*

Textus.

De absentia Reipublicæ causa.

2. ***Item qui reipublicæ causa absunt, à tutela, vel cura excusantur. Sed etsi fuerint tutores, vel curatores dati, deinde reipublicæ causa abesse cœperint, à tutela vel cura excusantur, quatenus reipublicæ causa absunt: & interea curator loco eorum datur, qui si reversi fuerint, recipiunt onus tutelæ: nam nec anni habent vacationem, ut Papinianus libro quinto Responsorum scripsit: nam hoc spatium habent ad novas tutelas vocati.***

Notæ.

2. *Reipubl. causa absunt*] *L. 1. C. si tut. reipubl. caus. l. 41. D. h. tit.* quinam reipub. caus. abesse dicantur, disce *ex l. 32. l. 35. l. 38. D. ex quib. caus. maj.* Vide fusius ex Comment. infrà.

Ad novas tutelas vocati] Qui, cum Reipubl. causa abessent, ad novas tutelas vocati sunt, reversi anni vacationem habent: sed munus antè susceptum statim resumi debet, *l. 10. pr. & §. 2. l. 45. D. h. tit. l. 2. C. si tut. reipubl. caus.*

Commentarius.

Reipubl. causa absunt] *D. l. administrantes §. 2. hoc tit.* Reipubl. causa abesse dicuntur, qui publici alicujus muneris vel officii causa, cui præsunt, ab urbe profecti sunt, ut ex Modestino, Paulo, & Ulp. discimus, *l. abesse 32. l. qui mittuntur 35. l. si cui 38. ex quib. caus. maj.* Horum duo sunt peculiaria: nam cum cæteri, qui propter solum officium aut magistratum excusantur, susceptam tutelam deponere non possint: *§. seq.* eamque à qua excusati erant, statim finito officio suscipere cogantur: *arg. §. præc. l. geometræ §. 1. & d. l. administrantes hoc tit.* utrumque contra est in iis, qui reipubl. causa absunt: nam & à suscepta, quamdiu reipubl. causa absunt, excusantur: & si interim ad novam tutelam vocati fuerint, reversi, anni habent vacationem, *hoc text. l. 10. eod.* Ubi Modestinus sic scribit; οἱ χρείας δημοσίας δήμου Ῥωμαίων ἕνεκα ἀποδημήσαντες ἐνιαυτοῦ ἔχουσιν ἀνάπαυσιν μετὰ τὸ ἐπανελθεῖν. Ergo absentes municipii causa non videntur hanc anni vacationem habuisse, contra quam sentit Wes.

Textus.

De Potestate.

3. ***Et qui potestatem aliquam habent, se excusare possunt, ut divus Marcus rescripsit: sed susceptam tutelam deserere non possunt.***

Commentarius.

Potestatis vocabulum apud nostros aliquando large accipitur, ut iis etiam attribuatur, qui cum magistratus non sint, notionem tamen aut jurisdictionem aliquam habent: ut in edicto. *Quod quisque juris &c. l. 1. §. 1.* item in *l. 3. §. ult. de rec. arb. l. 3. in fin. ad leg. Jul. majest.* Sæpe item ea vox significat publicam illam jubendi ac coërcendi auctoritatem, quæ magistratuum est, sed omnium communis; ut idem sit magistratus potestas & imperium. Et hoc est, quod Paulus scribit, *l. potestatis 215. de verb. sign.* potestatis vocabulo imperium in persona magistratuum significari: ac proinde in hac significatione verum est, etiam minores magistratus imperium, potestatemque habuisse. Nunquam etiam καθ' ἐξοχὴν soli magistratus majores imperium & potestatem habere dicuntur, minores sine imperio & potestate esse, *l. nec magistratibus 32. de injur. l. 2. de in jus voc.* Atque in excellentiori hoc significatu verbum potestatis hic accipiendum esse ex eo perspicuum est, quod ædilitas à tutela non excusat, *l. non tantum 17. §. is qui. hoc tit.* Magistratus tamen civitatum, τοὺς στρατηγοὺς τῶν πόλεων, remissionem à tutela habuisse apertè testatur Modèstin. *l. 6. §. remittuntur 16. eod. add. Cujac. ad l. 4. in fin. eod. Ant. Fab. 1. jurispr. hoc tit. pr. 1. ill. 3.* Sed vix est, ut id hodie observetur. *Bern. Autumn. coll. jur. ad d. l. 6. §. 16.*

Susceptam deserere non possunt] Magistratibus, qui ante se miscuerunt administrtaioni, vacatio à tutelis non conceditur, *d. l. non tantum, §. sanè,* in quo differunt ab iis, qui reipubl. causa abesse coguntur, ut paulo ante dictum.

Textus.

De lite cum pupillo vel adulto.

4. ***Item propter litem, quam cum pupillo, vel adulto tutor, vel curator habet, excusari non potest: nisi fortè de omnibus bonis, vel hæreditate controversia sit.***

Notæ.

4. *Nisi forte de omnibus bonis*] Aut maxima eorum parte, *l. 20. l. 21. eod.* quo casu etiam utile pupillo nolentem se excusare à tutela removeri. Vide in comment.

Commentarius.

Justa causa excusationis non est, quod litem aliquam cum pupillo tutor habeat: sed si judicio agen-

agendum sit, quia tutor in rem suam auctor fieri non potest, curator interim ad hoc pupillo datur, qui judicio peracto curator esse desinit, *§. ult. de auct. tut.* At si de omnibus bonis, plurimave eorum parte, aut de hæreditate lis sit, æquum est excusationem tutoris recipi, *l. si pupillum 20. & l. seq. hoc tit.* Imo utile pupillo, etiam nolentem se excusare, à tutela removeri, *d. l. si pupillum.* Non tamen in quavis disceptatione hæreditatis simpliciter & sine cognitione causæ recepta fuisse videtur tutoris excusatio, *arg. l. si ut allegas C. eod.* Hodie tota hæc quæstio inutilis: nam *Novella Iustiniani constitutione* 72. vetatur quilibet creditor aut debitor pupilli tutor ejus esse, dixi supra ad *d. §. ult. de auct. tut.*

TEXTUS.
De tribus tutelæ & curæ oneribus.

5. Item tria onera tutelæ non affectatæ, vel curæ, præstant vacationem, quamdiu administrantur: ut tamen plurium pupillorum tutela, vel cura eorumdem bonorum, veluti fratrum, pro una computetur.

COMMENTARIUS.

NEmo ita onerandus est alienis negotiis, ut sua ipsius negligere cogatur: adeoque & pupillorum interest tutorem non nimis multis negotiis implicari. Quamobrem placuit tria onera tutelarum, vel tria onera curationum, vel tria onera permistarum tutelarum & curationum, quartæ tutelæ curationisve excusationem præbere, *l. 2. §. ult. & l. seq. hoc tit. l. un. C. qui num. tut.* Sufficere item visum est tria ejusmodi onera esse in una domo; hoc est, unam familiam tria onera tutelarum aut curationum sustinere: ac proinde & tutelarum numerum, quas pater gerit, filio, & quas filius gerit, patri, & quas frater, fratri, qui in ejusdem patris patestate est, ad excusationem prodesse, *l. 4. §. ult. eod.* modo tutelæ, quas filii administrant, spectent ad periculum patris, *l. 5. eod.*

Non affectatæ] Tutelæ affectatæ in numerum tutelarum non cedunt, *l. spadonem 15. §. est autem 15. eod. d. l. un. C. qui num. tut.* Itaque sive quis lucrum captans ultro se tutelæ obtulit, sive tenuem *νόμου χάριν* suscepit, ut numerum trium expleret, à quarta non excusabitur, *d. §. est autem.* Sic enim verba Modestini, *ὁ μελέου χρήματος ἐπίτροπος*, interpretor. *μελέου*, scilicet *ὀρφανοῦ, ἢ οὐσίας.* Ut non tutor pauper, quemadmodum Holoander vertit, sed pauperis tutor iis verbis significetur: quam interpretationem & Theophilus juvat; nam Curtius verba Theophili, *ἐπιτροπὴν εὐτελεστάτην*, perperam interpretatus est, tutelam opulentam, cum tenuissimam vertere debuerit: quod mirum est D. Gothofredum non animadvertisse.

Quamdiu administrantur] Id enim maximè consideratur: in tantum, ut, si aut priorum pupillorum ætas prope pubertatem sit, aut eorum, quorum ad tutelam nunc primum tutor vocatur, excusatio non detur, *l. non tantum 17. hoc tit.* Hinc quoque est, quod in numerum tutelarum non placet cedere, si quis sit fidejussor tutoris, vel si magistratus municipalis tutorem dedit, licet periculum eos spectet, & magistratus in subsidium conveniri possit. Sed nec honorarius tutor periculum in numerum tutelarum imputat, *l. spadonem §. si civitatis. 9. eod.* ad quem tamen quasi pars quædam administrationis pertinet: tenetur enim actus gerentis sollicitè observare, eumque, si malè versetur, suspectum facere, *l. 3. §. 2. de adm. tut.* Enimvero tutor, qui cessat in administratione tutelæ, eam ratione periculi in numerum trium computat, *l. si is qui 31. in fin. pr. hoc tit. l. si quis 60. de rit. nupt.* nimirum quia qui cessat, principaliter tenetur, & suo nomine perinde ac si gessisset.

Pro una computetur] Tria onera non ex numero pupillorum aut adolescentum computantur, sed ex diversitate patrimoniorum, rationumque & conficiendarum & reddendarum difficultate: nam si tres sint fratres consortes, hoc est, qui indivisum patrimonium habent, pro una tutela est: si tres dissortes, tres sunt tutelæ, *l. 3. d. l. si is qui 31. §. ult. hoc tit.* Idemque est & in aliis sive cognatis sive extraneis consortibus aut dissortibus, *d. §. ult.* Sed & contra aliquando unius pupilli tutela ob eandem causam ad excusationem sufficere debet, si nimirum tam diffusa, negotiosa & molesta sit, ut pro pluribus cedat, *d. §. ult.* cujus rei disquisitio ferè est in arbitrio prætoris tutelaris, ut ex eodem loco intelligitur, & hic notat *Bach. add. Cujac. ad l. 2. eod.*

TEXTUS.
De Paupertate.

6. Sed & propter paupertatem excusationem tribui, tàm divi Fratres, quàm per se divus Marcus rescripsit, si quis imparem se oneri injuncto possit docere.

COMMENTARIUS.

DEsumptus hic locus est ex *l. 7. & l. post susceptam 40. §. 1. hoc tit.* Est autem hæc excusatio ex iis quoque, quarum receptio aut repudiatio pendet à magistratu, cujus de ea re cognitio est. Nam qui hac excusatione utitur, docere debet

debet se imparem esse oneri injuncto, hoc est, tam tenuis & nullius fortunæ, ut vix sibi quærere possit vitæ necessaria: quod judicium æstimare oportet, *Myns. Schneid. Wesemb. hic.*

TEXTUS.
De adversa valetudine.

7. Item propter adversam valetudinem, propter quam ne suis quidem negotiis interesse potest, excusatio locum habet.

COMMENTARIUS.

ET hæc causa ex earum genere est, quæ cognitionem magistratus desiderant: neque enim quæcumque valetudo excusat, sed ea, quæ impedimento est, quo minus quis suis rebus superesse possit, *l. 10. in fin. l. pen. §. ult. hoc tit. l. un. C. qui morb.*

TEXTUS.
De imperitia literarum.

8. Similiter eos, qui literas nesciunt, esse excusandos, Divus Pius rescripsit: quamvis & imperiti literarum possint ad ad administrationem negotiorum sufficere.

COMMENTARIUS.

LIteras pro παιδείᾳ aut humanitate sæpe accipi, notum est. Propriè tamen literæ elementa significant, *l.11. §.3. de instit. act. l.6. §. ult. de bon. poss. l.1. §. sed cæterarum de var. & extr. cogn.* Cic. pro *Silla; Literæ posteritatis causa repertæ sunt.* Hinc nescire literas dicuntur, qui ne elementarii quidem sunt, hoc est, qui nec legere nec scribere dicedicerunt, *l. 3. §. 2. de accus. l. hac consultissima 21. l. nostram 30. C. de testam.* ut & è contrario scire literas, qui scribere sciunt, *l. pater 39. §. 1. de acq. her. l. discretis C. qui test. fac.* Svet. in *Claud. c.10.* idque ex usu etiam aliorum auctorum, ut multis docet *Duar. 1. disp. 3.* & vel unum illud Neronis apophthegma ostendit; *Velim nescire literas.* de quo Seneca 2. *de Clem. c. 1.* Eandemque loquendi formam etiam Græcis familiarem fuisse argumento est vetus illud proverbium: quo Plato usus est 3. *de legib.* μήτε νεῖν μήτε γράμματα εἰδέναι. Nec dubito, quin *Iust. hic & Paul. l.6. §. ult. eod.* eodem modo hac locutione utantur, ut nescire literas iis sit, neque legere scire, neque pingere: & imperiti literarum Justiniano ἀγράμματοι, Modestino in *d. §.* idem quod ἀναλφάβητοι. Nam dicere se studiis literarum imbutum non esse, & ἀπαιδευσίαν hic causari, sanè quam ineptum est.

Quamvis & imperiti literarum] Axioma discretum est; Quamvis imperiti literarum non sint negotiorum expertes: tamen à tutela sunt excusandi. Cui per connexum contradicere videtur Paul. *d. l. 6. §. ult.* Si imperiti literarum non sint negotiorum expertes, à tutela non sunt excusandi. Sunt qui particulam *quamvis* hoc loco notam esse volunt exceptionis, contra perpetuum & certum Latini sermonis usum. Alii, nescire literas, Paulo esse, non didicisse humaniores literas, in studiis literarum non esse versarum; quasi literarum, hoc est, politioris humanitatis expertes ad tutelam administrandam minus idonei videri debeant. Fabulæ. Puto etiam literarum ignorantiam ad classem earum excusationum referendam esse, quæ arbitrio magistratus nunc admittuntur, nunc rejiciuntur. Itaque quod Just. ait, imperitos literarum esse excusandos, non ita accipi velim, quasi simpliciter & semper excusari debeant, sed causa cognita, si fortè tutela diffusior atque negotiosior, ut propter rationum conficiendarum difficultatem ab imperito literarum commodè administrari non possit, quamvis is ad res alias gerendas sit idoneus: nam ut memoriæ omnia credat, ab eo exigi non oportet; nec satis tutum, vicaria aliorum opera in commentariis & ephemeridibus conscribendis uti. Quod si tutela non sit magni patrimonii, εὐτελής, aut alias satis expedita, cui gerendæ sufficiat quivis non hebiti ingenio neque expers negotiorum, nulla ratio est, cur quis ob solam imperitiam literarum ab ea excusetur. Atque ita Paulum temporo in *d. l. 6. §. ult.*

TEXTUS.
De inimicitia Patris.

9. Item si propter inimicitias aliquem testamento tutorem pater dederit, hoc ipsum præstat ei excusationem, sicut per contrarium non excusantur, qui se tutelam administraturos patri pupillorum promiserant.

COMMENTARIUS.

PRopter inimicitias] Quo molestiam exhibeat inimico; ἵνα ὑποβληθῇ ἐνοχῇ καὶ πράγμασι; *ut subjiciatur litibus & negotiis, d. l. 6. §. δίδωσιν* 17. Nam si testator bona mente eum tutorem dedit, cui inimicus antea infensusque fuit, hoc ipso videtur facta gratiæ reconciliatio. Dicam plura *inf. §. 11.*

Non excusantur] Qui patri pupillorum tutorem se futurum promisit, nulla excusatione gaudet, quamvis alias excusare se jure possit; quasi excusationibus renuntiasse videatur, qui ita fidem suam obliga-

obligavit, *l. spadonem §. 1. hoc tit. l. ex sententia 29. de test. tut.*

TEXTUS.

De ignorantia Testatoris.

10. *Non esse autem admittendam excusationem ejus, qui hoc solo utitur quod ignotus patri pupillorum sit, divi fratres rescripserunt.*

COMMENTARIUS.

IGnotus patri] *d. l. spadonem §. qui dixerit* 14. Excipiunt DD. post Glossam hic, nisi quis dicat se ibi domicilium non habere, ubi ad tutelam vocatus est, *l. ult. §. ult. eod.* sed hoc genus est excusationis omnium commune.

Divi fratres] Marcus Antoninus Philosophus, & Ælius Verus, T. Antonini Pii filii, Adriani nepotes, qui primi duo Augusti appellati, & fastis consularibus sic inscripti sunt, auctore Spartiano in *Ælio vero.* Appellantur & fratres Imperatores, *l. fratres 33. de pœn. l. si adulterium 38. §. fratres ad leg. Iul. de adult.* vid. Ant. Augustinum *lib. sing. de excus. ad §. ἐπι ἀπολύσει* 18. *l. 6. hoc tit.* & Cujac. ibid. Obiter addo, Divos à Jurisconsultis appellari Imperatores, qui post obitum in Deos relati erant ea ἀποθεώσεως solemnitate, quam scribit Herodian. lib. 3. postquam & templa iis constitui, ac sacerdotes & sodales creari, & ludi fieri, omnesque divini honores decerni solebant, ut ex Tacito, Tranquillo, Spartiano, Capitolino, aliisque id genus auctoribus discimus.

TEXTUS.

De inimicitiis cum patre pupilli vel adulti.

11. *Inimicitiæ, quas quis cum patre pupillorum vel adultorum exercuit, si capitales fuerunt, nec reconciliatio intervenerit, à tutela vel cura solent excusare.*

NOTÆ

11. *Cum patre pupillorum*] *d. l. 6. §. 17. Paul. 2. sent. 27.* idem est si cum pupillis vel adultis, *l. 3. §. 12. D. de susp. tut.* ubi Ulp. ait etiam ob hanc causam removeri.

COMMENTARIUS.

1. *An homini Christiano conveniat ad excusationem tutelæ obtendere inimicitias.*

NUnc de inimicitiis paulo pluribus & distinctius agamus. Ait, inimicitias capitales, quas quis cum patre pupillorum exercuit, nisi intervenerit reconciliatio, solere excusare. Inimicitias capitales intelligo quascunque graviores, quæ vel vitam, vel libertatem, vel existimationem petunt, *arg. l. licet capitalis 103. de verb. sign.* Sunt qui existimant, hujusmodi excu- 1
sationem minus convenire homini Christiano: neque enim rectè videri tutorem dicturum, non debere se cogi bene facere homini inimico & de se malè merito, aut liberis ejus: quæ sententia ethnicis fortassis conveniat, aut veteribus illis, quorum meminit Christus *Matth. c. 5.* qui legem Domini sic accipiebant; *Diliges proximum tuum, & odio habebis inimicum tuum.* Christianis & piis non convenit. Et sanè ita est, nisi ratio afferatur, cur inimicitiæ excusare debeant; qualis hic occurrit, videlicet ut liceat sinistram suspicionem hoc obtentu vitare & antevenire remotionem. Ait, *cum patre pupillorum.* Idem est si pupillis ipsis vel adultis inimicus sit, *l. 3. §. si tutor. 12. de susp. tut.* Ait, *nec reconciliatio intervenerit.* Reconciliatio aut apertè intervenit, ut si post ortas inimicitias in gratiam redierint; aut tacitè, si eum, cui pater justè infensus antea erat, postea testamento suo tutorem scripserit: nam si hoc bono animo fecerit, non ut litibus eum implicaret, injuriam ei hoc ipso remisisse videtur, *l. 6. §. dat remissionem 17. hoc tit.* Planè si ipse pater causam inimicitiis dedit, puta quod eum, quem tutorem dedit, aliquando capitis accusaverit, aut insigni contumelia affecerit, ad excludendam excusationem necessaria est aperta reconciliatio, *arg. §. seq.* Nam illius est remittere injuriam, cui illata est. Ait, *solent excusare.* Et meritò? nisi enim hujusmodi tutores & curatores ultro se excusent, inviti removentur, *d. l. 3. §. si tutor de susp. tut.*

TEXTUS.

De status controversia à Patre pupilli illata.

12. *Item is, qui status controversiam à pupillorum patre passus est, excusatur à tutela.*

COMMENTARIUS.

SI tutor status controversiam à patre pupilli passus sit, id est, si eum pater in servitutem petierit, hoc par interdum, ac si capitis accusasset, *l. 14. ff. de bon. libert.* & hic tutor omnimodo excusandus, etiamsi pater eum postea testamento tutorem dederit, ut jam diximus. Is etiam excusatur à tutela, qui talem controversiam movet pupillo, serio & bona fide, non dedita opera, ne tutelam subeat, & calumniæ causa, quod ex rescripto Marci & Veri (ita legen-

dum esse textus Græcus ostendit) proponitur in *l. 6. §. amplius 18. hoc tit.*

TEXTUS.

De Ætate.

13. Item major septuaginta annis à tutela & cura se potest excusare. Minores autem viginti quinque annis olim quidem excusabantur: nostra autem constitutione prohibentur ad tutelam vel curam adspirare: adeò ut nec excusatione opus sit. Quâ constitutione cavetur, ut nec pupillus ad legitimam tutelam vocetur, nec adultus: quum sit incivile, eos, qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur, & ab aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam subire.

COMMENTARIUS.

1 *Duplex Triboniani error in explicatione juris veteris animadversus.*

SEnes æquè ac magistratus veteres reveriti sunt, *l. 5. de jur. immun.* quæ reverentia consistebat in assurgendo, in loco dando ac cedendo, domo deducendo ac reducendo, Juvenalis *satyr. 13.*

Credebant hoc grande nefas & morte piandum,
Si juvenis vetulo non assurexerat.

add: Valer. lib. 2. c. 1. Cic. 1. Off. Gell. lib. 2. c. 15. Fuit etiam venerabili senectus excusatione honorum & vacatione munerum personalium. Ab honoribus excusabant anni 60. in urbe Senec. *de brev. vit. Lex à quinquagesimo anno militem non cogit. à sexagesimo senatorum non citat.* Idem tamen 2. *Controv. 65.* annos exigit. A decurionatu excusabant anni 55. *l. non tantùm de decur.* à tutelis cæterisque muneribus personalibus anni 70. *l. 3. de jur. immun. l. 2. hoc tit. l. un. C. qui ætat.* In *l. ult. C. qui ætat. vel profess. lib.* 10. pro LV. legendum LXX. ut contextus ostendit, & monet Cujac. Cæterum hæc ita procedebant, nisi aliter consvetudo vel lex municipalis definiret, *d. l. non tantùm l. 2. de vac. mun.*

Major septuaginta annis.] In immunitatibus cœptus annus pro completo non habetur: quamobrem ad vacationem tutelæ non sufficit ingressum esse aut agere annum septuagesimum, sed egressum esse oportet, *l. 2. hoc tit. l. 3. de jur. immun.*

Minores olim quidem excusabantur] Hic locus & constitutio Justiniani *in l. ult. C. de leg. tut.* multis imposuit. Constat minorem 25. annis testamento tutorem rectè dari: sed ita datum perinde haberi, ac si sub conditione aut ex die datus esset, cum major 25. annis factus fuerit; ut interim nec tutelam administret, nec ullo effectu pro tutore habetur, *§. 2. sup. qui test. tut. l. quæro 32. in fin. de test. tut.* sed alius tutor aut curator interim à magistratu datur, qui tutor aut curator esse desinit existente conditione, hoc est, post legitimam tutoris testamento dati ætatem, *l. 10. §. pen. hoc tit. §. 1. sup. de Attil. tut.* Legitimos tutores nemo dat, sed lex eos facit tutores, *l. 5. de leg. tut.* Atque uti quisque proximus est agnatus, ita jure ex lege tutor est; quamvis potestas administrandi demum post perfectam ætatem ei deferatur, *l. 16. §. 1. de tutel. l. 4. l. 8. de leg. tut.* Quare si agnatus pupilli proximus minor erit 25. annis, jure agnationis & successionis ex lege tutor est: sed quia jus administrandæ tutelæ ante justam ætatem non habet, curator interim ad hoc à magistratu dabitur, *§. ult. sup. de curat. d. l. 10. §. pen.* qui locus simul confirmat, quod dixi, eum ipso jure, pro tutore esse: alioqui non à magistratu alius interim daretur, sed insequentis gradus agnati protinus in tutelæ administratione succederent, *arg. l. 3. §. pen. de leg. tut.* Revise quæ scripsi ad *§. ult. sup. de cap. dem.* A magistratu tutor sub conditione aut ex die dari non potuit, *l. 6. §. 1. de tutel.* Ergò nec minor 25. annis: quippe cui dationi insit dies aut conditio, cum major erit, *§. 2. sup. qui test. tut. l. 10. §. pen. & ult. de test. tut.* Quapropter si tota datio non consistit, nec ἐν τῇ νεότητι pro tutore ullo effectu habebitur, ac ne quidem post ἀκμὴν tutor erit; ideoque consulto de testamentario & legitimo duntaxat Modestinum *d. l. 10. §. pen.* locutum esse existimandum est. Nunc videamus, quid hic novi constituerit Justinianus. Ait, minores 25. annis olim quidem excusatos fuisse: se autem constitutione sua cavisse, ne omninò minor aut detur tutor, aut ad legitimam tutelam vocetur, *d. l. ult. Cod. de leg. tut.* De legitimis & datiquis loquitur constitutio: liberam patris voluntatem testamento de tutela caventis non coarctat. In ea autem constitutione atque hoc loco duplex Triboniani error in explicatione juris veteris animadvertitur. Unus est, quod putaverit, jure veteri periculo minoris, cui legitima tutela delata erat, curatorem interim datum tutelam administrasse, ut patet ex ratione, quæ affertur in pr. constitutionis. Alter, quod minorem à magistratu tutorem dari posse crediderit, sed excusandum fuisse: quasi vel omissâ excusatione ipse minor tutelam gerere potuerit, aut alius simul à magistratu dandus fuerit, qui interim periculo minoris gereret. Quæ omnia tam absurda & à ratione juris veteris aliena sunt, ut mirum sit, Cujacium, Hotom. Wesemb. ipsumque adeo custodem Triboniani Ant. Fabrum hic dormitasse. Quod si quid novi hic constitutum videri possit, erit illud unum, quod Bachovius existimat, ut jam non amplius agnato proximo, si minor sit, tutela legitima ullo modo deferatur; sed ea ætate insuper habita,

habita, soli ex agnatis proximis tutores fiant, qui sunt perfectæ ætatis: at si proximi omnes minores sint, ut sequentes vocentur; quos olim exclusos fuisse, ac ne durante quidem ἀφηλικίᾳ proximi ad administrationem tutelæ admissos jam ostendimus.

Nec pupillus] Si verum est, quod diximus, agnatum proximum, quamdiu minor est, tutelam gerere non posse, inepte atque inutiliter videtur quæri, an pupillus ad legitimam tutelam pupilli sit vocandus. Nam & si fingamus, alterum infantem esse, alterum pubertati proximum, exiguum tamen tempus superfuturum est administrationi. Et in *l.*10. *§.pen. hoc tit.* non de impubere quæritur, sed de adolescente sive minore 25. annis: nam ἀφῆλιξ, qui & ἀνῆλιξ, Græcis non est ἄνηβος, sed νέος, hoc est, adolescens, ἤδη ἥβην μὲν ὑπερβὰς, ἐλάττων δὲ κέ ἐνιαυτῶν, ut passim apud Theoph. & Harmenop.

Quum incivile sit] Hæc ratio nihil aliud efficere videtur, quam ut ne minori tutelæ administratio permittatur. Atqui nec jure veteri ea minori permissa fuit. Sed, ut dixi, falso credidit Justinianus, periculo minoris interim tutelam ab alio administrari solitam, nam ideo se jus vetus mutasse scribit, ut cuique immineat pro sua tantummodo administratione periculum, ne alieno onere alius prægravetur. Itaque tutelam vel curam subire, hoc loco dixisse existimari potest, pro eo, nempe periculum tutelæ ab alio administrandæ, sustinere.

TEXTUS.
De militia.

14. *Idem in milite observandum est, ut nec volens ad tutelæ onus admittatur.*

COMMENTARIUS.

Milites armatæ militiæ ad instar minorum, ne volentes quidem ad tutelam aut curam gerendam admittuntur, *l.*4.*C.qui dar.tut. l.*8.*C. de legat.* ne videl. propter privata negotia à numeris & signis avocentur: quam ob causam nec procuratores esse possunt, *l.*8. *§.*2. *de procur.* nec aliena prædia conducere, *l.milites* 31. *C. de loc. & cond.* Quatenus veterani, hoc est, qui militia honeste dimissi & sacramento soluti sunt, vacationem tutelarum habeant, copiose disputatur *l.* 8. *&* 2. *seqq. hoc tit.*

TEXTUS.
De Grammaticis, Rhetoribus, & Medicis.

15. *Item Romæ grammatici, rhetores & medici, & qui in patria sua has artes exercent, & intra numerum sunt, à tutela & cura habent vacationem.*

COMMENTARIUS.

Studiorum liberalium professores, grammatici, sophistæ, rhetores, qui publicæ juventuti prosunt; item medici, quemadmodum à reliquis muneribus, ita & à tutela & cura vacationem habent, *l.*6. *§.*1. *hoc tit. & tit. C. de profess. & med. lib.*10. Habent & Philosophi *d. l.*6. *§.*, Musicos, quamvis eorum ars ingenua sit & liberalis, non habere tradat *Cujac. in d. l.*6. *§.*1. allegans *l.*4. *C. de excus. mun. lib.* 10. quo loco pro *Hydraulæ* videtur legisse *Musici*. Nec poëtæ habent, *l.*3. *C. de profess. & med.* licet divini spiritus mereantur. Legum quoque doctores non habent, exceptis iis, qui Romæ docent, *d. l.*6. *§. legum.* 12. Cæterum ex Constitutione Constantini omnes habent, *l.*6. *C. de profess. & med.*

Qui in patria sua] Professores & medici ita demum hac immunitate gaudent, si in patria sua doceant aut medeantur, non in aliena. Est autem duplex patria: una propria sive originalis: altera communis, quæ est Roma, *l. Roma* 33. *ad munic.* Quamobrem qui Romæ docent, etiamsi Romæ nati non sint, immunitatem habent, *l.*9. *de vac. mun.* sive salariarii sint, sive non sint, *l.*5.*§.Romæ* 11.*h.t.* Atq; hæc ex tribus una est conditio ad obtinendam immunitatem necessaria, *d. l.*6. *§. amplius* 9.

Intra numerum sunt] Conditio altera, non aliter enim hac immunitate fruuntur magistri studiorum, quam si probati decreto ordinis & numero constituto ad scripti sunt, *d. l.*6. *§.*4. *l.*5. 7. *&* 8. *C. de profess.* Certus enim numerus eorum qui vacationem haberent, in unaquaque civitate lege definitus erat, *d. l.* 6. *§.*2. præterquam philosophorum: διὰ τὸ σπανίως εἶναι τοὺς φιλοσοφοῦντας, *d.l.*6. *§. de philosophis*, quem numerum excedere non licebat, *d. l.*6. *§.*3. nisi quis propter excellentiam præstantiamque doctrinæ, ὁ ἄγαν ἐπιστήμων, immunitate supra numerum donaretur, *d. l.*6. *§. valde* Est & tertia conditio hic omissa, ut pene & sedulo suo munere fungantur, seque adolescentibus utiles præbeant: alioqui denuo ab ordine reprobari possunt, *d. l.*6. *§.* 6. *l.*2. *l.*8. *C. de profess. l.*11. *§.*3. *de mun. & hon.* Colligunt hinc DD. studiosos, qui gnaviter literis non incumbunt, etiamsi in catalogum relati sint, privilegiis scholarum gaudere non oportere; cessante scilicet ratione inductiva privilegiorum, secundum *Aldobrand. num.*19. *Schneid. num.*6. *hic*, quanquam vix est, ut hoc obtinet: consule *Wames. cent.* 1. *cons.*20. *Christin. vol.* 5. *decis.* 36. *&* 49. *num.* 14. *& seqq. Add.*

Grœnvv. de ll. abrogat. ad l. 6. Pand. h. t. ubi & de usu hodierno.

TEXTUS.

De tempore & modo proponendi excusationes.

16. Qui autem se vult excusare, si plures habeat excusationes, & de quibusdam non probaverit, aliis uti intra tempora constituta non prohibetur. Qui autem excusare se volunt, non appellant, sed intra quinquaginta dies continuos, ex quo cognoverit se tutores vel curatores datos, se excusare debent, cujuscumque generis sint, id est, qualitercumque dati fuerint tutores, si intra centesimum lapidem sint ab eo loco, ubi tutores dati sunt. Si verò ultrà centesimum lapidem habitant, dinumeratione facta viginti millium diurnorum, & amplius triginta dierum: qui tamen, ut Scævola dicebat, sic debent computari, ne minus sint, quàm quinquaginta dies.

NOTÆ.

16 *Qualitercumque dati*] Sive à magistratu, sive testamento, sive lege, nam & legitimos tutores se excusare posse constat, *l. 3. §. 8. D. de leg. tut. l. 1. C. eod. l. 9. C. qui dari tut.* & prius dixerat, cujuscumque generis.

COMMENTARIUS.

1. *Utrum post constitutionem D. Marci adhuc immediatè à delatione tutelæ appellari potuerit.*
2. *Ex quo tempore 50. dies excusationis allegandæ constituti, currere incipiant.*
3. *An causa excusationis per procuratorem agi possit.*
4. *Etiam tutores legitimos excusari.*
5. *Proponendæ & disceptandæ excusationis quæ forma apud nos observetur.*

ALiis uti non prohibetur] Ex Martiano, *l. propter litem 21. §. 1. eod.* Est enim excusatio species quædam exceptionis: nemo autem prohibetur pluribus exceptionibus uti, *l. 8. de exc. l. nemo 43. de reg. jur.* Sed an qui plures excusationes habet, eas omnes simul proponere & contestari debeat, quæritur, & putat Gloss. hoc necesse non esse: sed verius est, omnes initio contestari oportere, ne alioqui tutor negotii trahendi causa novas postea excogitet: & est textus in *l. scire oportet 13. §. scire autem 8. hoc tit.* Omnibus autem propositis, vel unam probare sufficit ad victoriam,

Non appellant] Hoc enim D. Marcus effecit. Nam cum antea non minus à delatione tutelæ, quam alterius muneris appellaretur, Marcus Antoninus, tutetelam à cæteris muneribus ita secrevit, ut tutor datus non amplius rectà à datione provocaret: sed si quas se habere putaret justas excusationis causas, eas intra præstituta tempora proponeret, quas si judex rejecisset, tum demum licentiam appellandi haberet: qui vero ad alia munera vocarentur, illi non aliter quam olim, hoc est, quam appellatione interposita, allegare possint causas immunitatis suæ, *l. 1. §. 1. & 2. quand. appell.* Igitur si qui 1
sunt loci, in quibus tutores dati provocasse proponuntur, ut in *l. 4. hoc tit. l. tutores 39. §. tutor. 6. de adm. tut. l. 2. & pen. de tut. & cur. dat. l. 17. §. 1. de appell.* illi non sic accipiendi sunt, quasi ab ipsa creatione ἀμέσως appellassent, sed à rejectione excusationis intra præstitutum tempus allegatæ. Neque obstat quod Modestinus scribit in *l. 16. hoc tit.* tutores enim citra appellationem se excusare posse: aut quod idem Modestin. *l. 13. eod. & Imp. l. tutores 18. C. eod.* tutores datos non necesse habere appellationem interponere, quasi, si velint, adhuc provocare possint. Nam hujusmodi collectiones ut semper necessariæ non sunt, ita hæc minimè hoc loco admittenda. Tutores necesse non habent appellare; ergo, si velint, possunt. Necesse enim non habent, ut olim ante constitutionem D. Marci: nunc ne possunt quidem, & frustra ante propositam & repulsam excusationis causam appellant, *d. l. 1. §. 1. quand. app.* qui locus tam clarus est, distinguens hac in parte tutelam ab aliis muneribus publicis, ad quæ vocatus contra privilegium illico appellat, ut ex eo alii loci omnes sint declarandi. Atque hoc jure utimur, *D. Tulden. hic. c. 11. & ad tit. C. eod. Christin. vol. 3. decis. 171. n. 12. Perez in C. hoc tit. n. 16. Grot. 1. manud. c. 7.* Est vero hoc argumentum, nihil hic tutorum causa constitutum esse. Convenientius fortasse visum est atque æquius, ut qui tutorem dedissent, ipsi prius de causa excusationis summatim cognoscerent, eamque vel acciperent vel repudiarent, cum nihil eorum intersit, tutorne ille sit, an alius, quam ut statim quasi rejecta causa excusationis, quam nunquam audiverunt, superior provocaretur. In tutoribus testamentariis & legitimis etiam hoc absurdum videtur. At in delatione alius muneris, puta si ab ordine aut duumviris aliquis decurio aut scriba nominatus sit, quia eorum, qui nominaverunt, interest nominatum munus sibi delatum suscipere ipsi quodammodo pars sunt, & in sua causa judices constituerentur si excusationes apud eos allegandæ & probandæ forent, quod hic notat Jo. Fab.

Intra quinquaginta dies continuos] Proponendæ & con-

& contestandæ excusationi 50. dies continui constituti sunt, *l. 13. §. 1. & seqq. hoc tit.* peragendo negotio continui quatuor menses, *l. quinquaginta 38. eod.* Dicuntur dies continui, qui continuo, id est, *συνημμένως*, continenter, & sine interruptione nullisque exemptis currunt, ad discrimen utilium, è quibus subducuntur omnes dies, quibus experiundi juris sui potestas non est, *l. 2. de div. & temp. præs.* de quo fortassis alibi plura.

2 *Ex quo cognoverint*] Quinquaginta dies excusationibus profitendis constituti tutoribus & curatoribus non cedunt ex quo dati sunt, sed ex quo cognoverint se tutores aut curatores datos esse, *d. l. 13. §. quinquaginta l. 6. C. eod. l. 3. de verb. signif.* Atque ex eo tempore si cessent, suo periculo cessant, *l. 1. §. 1. de adm. tut.* ut tamen iis ignoscatur, qui valetudine aut vi tempestatis, aliave simili causa impediti constituto tempore non venerint, *d. l. 13. §. si enim.* Porro nec antea quam à die cognitionis cedere existimo quatuor illos menses disceptando & finiendo excusationis negotio constitutos; ne alioqui contingat, ut prius finiatur tempus excusationis, quam incipiat, quod perquam esset absurdum. Nec est contrarium quod Paulus in *d. l. 38.* menses illos ex die nominationis numerat: nam Paulo eo loco idem dies est nominationis & cognitionis: quippe qui solum excludere vult tempus, quo allegata sit excusatio: quasi dicat quatuor illos menses non currere à die propositæ excusationis, quod videri poterat, sed à die nominationis, cognitæ scilicet, non factæ. Ant. Fab. 1. *jurispr. hoc tit. pr. 1. illat. 7.*

Se excusare debent] Non solum venire tutor & adire judicem intra 50. dies debet, sed necesse est, ut intra id tempus se excuset, id est, causam excusationis speciatim alleget & contestetur, quam etsi fortè mox non persequatur, nihilo tamen magis ei obstabit præscriptio 50. dierum, cum ad negotium peragendum ei adhuc supersint 70. dies: nisi *ἀφοσιώσεως χάριν*, hoc est, defunctoriè, perfusoriè, aut ut Contius vertit, dicis causâ, adierit, ut desisteret statim, & adversarium traheret, *d. l. 13. §. ἀποχρὴ 6.* Contestanda autem est excusatio vel in jure ad tribunal prætoris, vel apud acta, vel *χαμόθεν*, id est, *de plano*, per libellum, *d. l. 13. §. χρὴ δὲ μίαν. 10.* Nam etsi tutor per libelli oblationem & subscriptionem non excusatur: *l. excusare 25. eod.* eo quod excusatio pro tribunali disceptanda & excutienda est, quia opus est decreto: per *l. 9. §. 1. de off. proc. l. omnia 71. de reg. jur.* tamen ad submovendam præscriptionem contestatio vel per libellum facta sufficit. Illud

3 non satis expeditum est, an & absens tutor excusari possit. Negat Accurs. quem sequuntur *Pet. Fab. ad l. nemo 70. de reg. jur. & Ant. Fab. d. illat. 7.* itemque *Bachov. in Treutl. vol. 2. disput. 9. th. 1. lit. B.* Mihi contraria sententia, quæ Cujacii est, verior videtur, per textum *l. tutor. 19. C. de adm. tut.* Neque video quid obstet, quominus causa excusationis per procuratorem agatur. Opposita sunt *per libellum & pro tribunali*: non *per libellum* & *in præsentia*, nam & præsens libellum offere potest.

Cujuscumque generis sint, vel qualitercumque dati] Sive igitur testamento dati sunt, sive à magistratu, sive à lege ad tutelam vocati: nam & legitimos tutores excusari verius est. *l. 3. §. quæri de leg. tut. l. si pupillum 20. hoc tit. l. 1. C. de leg. tut. l. si sororis C. qui dar. tut. arg. l. 2. §. 5. hoc tit.* quibus locis eorum sententia manifestè refellitur, qui putant, legitimos tutores se excusare non posse, nisi & removeri possunt, aut ad tempus duntaxat: quo in numero sunt *Hotom. & Giphan. hic Cujac. ad d. l. 13.* 4

Intra centesimum lapidem] Ad professionem excusationis 50. dies dantur, si is, qui tutor datus est, sit in eadem civitate vel intra centesimum lapidem; si ultra sit, ad veniendum dantur singuli dies in singula 20. millia, & præterea 30. dies; ita ut computatis itineris diebus, & illis triginta, tutor non pauciores habeat, quam quinquaginta, quod latius prosequitur Modestin. *d. l. 13. §. 1. & seqq.* Obiter addo, lapidem pro milliario sive mille passibus accipi: quæ appellatio inde manavit, quod singula milliaria positis singulis lapidibus, sive columnis lapideis spatiorum signa inscripta habentibus Tib. Gracchus, auctore Plutarcho distinxerat. Initium autem & finem omnes viæ Italiæ capiebant ab aurata illa columna, quæ Romæ in capite fori ad ædem Saturni posita erat, nimirum ab aureo illo urbis milliario monumentis veterum tantopere nobilitato. In hisce regionibus proponendæ & disceptandæ excusationis hæc ferè forma servatur, ut si quis tutelam sibi delatam suscipere detrectet, is intra tres septimanas, ex quo cognoverit se tutorem datum esse, competentes magistratus solito sessionum die adeat, ibique causas excusationis alleget probetque: quibus auditis & cognitis sine mora negotium peragitur: &, si justæ ac solidæ videantur, excusato recusante alius in locum ejus sufficitur: sin minus, rejecta excusatione tutori nominato onus tutelæ sententia magistratus imponitur: à qua sententia, si iniqua tutori videbitur, provocare ei licet: sed interim alius ei & periculo ejus, si tandem succumbat, substituitur, vid. *art. 19. & 20. statut. Rhijnland. Grot. 1. manud. 7.* De forma compellendi tutores ad tutelam capessendam dictum est sub *§. 1. sup. de Attil. tut.* 5

TEXTUS.

De excusatione pro parte Patrimonii.

17. *Datus autem tutor ad universum patrimonium datus esse creditur.*

COMMENTARIUS.

ARbitror cum D. Hotomanno & Wesemb. §. hunc mutilum esse, & decerptum ex Marciano, *l. propter litem 22. §. 2. hoc tit.* Hoc autem indicare velle Justinianum, tutorem, qui pro parte bonorum se excusat, audiendum non esse: quippe qui non parti bonorum, sed universo patrimonio datus intelligatur: cujus regulæ exceptio traditur *d. l. 21.* nisi se excuset, ne ultra centesimum lapidem in aliena provincia tutelam gerat

TEXTUS.

De excusationibus propriis Curatorum. De Tutelæ gestione.

18. *Qui tutelam alicujus gessit, invitus curator ejusdem fieri non compellitur: in tantum, ut licet paterfamilias, qui testamanto tutorem dedit, adjecerit, se eundem curatorem dare, tamen invitum eum curam suscipere non cogendum, divi Severus & Antoninus rescripserunt.*

COMMENTARIUS.

QUæ præcedunt causæ excusationum, tutelæ cum curatione communes sunt, sequntur duæ propriæ curationis, quarum una proponitur hoc §. altera §. seq.

Curator ejusdem fieri non compellitur] Romanis ad excusationem curationis adulti satis visum est ejusdem pupilli tutelam gessisse. *l. curator 20. C. eod.* quasi nimis durum sit gemino unius personæ onere premi: quod tamen jus apud nos & in aliis plerisque locis desvetudine abrogatum esse monuimus *supra tit. quib. mod. tut. fin. & de curat.*

Adjecerit, se eundem curatorem dare] Licet alias curator testamento datus à prætore confirmari solet, *sup. de curat. §. 1.* Excipiunt veteres ob beneficium libertatis acceptæ libertum, quem patronus liberis suis tutorem & curatorem dedit *l. 5. C. eod.* nisi de sua pecunia emptus, & manumissus sit, aut ex fideicommisso libertatem acceperit, nam in hujusmodi libertos nihil juris patronus consequitur, excepto quod sine venia in jus ab iis vocari non debeat, *l. 14. §. 3. l. nequaquam 24. hoc tit.*

TEXTUS.

De Marito.

19. *Iidem rescripserunt, uxoris suæ curatorem datum excusare se posse, licet se immisceat.*

COMMENTARIUS.

1. *Quarum rerum uxoris maritus curator esse prohibeatur.*
2. *Iurisconsultos verbo excusandi sæpè abuti.*
3. *Quæ hodiernis moribus mariti in bona uxoris potestas.*

ALtera causa excusationis, propria curationis in marito, uxori suæ, puta minori 25. annis, aut mente captæ, curatore dato. Ait, *curatorem datum.* At quorum bonorum; nam dotis etiam dominus jure civili maritus est, *inf. quib. alien. lic. l. doteC. de rei vind.* Si de jure veteri quæritur, 1
non est dubitandum, quin omnium, quæ extra dotem mulier habet, quæ Græcis παράφερνα dicuntur, licet expressè usum earum rerum sibi non receperit ac reservarit. Hoc enim & causæ prohibendi convenit, quam mox afferemus, & sententiæ veterum constitutionum indistinctè loquentium, *l. 2. C. qui dar. tut. l. 4. l. licet 17. C. hoc tit. l. 3. C. de interd. matr.* Potuit sanè mulier, quæ perfectæ ætatis esset, marito rerum omnium, quas extra dotem haberet, administrationem committere, *arg. l. 8. C. de pact. conv. l. maritus C. de procur. l. pen. ad leg. Falc.* Sed quæritur de uxore minore 25. annis, aut mente capta, quæ parapherna habeat. Huic inquam maritus eorum bonorum curator dari indistinctè jure veteri prohibetur, non receptitiorem duntaxat, ut malè Mynf. Hotom. Wesemb. nam ex novis demum constitutionibus est, quod marito paraphernorum, quæ uxor specialiter non excepit, administratio permittitur, *l. 8. l. ult. C. de pact. conv.* quod hic adnotare neglexit Tribonianus.

Excusare se posse] Sæpè nostri verbo excusandi abutuntur, eosque etiam excusari ajunt, qui tutores aut curatores esse non possunt: ut cum dicunt, inimicitias capitales præstare excusationem, διδόναι ἄφεσιν ἐπιτροπῆς, *§. imicitiæ sup. 6. §. δίδωσιν. 17. eod.* patrui cum pupillo de hæreditate contendentis excusationem recipiendam *l. si pupillum 20. eod.* luminibus captum, mutum, surdum, furiosum excusationem habere, *l. unic. C. qui morb.* quos omnes tamen certum est tutelam gerere non posse, *l. 3. §. si tutor 12. de susp. tut. l. licet 17. C. hoc tit.* cujus eadem effectu species est cum ea, quæ hic proponitur: nihil enim refert, uxori maritus, an socer nurui curator detur. Hoc autem loco Justinianum verba accusandi abusum esse constat ex *l. 2. C. qui dar. tut.* item ex

l.14. de cur. fur. quæ apertè negant maritum uxori curatorem creari posse. Quæ ideo moneo, ne quis putet in arbitrio mariti positum esse, aut se excusare, aut omissa excusatione curam uxoris suscipere: & in universum ne quis credat, certum esse argumentum tutoris jure dati, quod excusationem habere dicatur. In tantum autem maritus prohibetur uxori suæ curator constitui, ut si constitutus prudens se immisceat, infamiæ labem contrahat, sicut & illi infames fiunt, qui contra Senatusconsultum pupillum vel adultam sibi matrimonio jungunt: eadem enim utriusque prohibitionis ratio est, ne scilicet fraus administrationis tegatur, dum uxor vel propter blanditias mariti nolet, vel propter metum ejus non audebit ab eo exigere rationes, *l.4. l.licet 17. C. hoc tit. junct. l.5. l.7. C. de interd. matr. l. libertum 64. §.1. de rit. nupt.* Dubito autem cum Bachovio, an hæc posterioribus constitutionibus consentanea sint.

Licet se immisceat] Qui excusare se potest, is si neglecta excusatione se miscuerit administrationi, postea se excusare volens non auditur, quasi juri suo tacitè renuntiaverit, *l. non tantum 17. §.5. sanè hoc tit. l.2. C. si tut. falf. alleg.* Sed hoc locum habet in iis, qui tutores aut curatores rectè dati sunt, quorum etiam propria est excusatio: nam qui tutores aut curatores esse non possunt; etiam si se immiscuerint, excusantur aut removentur, *l. si pupillum 20. hoc tit. §. item major. sup. eod.* Atque hæc quidem jure Romanorum ita se habent. Cæterum moribus nostris uxor est in curatione & potestate mariti: potestque maritus bona uxoris, etiam ea, quæ extra communionem retinuit, non solum administrare, sed alienare quoque aut obligare etiam sine uxoris consensu, nisi pactis antenuptialibus expressè aliter cautum fuerit, *D. Neostad. obs. rer. jud. 9. in not. Grot. 1. manud. 5.* eademque ferè & apud cæteros Europæ populos mariti in uxorem hodie potestas est, ut ex *Wesemb. Chassan. & Covar. refert Gudelin. lib. 1. de jur. Novell. c.8. & D. Tulden. ad tit. de curat. §.1. sup.* Apud Frisios administratio marito permissa, alienatio sine consensu mulieris non item. *Sande lib. 2. tit. 4. def. 2.*

TEXTUS.

De falsis allegationibus.

20. ***Si quis autem falsis allegationbus excusationem tutelæ meruerit, non est liberatus onere tutelæ.***

NOTÆ.

20. *Falsis allegationibus*] Ubi adde, ex eo tempore, quo datus est Tutelæ obligatum esse.

COMMENTARIUS.

Decretum, quo tutor, falsis allegationibus usus, absolutus est, ipso jure nullum est, neque eum periculo tutelæ eximit, *l.1. l.ult. C. si tut. falf. alleg.* quod favore pupillorum ita constitutum esse credendum est. Nam regulariter sententia ex falsis allegationibus lata ipso jure non est nulla: sed adversus eam, si provocatum non sit, petenda est restitutio, *arg. l. Divus 33. de re jud. & tot. tit. C. si ex falf. instrum.*

TITULUS XXVI.

De suspectis tutoribus vel curatoribns.

D. Lib. 26. Tit. 10. C. Lib. 5. Tit. 43.

Continuatio & summa tituli.

Ex tribus quæ ad tutores & curatores communiter attinentia Justinianus tractanda suscepit, duo exposita sunt, satisdatio, & excusatio. Superest tertium & ultimum, suspecti tutoris vel curatoris accusatio & remotio; quod hoc postremo hujus libri titulo nunc explicat. Ostendit autem strictim, unde ea accusatio descendat, qui apud quos & à quibus accusari possint: inde, qui sint suspecti, & quibus ex factis tales arguantur, & removeri debeant, docet; ac promiscuè, quæ hujus accusationis remotionisque sit vis atque potestas.

TEXTUS.

Unde suspecti crimen descendat.

Sciendum est, suspecti crimen ex lege duodecim tabularum descendere.

COMMENTARIUS.

Suspecti crimen ex lege duodecim tabb.] Ex Ulpian. *l.1. §.2. hoc tit.* Eoq; pertinere creditur, quod Cicero scribit *3. de offic. dolum malum etiam legibus fuisse vindicatum, ut tutelam duodecim tabb.* Crimen autem hoc loco & apud Ulpian. pro criminatione sive accusatione poni certum est; neque insolens

est ista hujus verbi significatio, sic enim accipitur in *l.7. de accus. l.5. de calum. l. propter 21. de senat. Silan.* & apud Cicer. *pro Rosc. Amerin. Tria sunt*, inquit, *quantum existimare possum, quæ obstant hoc tempore Sexto Roscio, crimen adversariorum & audacia, & potentia.* Quamobrem licet Teoph. recte verterit κατηγορίαν causa tamen non erat, cur interpretem ejus Curtium, novumq; utriusq; παραφράσεως editorem Gothofredum carperet Bachov. quod in Latina versione *crimen* retinuerint.

TEXTUS.

Qui de hoc crimine cognoscunt.

1. *Datum autem est jus removendi tutores suspectos, Romæ prætori, & in provinciis præsidibus earum, & legato proconsulis.*

NOTÆ.

1. *Legato proconsulis*] Ius removendi suspectos tutores magistratibus competit vi suæ Jurisdictionis, & ideo mandata sive in specie sive in genere, transit in eum cui mandata est, *l.1. §.2. & 4.* hoc tit, ergo etsi præses mandaverit, quod malè negat Cujac. *l.1. §.11. D. ad sen. Turp.* nam ibi non excluditur, qui mandatam jurisdictionem habet, sed magistratús municipiorum.

COMMENTARIUS.

1. *Etiam apud eum, cui mandata est jurisdictio suspectum postulari posse.*

D*Atum est*] Hoc non ita accipiendum est, quasi jus de suspectis tutoribus cognoscendi eosq; removendi speciali aliqua lege aut senatusconsulto Prætoribus aut præsidibus datum sit: quemadmodum cum dicimus jus dandi tutores alicui datum esse, hoc sic accipimus, datum esse nominatim vel à principe, vel lege, vel senatu, *l.1. l.3. de tut. & cur. dat. l.6. §.2. de tut.* sed jus hoc removendi tutores prætoribus & præsidibus more concedi propter vim imperii, hoc est, iis competere vi & potestate magistratus sui sive jurisdictionis, ut de judicis dandi licentia, quam iidem magistratus habent, scriptum est in *l. cum prætor. 12. §.1. de judic.* Etenim longè alia ratio est tutoris dandi, alia removendi. Datio tutoris jurisdictionis non est, qua de causa nec mandari potest *d.l.6.§.2. l. nec mandante de tut. & cur. dat.* Cognitio de suspectis & remotio jurisdictionis est, eaq; sive in specie sive in genere mandata in eum cui mandata est, transit *l.4. in pr. de off. ejus cui mand. l.1.§.4. hoc tit.* Rursus jus dandi tutoris etiam magistratibus municipalibus certa lege concessum est, *l.3. de tut. & cur. dat. §.4. & 5. sup. de Attil. tut.* At de suspecto cognoscere soli possunt magistratus majores, *l.1. §. suspecti 11. ad senat. Turpil.*

Legato proconsulis] Legato quoque proconsulis de suspecto cognoscendi jus est, non ut specialiter ei concessum, sicut tutoris datio oratione D. Marci *l.1. §.1. de tut. dat.* sed tanquam consequens jurisdictionis à proconsule mandatæ, *l.1. §.4. hoc tit. l.4. de off. ejus cui manud. est jurisd.* in qua lege quod Macer adjicit, *propter utilitatem pupillorum*, non sic accipiendum est, quasi utilitas pupillorum contra juris rationem hanc sententim extorserit: sed quod hic cum ratione illa generali, ex qua mandata jurisdictione totum officium juris dicundi transit, etiam concurrat ex accidenti pupillorum utilitas; quorum scilicet interest ut plures de suspecto cognoscere possint, ne diutius perfidus tutor in patrimonio pupilli grassetur. Pari ratione & si prætor mandaverit jurisdictionem, poterit apud eum, cui mandata est, suspectus postulari, *d. l.1 §.4. vers. ergo* Idemque omnino dicendum, si præses mandaverit. Nec est contrarium, quod apud Marcianum *l.§. suspecti 11. ad sen. Turp.* legimus, suspecti tutoris accusationem pro tribunali tantum examinari posse, & nullum alium de hujusmodi quæstione, quam præsidem, posse pronuntiare. Nam cognoscente & pronuntiante eo, cui mandata est jurisdictio, ipse qui mandavit, cognoscere, & pronuntiare intelligitur, & ille hujus vice, non sua, fungi, *l.1. §.1. l.3. de off. ejus cui mand. l. solet. 16. de jurisd. l.1. §.1. quis à quo app.* Solum excludere voluit Marcianus magistratus inferiores in municipiis & civitatibus, qui pro tribunali, ubi hæc quæstio disceptanda, non cognoscunt licet jurisdictionem aliquam habeant. Sic in *l. ubicumque 105. de reg. jur.* quæ etiam ad propositam speciem pertinet, cum prætor desiderari dicitur, ubicumque causæ cognitio necessaria est, non excluditur is cui à prætore jurisdictio mandata est, sed duumviri sive magistratus municipales, quibus ea quæ majoris cujusdam potestatis sunt, facere non licet, *l. ea quæ 26. ad munic. junct. l.1. & 4. de damn. inf.* Hodie etiam nostri magistratus municipales, quos Scabinos appellamus, de suspectis tutoribus cognoscendi, eosque removendi jus habent.

TEXTUS.

Qui suspecti fieri possunt.

2. *Ostendimus, qui possunt de suspecto cognoscere: nunc videamus, qui suspecti fieri possint. Et possunt quidem omnes tutores fieri suspecti, sive sint testamentarii, sive non sint, sed alterius generis tutores. Quare etsi legitimus fuerit tutor, accusari poterit. Quid si patronus?*

tronus? Adhuc idem erit dicendum: dummodò meminerimus i famæ patroni parcendum esse, licet ut suspectus remotus fuerit.

COMMENTARIUS.

Possunt quidem omnes tutores] Item omnes curatores, sive adolescentis, sive furiosi aut prodigi curam gerant, *l. 3. §. 2. eod.* sed & curator ventri datus suspectus postulari potest *d. l. 3. §. 3.* Locus hic descriptus est ex *l. 1. §. ostendimus eod.*

Quare etsi legitimus] Indicare videtur, facilius tutores testamentarios & dativos ut suspectos accusari & removeri posse, quam legitimos, eosve, qui vinculo necessitudinis aut affinitatis pupillo conjuncti sunt: quibus potius curator adjungendus est, quam ut notata fide atque existimatione removeantur, *l. si tutor. 9. eod. D.*

Famæ patroni parcendum] Quod de patrono hic dicitur, idem vel magis ad parentem pertinet: & fortassis ne postulari quidem suspectus parens potuit, sed simpliciter curator adjungendus fuit. Illud constat, liberto & filio semper honestam & sanctam personam patris & patroni videri debere, *l. liberto. de obs. par. & patron.* Atque hinc esse, quod nullæ actiones famosæ, ac ne illæ quidem, quæ fraudis vel doli ullam mentionem habent, adversus parentes patronosve institui possint: sed ex quibus causis actio in alios famosa datur, ex iisdem adversus illos in factum detur, omissa doli mentione, *l. non debet. de dol. l. 2. l. 5. §. 1. d. tit. l. 1. §. interdictum 43. de vi & vi arm.* quod in proposito proclive est, eo quod hæc actio natura sua famosa non sit, *vid. l. 3. §. ult. cum l. seq. & l. 9. hoc tit.*

TEXTUS.

Qui possunt suspectos postulare.

3. *Consequens est, ut videamus, qui possint suspectos postulare. Et sciendum est, quasi publicam esse hanc accusationem, hoc est, omnibus patere. Quinimo mulieres admittuntur ex rescripto Divorum Severi & Antonini: sed hæ solæ, quæ pietatis necessitudine ductæ, ad hoc procedunt: ut puta mater: nutrix quoque & avia: potest & soror. Sed & si qua alia mulier fuerit, quam prætor propensa pietate intellexerit, sexus verecundiam non egredientem, sed pietate productam, non sustinere injuriam pupillorum, admittet eam ad accusationem.*

NOTÆ.

3. *Quin imo mulieres*] In tantum pupillorum gratia à consvetudine judiciorum recessum est.

Pietatis necessitudine] Apud Ulp. *l. 1. §. 7.* unde hæc sumpta, legitur *pietate necessitudinis.*

COMMENTARIUS.

Descripta hæc sunt ex Ulpiano, *l. 1. §. consequens hoc tit.* Ait, *quasi publicam.* quæ nota est improprietatis. Revera enim hæc accusatio publica non est. Nam sive finem ejus spectes, non persequitur injuriam reipub. illatam, pupillo: sive formam & exercitionem, non extra ordinem à præfecto urbis aut præsidibus de hoc crimine quæritur, ut de criminibus publicis *l. ordo de publ. jud. l. 1. §. ult. de pœn.* sed ut de re pecuniaria in privatis judiciis à prætore vel præsidibus, iisve, quibus ab his mandata est jurisdictio, *arg. l. ult. priv. del.* Ad hæc qui publico judicio aliquem reum facit, is subscribere in crimen, quod intendit, debet, *l. 3. §. 1. de accus.* & desistens ab accusatione incidit in senatusconsultum Turpilianum: quorum neutrum est in postulatione suspecti, *d. l. ult. de priv. del. l. 1. §. suspecti 11. ad Turpl.* Cur igitur hæc accusatio dicitur publica? nimirum quia publicæ similis est in eo, quod omnibus patet: quod publicarum proprium est, *§. 1. inst. de publ. jud.* Cui addi & alterum potest, quia & nullo accusante ipse magistratus ex officio manifeste suspectum repellere potest, *d. l. 3. §. præterea, hoc tit. junct. l. 13. de off. præs. l. 1. in pr. C. de cust. reor. Christin. vol. 3. decis. 157. n. 1.*

Mulieres admittuntur] Contra morem judiciorum. Et notandum est, quod ad hanc accusationem admittantur non eæ tantum mulieres, quæ pupillo necessitudinis aliquo vinculo junguntur; verum etiam quævis aliæ, quas modo commendet pietas & verecundia: ut intelligamus, majorem esse suspecti tutoris accusandi licentiam, quam criminis publici judicii intentandi: quippe cum mulieri permissum non sit publico judicio quenquam reum facere, præterquam si suam aut suorum injuriam persequatur, *l. 1. & l. 2. de accus. l. de crimine C. qui accusar. non poss.* In tantum pupillorum gratia à consvetudine judiciorum deflexum est. Athenis quoque publica erat hæc actio, *Jul. Poll. 8. c. 6.* quod ex Platonis lege descendit, *lib. 11. de legib.* Usus autem non servat, *vid Groenew. de ll. abrog. ad tit. ff. de pop. act.*

TEXTUS.

An Pubes vel impubes.

4. *Impuberes non possunt tutores suos suspectos postulare: puberes autem curatores suos ex consilio necessariorum suspectos possunt arguere: & ita Divus Severus & Antoninus rescripserunt.*

COMMENTARIUS.

HÆc eadem traduntur in *l. 7. hoc tit. l.6. C.eod.* Ait, *impuberes non possunt, &c.* In postulandis suspectis tutoribus principaliter perpendendum est, an quid segniter aut fraudulenter gerant, *l.5. C. eod.* in quo cum animi judicio opus sit, mirum non est, impuberes ad hanc accusationem non admitti, ut culpent mores tutoris sui, à quo ipsi regi debent. Sufficit, hanc accusationem omnibus patere, ipsumque adeo prætorem per se tutorem repellere posse, *l.3. §.1. in fin. & §. præterea 3. eod.*

Puberes autem curatores suos] In rebus, quæ privati judicii quæstionem habent, sicut pupillus auctore tutore, ita & adultus curatore cosentiente litem & intendere & excipere debet, *l.2. C. qui leg. pers.* Publica accusatio pupillis omnino non patet, *l.8. de accus.* nisi quod eis speciatim concessum est, ut de consilio tutorum mortem patris exequantur, *l.2. §. 1. de tit.* Puberes vero etsi & ipsi regulariter publico judicio accusare non possunt, *l.4.C. de auct.præst.* possunt tamen curatore auctore, si suam suorumve injuriam persequantur, *l. si maritus 15. §. lex Julia 6. ad leg. Jul. d adult. l.7. C. eod. l.11. de accus. Gloss. in d. l.4. C. de auct. præst.* Quapropter si in hoc quoque accusationem suspecti similem esse volumus accusationi publicæ, videri poterit, nihil esse in proposito speciale, quia suam injuriam minor persequitur, qui curatorem suum suspectum facit.

Ex consilio necessariorum] Quorum in ea re præscriptum minor sequetur: quod si illi nolint in accusationem consentire, judicis à minore aditi officium erit, videre ne quid detrimenti minor capiat, arg. *l. si cum dotem 22. §. nec non 6. & ibi Bart. solut. matr. Cantiuncula & Mynf. hic.*

TEXTUS.

Qui dicatur suspectus.

5. Suspectus autem est, qui non ex fide tutelam gerit, licet solvendo sit, ut Julianus quoque scripsit: Sed & anteaquam incipiat tutelam gerere tutor, posse eum quasi suspectum removeri, idem Julianus scripsit: & secundum eum constitutum est.

COMMENTARIUS.

HOc §. in genere docet Imp. quis sit suspectus, & unde talis esse deprehendatur. Ait, suspectum esse, non ex fide tutelam gerit. quod sic accipiemus, non tantum si fraudulenter & callide in rebus pupilli versetur, sive quæstus aut commodi causa res administret: sed etiam si negligenter aut segniter, neque ea integritate ac sollicitudine, qua oportet, *l.3. §.ult. hoc tit. l.5. C. eod.* Nec tutori quicquam prodest quod solvendo sit, quod satisdederit, vel nunc offerat: non enim ex patrimonio principaliter, sed ex moribus suspectus æstimandus est, *l.5. l.6. eod. d.l.5. C. eod. §.ult. inf. eod.* & pupillo semper utilius est, sic ei prospici, ut ab initio nullum damnum sentiat, quam ut postea laboret de consequenda indemnitate, *arg. l.ult. C. in quib.cas. in int. rest. non est nec.* quod Papinianus noster sic expressit, *Expedit pupillo rem suam salvam habere, quam tabulas rem salvam fore cautionis d.l.5. eod.*

Anteaquam tutelam genere incipiat] Puta si vel satisdare nolit, *l.1. l.3. C. de tut. qui sat. non ded.* vel contumax sit, *l.3. C. hoc tit.* vel si ob ignaviam aut negligentiam non gesserit, aut dolo fecerit, quominus gereret, *l.4. §.ult. eod.* & generaliter si qua justa causa sit, ob quam videatur rejiciendus, *arg. l.3. §. si tutor. 12. eod.*

TEXTUS.

De Effectu remotionis.

6. Suspectus autem remotus, siquidem ob dolum, famosus est: si ob culpam, non æque.

NOTÆ.

6. Ob dolum famosus] *l.1. D. de his qui not. infam.* Debet autem decreto causa significari: alias integra existimatione tutela abibit, *l.4. §.1. & 2. D. h.t.*

Ob culpam non æque] Hoc est, segnitiem, inertiam, negligentiam, ineptiam, rusticitatem, *l.3. §.ult. eod.* Th. ἀδιαφορίαν. Quid si tutoris lata negligentia arguatur? non videtur salva existimatione abire; quia ista prope fraudem accedit, *l.7. §.1. eod.* in doli crimen cadit, *l.1. §.5. D. de obl. & act. l.32. D. depos.*

COMMENTARIUS.

1. *Culpæ nomen & generale esse & speciale.*
2. *Genera culpæ obiter distincta atque exposita.*
3. *Ob latam culpam remotus an famosus fiat, & quid moribus nostris.*

ACcusationis finis est remotio. Cæterum pro qualitate causæ & admissi, alii simpliciter removentur, alii cum nota infamiæ, alii etiam aliter & nonnunquam gravius puniuntur. Qui salva aut notata existimatione removeantur, ostenditur hoc §. propriæ pœnæ adversus quos constitutæ sint, *§. si quis tutor 9. & 2. seqq. inf. eod.*

Si quidem ob dolum] Ait remotum ob dolum famosum esse, ob culpam non æquè. Dolus est quævis calliditas & machinatio ad alium circumveniendum adhibita, *l.1. §.2. de dol.* Culpa est omne factum, quo nocetur, alteri injuria, sed ἀπροαιρέτως, id est, sine animo & proposito fraudandi. Etsi enim culpa gene-

generali significatione etiam dolum continet: Cic.
1 1. *de offic. Cavendum, ne major pœna sit, quam culpa*, & in L. Aquilia constat culpæ nomine etiam dolum venire *l.5. §.1. junct. l.30. §.pen. ad Leg. Aquil.* in specie tamen accepta à dolo distinguitur, ut factum inconsultum à consulto & malitioso. Genera culpæ tria in jure nostro memorantur, lata, levis,
2 levissima. Lata culpa est, non providere, curare, cavere, quod omnes, qui modo sensu communi præditi sunt, provident; & intelligunt se curare debere, *l. cedere diem 213. §.ult. l. latæ 223. de verb. sign. l. quod Nerva 23. depos. l.pen. §.2. de jur. & fact. ign.* Atque hæc plerumque περιφερεστικῶς dicitur culpa dolo proxima, *l.8. §.3. de precar. l.8. pr. de edend. l.1. §.2. si is qui test. lib.* Levis est omissio diligentiæ, quam vulgo homines frugi in suis rebus adhibere solent, *l. hæredes 25. §. non tantum 16. fam. ercisc. l.1. de tut. & rat. distr. l.1. §.4. de obl. & act.* Levissima est omissio ejus diligentiæ, quam in suis rebus præstare solet diligentissimus paterfam. & ferè per oppositum indicatur, cum diligentia præstari dicitur simpliciter, *l.5. §.2. commod. l.23. de reg. jur.* quod
3 loco magis opportuno latius explicabitur. Culpæ autem nomine non intelligit hic Imperator culpam latam, sed leviorem: siquidem lata culpa, præterquam in crimine corporalem pœnam ingerente, *l.7. ad leg. Corn. de sicar.* semper dolum interpretatione juris repræsentat, *l. magna 226. de verb. signif. d. l. quod Nerva depos. l.1. §.1. si mens. fals. mod. l.8. §.3. de prec. l.1. §. is quoque 5. de obl. & act.* etiam in famosis, *l.11. §.ult. de his qui not. infam. l. probrum 42. in fin. de verb. sign.* adeoque etiam in actione pœnali, *l.1. §.2. si is qui test. lib.* Unde etsi dolus tantum præstari dicitur, tamen ea appellatione etiam culpa lata intelligitur, *leg. contractus 23. de reg. jur. l.5. §.2. commod. §.pen. inf. quib. mod. re cont. obl.* Nec movere debet, quod verbum culpæ hic simpliciter & sine distinctione dolo opponitur: quotiescumque enim hoc fit, aut quoties culpę verbum absolutè ponitur, toties in usu juris significatur levis duntaxat, *d. l.5. §.2. commod. l.23. de reg. jur. l.11. de neg. gest. l.5. §.3. de in lit. jur. l.1. §. sæpe 35 de pos. cum similib.* Frustra igitur objicitur, quod in dubiis benigniora præferenda, *l. semper 56. de reg. jur.* quod pœnæ legum interpretatione moliendæ, *l. pen. de pœn. odia restringenda., C. odio. Pand. de reg. jur. in 6.* Nam cum de sententia actorum juris quæritur, usus præcipuè spectandus est, *l.7. §.2. de sup. leg.* De usu autem verbi hic quæritur, non de eo producendo per interpretationem. Quod vero famæ & existimationis periculum exæquant cum periculo vitæ, ineptum esse apparet ex *l. capitalium 28. de pœn.* Sanè causa famosa aliquando confertur cum capitali, ut in *l.9. de man. vind. l.8. §.2. quod met. ca.* sed satis constat id fieri respectu certæ alicujus rei, in *d.l.9.* intuitu causæ manumissionis apud consilium allegandæ & probandæ; in *d.l.8. §.2.* ratione metus vel electionis: quod huc non pertinet: non enim quid metuat aut eligat, sed quid mereatur tutor quærimus. Concludimus igitur tutorem remotum infamem fieri, non solum, si ob fraudem remotus sit, quod in tutela grassatus fuerit, aut sordidè egerit vel perniciosè pupillo, aut aliquid interceperit ex rebus pupillaribus, *l.3. §. nunc videamus hoc tit.* verum etiam si ob latam negligentiam, puta quod in suis diligens, in rebus pupillaribus supinè & dissolutè negligens sit; quia talis negligentia propè fraudem accedit, *l.7. §.1. eod.* & interpretatione atque effectu juris dolus est, *d.l. quod Nerva depos. l. magna, 226. de verb. sign.* Eos autem qui ob leviorem culpam, segnitiem, rusticitatem, inertiam, simplicitatem: vel ineptiam removentur, in ea causa esse, ut integra existimatione tutela abeant *d. l. 3. §. ult. hoc. tit.* quod & jam olim docuit Claud. Cantiuncula contra plerosque interpretes, qui negant, latam culpam infamare: quo in numero etiam sunt Schneid. & Wesemb. Planè mitior hæc sententia moribus nostris accommodatior est, quia à veteris disciplinæ severitate multum descivimus: de quo quæritur D. Tulden. in comm. *hic c. ult.* Illud constat, causam remotionis decreto exprimendam esse, ut appareat de existimatione? nam si causam remotionis non significaverit decreto suo prætor, fama remoti non læditur, *l.4. §.1. & 2. eod.*

TEXTUS.
De effectu accusationis.

7. Si quis autem suspectus postulatur, quoad cognitio finiatur, interdicitur ei administratio, ut Papiniano visum est.

COMMENTARIUS.

PEndente causa cognitionis interdicitur tutori adminstratio, atque alius interea in locum ejus in administatione rerum ordinatur, *l. cum quem C. hoc tit.* ipsaque adeo postulatione suspecti etiam circa decretum id effici videtur, *l. quod si 14. §. in fin. de solut.* Et rectè: nam ut suspectum non convictum in totum removere iniquum est, ita eum, qui in suspicionem lite instituta vocatus est, perseverare in administratione non expedit. Ajo, *lite instituta*: neque enim protinus allegata causa suspicionis tutori interim auferenda administratio: sed ita demum, si concurrant aliqua indicia, super quibus tutor auditus sit & litem contestatus: quod & DD. plerique tradiderunt, & probat *Ant. Fab. Cod. suo defin.2. de susp. tut.*

TEXTUS.

Quibus modis cognitio finitur.

8. *Sed si suspecti cognitio suscepta fuerit, postea tutor vel curator decesserit, extinguitur suspecti cognitio.*

NOTÆ.

8. *Extinguitur susp. cogn.*] Sed & si alio modo tutela finita sit, cognitio suspecti solvitur, *l.pen. D.eod. l.*1. *C. eod.* & si quid damni pupillus senserit, id sarciri potest actione tutelæ, *l.*4. *D. de tut. & rat. dist.*

COMMENTARIUS.

IN hac postulatione nihil petitur, quod pupillo ex bonis tutoris adjudicetur, sed hoc tantum, ut tutor removeatur à tutela: quo remoto si quid damni ex mala ejus administratione pupillus senserit, id sarciri potest actione tutelæ, cui ut locus fiat, actio suspecti instituitur: quoniam durante tutela tutelæ agi non potest, *l.*4. *de tut. & rat. distr.* Quibus consequens est, finita quomodocumque tutela solvi cognitionem suspecti, quamvis pridem receptam, *l.pen. C. hoc tit. l.*1. *C. eod.* In quo item similis hæc accusatio videtur criminali, quæ ipsa, cœpto licet judicio regulariter morte rei extinguitur, *l.ult. ad leg. Iul. maj. l.*1. *l.*2. *C. si reus vel accus. mort.* Nam in causa civili, licet pœna quoque petatur, actio judicio semel inclusa salva semper permanet atque in solidum transit in hæredem, *l. omnes* 26. *de obl. & act. l.omnes* 139. *de reg. jur.* §.1.*infr.de perp. & temp.act.*

TEXTUS.

Si tutor copiam sui non faciat.

9. *Si quis tutor copiam sui non faciat, ut alimenta pupillo decernantur, cavetur epistola divorum Severi & Antonini, ut in possessionem bonorum ejus pupillus mittatur; & quæ mora deteriora futura sunt, dato curatore distrahi jubentur. Ergo ut suspectus removeri poterit, qui non præstat alimenta.*

NOTÆ.

9. *Copiam sui non faciat*] Latitans, dolo absens, non justa de causa, *Ex l.*3. *l.*7. §.2. *D. h.t.*

Ergo ut suspectus] Bene *ergo*. Nam si non potest removeri, non est cur pupillus mittatur in possessionem, aut bonis tutoris curator detur. Cujac.

COMMENTARIUS.

QUia alimenta pupillo non temerè decernenda sunt, sed causa cognita: quam rem prætor pro modo facultatum pupilli, quas tutor ex vero profiteri jubetur, moderari & expedire debet: *l.*3. *ubi pup. educ.* ideo adversus tutorem, qui ne alimenta pupillo decernantur, sui copiam nō facit, propria pœna constituta est, eadem nimirum, quæ adversus debitores latitantes, ut pupillus rei servandæ causa in possessionem bonorum tutoris mittatur, quomodo mitteretur creditor in possessionem bonorum debitoris, qui absens non defenditur, ex edicto *quib. ex caus. in poss. bon. eat.* Quin & plus hic tribuitur pupillo, quam aliis creditoribus: quippe quibus in possessionem missis nuda tantum rerum debitoris custodia & observatio interim conceditur, *l.*12. *quib. ex caus. in poss.* donec ob contumaciam perseverantis sui copiam non facere, prætor de consensu creditorum, curatore constituto, bona distrahi permittat, *tot. tit. de cur. bon. dand.* Pupillo autem in possessionem misso, simul quæ mora deteriora futura sunt ex bonis tutoris, dato curatore distrahi jubentur: atque, ut arbitror, ut ex pecunia ex earum rerum venditione redacta pupillo interim alimenta constituantur. Quod si hoc remedio & edictis evocatus tutor vinci & adigi non possit ut veniat suique copiam faciat, tum non tantum quasi contumacem, sed etiam ut suspectum removeri eum oportet: quod tamen & perraro & diligenti habita inquisitione faciendum esse monet Ulpian. *l.*7. *§.pen. & ult. hoc tit.* Atque hic quoque sensus est hujus loci, & *l.*3. *§. tutor.* 14. *eod.*

TEXTUS.

Si neget alimenta decerni posse, vel tutelam redemerit.

10. *Sed si quis præsens negat propter inopiam alimenta posse decerni, si hoc per mendacium dicat, remittendum eum esse ad præfectum urbi puniendum placuit: sicut ille remittitur, qui data pecunia ministerium tutelæ acquisierit, vel redemerit.*

De liberto fraudulenter administrante.

11. *Libertus quoque, si fraudulenter tutelam filiorum vel nepotum patroni gessisse probetur, ad præfectum urbi remittitur puniendus.*

NOTÆ.

10. *Alimenta posse decerni*] A prætore scil. cui jus alimentorum decernendorum pro modo facultatum pupilli competit, *l.*3. *D. ubi pup. educ.*

Ad præfectum urbi] *L.3. §.15. D. hoc tit.* puniendum scilicet extra ordinem & pœna corporali, εἰς τὸ σῶμα quod est meri imperii; qualem potestatem prætor non habet, sed præfectus urbi: unde & ad hunc remissio fit, ut & alias, *l.1. §.7. D. de off. præf. urb. l.2. D. de tutel.*

Data pecunia ministerium tutelæ] Cujac. restituit, *Data pecunia ministeriis, tutelam redemerit*, ex *d.l.3. §.15. ministeriis*, id est, *officialibus & ministris prætoris.*

11. *Libertus quoque*] Ex Ulpian. *l.2. D. hoc tit. l.10. C. de adm. tut.*

COMMENTARIUS.

DIximus non multo ante, tutores pro qualitate facti vel simpliciter removeri, vel cum infamia, nonnunquam etiam gravius simul coërceri: quod fit in his delictis; si quis præsens negaverit, pupillo quasi inopi alimenta decerni posse, & datis pupillo advocatis mendacii convincatur; si quis tutelam corruptis ministeriis prætoris redemerit; si libertus fraudulenter tutelam filiorum patroni gesserit: quæ tria his §§. proponuntur ex *l. 2. & l.3. §. sed si non 15. hoc tit.* Sunt autem plura, ut si quis pretio accepto operam dederit, ut non idoneus tutor pupillo daretur; si consulto circa patrimonium edendum quantitatem minuerit: si evidenti fraude pupilli bona alienasse probetur, *l.1. §. solent de off. præf. urb. l.9. de tutel.* Hos omnes traditum est severiore animadversione indigere, quam ut sufficiat eis suspectorum infamia; ideoque ad præfectum urbi solitos remitti extra ordinem puniendos, *dd. loc.* & pœna scilicet corporali: nam multæ dicendæ jus etiam Prætori, cæterisque qui jurisdictionem habent, competit, *l.2. §. ult. de judic. l. aliud est fraus 131. §.1. de verb. sign.* Graviorem autem omnem animadversionem, sive imperium, quod dicitur merum, præfectura urbis sibi vindicavit, *d.l.1. de off. præf. urb.* Apud nos quemadmodum criminum judicia exerceantur, & puniantur extra ordinem, qui delinquunt, dicemus *sub tit. ult. lib.4.*

TEXTUS.

Si suspectus satis offerat: & quis dicatur suspectus.

12. Novissimè autem sciendum est, eos, qui fraudulenter tutelam administrant, etiamsi satis offerant, removendos esse à tutela: quia satisdatio tutoris propositum malevolum non mutat, sed diutius grassandi in re familiari facultatem præstat. Suspectum etiam eum putamus, qui moribus talis est, ut suspectus sit. Enimverò tutor vel curator, quamvis pauper sit, fidelis tamen & diligens, removendus non est quasi suspectus.

NOTÆ.

12. *Etiamsi satis offerant*] Expedit enim pupillo rem suam salvam tenere, quam habere cautionem, *l.5. D. h.t.* fac. *l. ult C. in quib. caus. in int. rest.*

Etiam eum] *L. 8. D. eod.* Vet. *suspectum enim eum.* Th. ℘. Suspectum mores faciunt, non tenues facultates.

Quamvis pauper] Nunquam paupertatis occasione suspectus postulari; aut ut suspectus removeri debet vir alioqui fidelis & diligens, *l.5. C. eod.* Sed potest curator ei adjungi, si substantia pupilli periclitetur, *l.6. C. eod.* aut removeri ex eo capite, quod non satisdet, *l.2. C. de tut. qui sat. non ded.*

COMMENTARIUS.

E*Tiamsi satis offerat*] De eo dictum sub *§. suspectus 5. sup. eod.* Ut autem neque divitiæ neque satisdatio tutorem à suspicione liberant, ita nec ex adverso eum onerat paupertas. Nam etsi pauperi, qui se imparem oneri imposito docere possit, vacatio tribui solet, *§. sed & propter paupertatem tit. præced.* aut qui propter inopiam satisdare non potest, removendus est: *l.2. C. de tut. qui sat. non ded.* nunquam tamen paupertatis occasione suspectus postulari eove nomine removeri debet vir alioqui fidelis & diligens. Ex moribus enim, non ex facultatibus suspectum argui convenit, *l.8. hoc tit. l.5. C. eod. l. si creditores 31. §. 1. reb. auct. jud. poss.*

FINIS LIBRI PRIMI.

ARNOLDI VINNII, J. C.

IN LIBRUM SECUNDUM INSTITUTIONUM IMPERIALIUM COMMENTARIUS

Academicus & Forensis.

TITULUS I.

De rerum divisione, & acquirendo ipsarum dominio.

D. Lib. 1. Tit. 8. C. Lib. 41. Tit. 1.

Ratio ordinis, & summa tractationis de jure rerum.

Ognita hominum qualitate & differentia, expositoque eo jure, quod cuique conditione personæ suæ competit, quod ex tribus, circa quæ jus omne versatur, primum est, transit Imperator ad alterum atque huic proximum, res externas; ut quod lex methodi exigit, eo ordine singula explicet, quo ea proposita sunt *§. ult. sup. de jur. nat. gent.* Habet autem hic titulus duplicem inscriptionem, *De rerum divisione, & de acquirendo ipsarum dominio.* Nimirum quæ duobus distinctis titulis in Pand. tractata sunt, ea in unum huc retulit Justinianus. Et quia in rebus tantum cujusque est, quantum natura earum & conditio patitur, primo varie eas dividit, ut differentia earum cognita, jus quod in iis habemus, (qua consideratione rerum tractatio propria est Jurisconsulti) melius intelligatur. Deinde proponit & persequitur modos, quibus res, quæ singulis acquiri possunt, singulis acquirantur, initio facto à rebus dominii nostri aut similis in rem juris. Postremo tractat de obligationibus, idque demum *tit. 14. lib. 3.*

TEXTUS.

Continuatio & duplex rerum divisio.

Superiore libro de jure personarum exposuimus, modo videamus de rebus; quæ vel in nostro patrimonio, vel extra patrimonium nostrum habentur. Quædam enim naturali jure communia sunt omnium, quædam publica, quædam universitatis, quædam nullius, pleraque singulorum, quæ ex variis causis cuique acquiruntur, sicut ex subjectis apparebit.

NOTÆ.

In patrimonio] Id est, *in bonis.* In bonis autem nostris non tantum sunt res corporales, verum etiam incor-

incorporales & jura *l.49. de verb. sign. l.52. de acq. rer. dom.* Igitur & servitutes, *l.5. §.9. D. de op. Nov. nunc tit. si. vs. pet. & si serv. vind. & de itin. act. priv. l.3. & 4. quæ in fraud. cred.* Nec obst. *l.1. D. usufr. leg.* quia ibi Paul. non disputat de jure aliquo constituto; sed demum constituendo: quod ait in bonis non esse, quia dominus hujusmodi jus formale non habet: nec tamen extra bona; quia habet saltem causative, ut loquuntur.

Quædam nullius] Intelligit res divini juris, quibus per excellentiã hoc tribuitur, ut dicantur nullius esse

Pleraque singulorum] Nimirum res omnes, quæ in dominio nostro sunt, aut quasi dominio, aliaque in rem vel ad rem jura,

COMMENTARIUS.

1. *An detur tertium genus rerum, quæ neque in bonis nostris, neque extra bona sint.*

DE rebus] Quid rei appellatione, quæ alioqui generalis est, hic significetur, docet nos objectorum juris distinctio: nempe quicquid est extra personam & actiones, quod homini usui aut commodo esse possit, sive id divini juris sit, sive humani, sive publici, sive privati, sive corporale, sive incorporale, sive dominium, aut jus aliquod in rem à dominio diversum aut separatum, sive obligatio: nam & ea, ut res in bonis nostris, huc pertinet, quod pluribus ostendemus *sub tit. de oblig. lib. 3.*

Vel in nostro patrimonio vel extra] Patrimonii nomine propriè significari videtur ea pecunia quam liberi ex hæreditate paterna accipiunt: cæterum consvetudine loquendi obtinuit, ut eo verbo intelligantur omnia, quæ quisque paterfam. habet. Igitur in patrimonio esse, & in bonis esse, idem valent. Sunt, quibus hæc divisio manca videtur, quasi constitui debeat & tertium genus rerum; quæ neque in bonis nostris, neque extra bona sint, cujus generis res, auctore Paulo *l.1. de usufr. leg.* sint servitutes. Quo quidem ego nunquam quicquam audivi futilius. Non erit in bonis nostris ea res, quæ bona nostra & patrimonium auget, *l.5. §.9. de op. nov. nunc.* quæ pro debito pignori mihi obligata est, juxta *l.12. de pign.* quæ domino prædii dominantis magni sæpè constitit, & quam prædii servientis dominus magno velit redimere? cujus denique persequendæ & tuendæ causa actio aliaque remedia jure prodita sunt? *l. rem in bonis 52. de acq. rer. dom l. bonorum 49. de verb. sign. junct. §. 2. inf. de act. l.6. §. 1. & ult. si serv. vind. d. l.5. §.9. de op. nov. nunc. tit. de itin. act. priv. & aq. cot. & æst.* Cur igitur actione Pauliana revocantur servitutes per fraudem non utendo amissæ, *l.3 & 4. quæ in fraud. cred.* cum id edictum ad eos tantum pertineat, qui patrimonium suum in fraudem creditorum deminuunt? *l.6. eod.* Aut cur magis res cæteras incorporales in bonis esse dicimus, quam servitutes? Veterum sanè nemo est, cui hoc in mentem venerit, ut diceret, servitutem alicui constitutam & quæsitam non esse in bonis ejus, cui constituta & quæsita sit: neque etiam Paulo. qui in *d. l.1.* non disputat de jure aliquo alicui constituto, sed demum constituendo: cujus tamen disputatio posita est in mera subtilitate. Legavit aliquis usum aut usumfructum itineris per fundum suum. Negat Paulus id legatum subsistere: quia ratio juris nõ patitur, ut servitus servitutis constituatur: nec esse utile ait ex Senatusconsulto, quo cavetur, ut omnium, quæ in bonis sint, ususfructus legari possit: quia id jus, cujus usus legatus proponitur, in bonis testatoris non fuerit, hoc est, quia testator id jus formaliter & separatum non habuerit: nam utique, ut dominus, jus habebat eundi in suo, poteratque id jus à dominio separare; alterique sub alia qualitate concedere, alium denique eo jure, servitute non constituta, uti volentem prohibere: unde fortassis addidit, nec esse extra bona. Tantum quia dominus, ut dixi, hujusmodi jus formale non habet, hoc est, separatum à jure dominico titulo servitutis, cum nemini res sua serviat, *l.5. si usufr. pet.* usus autem itineris tanquam juris separati & formalis, legatus proponitur; negat, legatum esse usum rei, quæ erat in bonis testatoris: quippe quæ ne erat quidem eo, quo dixi, modo, sed causativè tantum. Esse autem hanc disputationem de apicibus juris, Paulus ipse fatetur, cum legatum aut hujusmodi usus constitutionem admittendam censet beneficio cautionis à legatario præstandæ de restituenda post mortem suam aut capitis deminutionem servitute.

Quædam enim naturali jure communia] Non est nova hæc divisio, sed prioris illius explicatio: quæ eo pertinet, ut intelligamus ea, quæ singulorum sunt, in patrimonio haberi; quæ communia, publica, universitatis, & maximè quæ divini juris sunt, extra patrimonium esse. Aptior ad docendum nonnullis videtur divisio Caii *l.1. hoc tit.* qui sic distinguit, ut dicat, rerum alias esse divini juris, alias humani. Divini juris quæ sunt, nullius in bonis esse, veluti res sacras, religiosas, sanctas. Res humani juris aut publicas esse, quæ & ipsæ nullius in bonis sint; aut privatas, quæ singulorum; una generali appellatione rerum publicarum complectens, quæ hic in communes, publicas, & universitatis distinguuntur. Huic autem divisioni mox aliam subjicit, quod quædam res corporales sint, quædam incorporales; quæ à Justiniano demum traditur atque exponitur *tit. seq.* Apud Martianum *l.2. hoc tit.* divisio proposita uno mempro mutilata traditur, ut lex *l.4. & 5. eod.*

Pleraque singulorum] Hæc sunt, quæ privata dicuntur:

cuntur, nimirum res omnes, quæ vel in dominio nostro sunt, aut quasi dominio, aliaque in rem jura à dominio separato, vel quæ adhuc nobis præstanda sunt ex obligatione. Unde non malè nonnulli totius hujus argumenti tractationem ad duo potissimum capita referunt, quorum unum est de dominio, alterum de obligatione; dominii appellatione dominii appellatione jus omne, quod in rem habemus, complectentes.

TEXTUS.

De Aëre, aqua profluente, mari, littore &c.

1. Et quidem naturali jure communia sunt omnium hæc, aër, aqua profluens, mare, & per hoc littora maris. Nemo igitur ad littus maris accedere prohibetur: dum tamen à villis, & monumentis, & ædificiis abstineat: quia non sunt juris gentium, sicut est mare.

NOTÆ.

1. *Naturali jure communia*] Vocabulo generali hæc etiam publica dicuntur, definiunturque à Nerat. *l.14. de acq. rer. dom.* quæ à natura ad omnium usum prodita in nullius adhuc dominium pervenerunt. Sumpta hæc *ex l.2. §. 1. & l.4. D. eod.*

Aer, aqua profluens, &c.] Aër & mare jure gentium divisa non sunt, sed relicta in suo jure & esse primævo. Jo. Fab. Imo nec dividi potuerunt. Grot. *de mar. lib. c.5.*

Littora maris] Sicut maris usus omnibus patet, *l.13. D. com. præd.* ita propter mare & littorum maris, *l.4. & 5. §.1. h.t.*

Dum tamen a villis] Quia sunt singulorum, qui ædificando occuparunt, *d. l.4. & l. 6. h. t. l.14. de acq. rer. dom. l.4. ne quid in loc. pub.*

COMMENTARIUS.

1. Rerum communium usum omnibus competere, barbarumque semper habitum, quemquam mortalium eo usu prohibere.

2. Multum hasce res differre ab iis, quæ nullius sunt, communi usui non attributa.

3. Quatenus quid harum rerum occupari possit: tum quantum hæc occupatio occupandi tribuat.

4. De dominio maris, quod nunc sibi pleriquæ ad aliquod spatium & per vicinos sinus vindicant remissivè.

5. Qui vectigal navigantibus jure imponant.

Quæ humani juris sunt non privata, aut singulorum propria, ea aut sunt omnium hominum communia; aut alicujus generis sive populi, quæ in specie publica; aut certæ alicujus civitatis vel corporis, quæ dicuntur universitatis. Communia sunt, quæ à natura ad omnium usum prodita in nullius adhuc ditionem aut dominium pervenerunt: ita generali vocabulo definiuntur à Neratio *l.14. hoc tit. de acq. rer. dom.* Hunc pertinet præcipuè aër & mare: quæ cum propter immensitatem, tum propter usum, quem in commune omnibus debent, jure gentium divisa non sunt, sed relicta in suo jure & esse primævo, ut ait Jo. Faber, adeoque nec dividi potuerunt. Atque hoc est, quod DD. nostri ajunt, aërem & mare, cum sint incomprehensibilia, nullius populi bonis potuisse applicari, *Io. Fab. §. litorum inf. eod. Grot. de mar. lib. c.5.* Item aqua profluens, hoc est, aqua jugis, quæ vel ab imbribus collecta, vel è venis terræ scaturiens perpetuum fluxum agit, flumenque aut rivum perennem facit. Postremo propter mare etiam litora maris, *l.2. §.1. l.4. hoc tit.* In hisce rebus duo sunt, quæ jure naturali omnibus competunt. Primum communis omnium est harum rerum usus, ad quem natura comparatæ 1
sunt: tum si quid earum rerum per naturam occupari potest, id eatenus occupantis sit, quatenus ea occupatione usus ille promiscuus non læditur. De usu aëris constat; quippe sine quo ne vivere quidem aut respirare quisquam potest. Aqua profluens ad lavandum & potandum unicuique jure naturali concessa. Maris usus jure gentium liber est, atque ad navigandum & piscandum ex æquo omnibus patet, *l.3. §.1. nequid in loc. pub.* unde si quis prohibeatur in mari piscari aut navigare, injuriarum actione prohibentem convenire potest, *l.2. §. si quis d. tit. l.13. §.ult. de injur.* Maris naturam littora sequuntur: ac proinde ad littus maris cuivis accedere licet, navem eo appellare ac reficere, ejecta in tempestate, naufragiove amissa ibi excipere, retia siccare, & casam, in quam tantisper se recipiat, ponere, *l.4. hoc tit. l. littora 51. de contr. ampt. l.1. C. de naufrag. lib. 11.* Dum tamen à villis, ædificiis & monumentis in littore extructis abstineat; quia non sunt juris gentium, *d. l.4. hoc tit.* Est vero harum rerum usus adeo liber & promiscuus, ut barbarum semper atque immane habitum sit, vel exteras gentes ab eo arcere. Quamobrem merito de Pœnorum injuria sici queritur. Orator Ilioneus apud Virgilium *lib.1. divini operis*;

Quod genus hoc hominum, quæve hæc tam barbara morem.
Permittit patria? Hospitio prohibemur arenæ.
Bella cient, primaque vetant consistere terra.

Idemque apud eundem *lib.7.* his vocibus affatur regem Latinum;

Littusque rogamus
Innocuum, & cunctis undamque auramque patentem.

Denique Latona apud Nasonem *6. metam.* sic alloquitur pueros Lyceos:

Quod

Quid prohibetis aquas? usus communis aquarum est.
Nec solem proprium natura, nec aëra fecit,
Nec tenues undas; ad publica munera veni.

Dicit, hæc non esse natura propria, sicut Ulpian. *l.* 13. *comm. præd.* natura omnibus patere; quia à natura ad communem usum genita sunt, nec in ullius adhuc dominium pervenerunt, *Cic.* 1. *de Offic. Nerat. l.* 14. *hoc tit.* Hæc igitur sunt illa, quæ veteres vocant communia omnium jure naturali, aut quod idem est, publica juris gentium, sicut & usum eorum modo communem, modo publicum vocant, *l. pen. hoc tit. l.* 3. §. 1. *l.* 4. *ne quid in loc. pub.* §. *littorum inf. hoc tit. cum*
2 *similib.* Quanquam vero etiam ea nullius esse, quod ad proprietatem attinet, rectè dicimus, multum tamen differunt ab his, quæ nullius sunt, communi usui non attributa, ut feræ, pisces, aves; nam ista si quis occupet, in jus proprium transire possunt; illa vero totius humanitatis consensu proprietati in perpetuum excepta sunt propter usum, qui cum sit omnium, non magis omnibus ab uno eripi post, quam à te mihi quod meum est. Et hoc est, quod Cicero dicit, inter prima esse justitiæ munera, rebus pro communibus uti. Scholastici dicerent, alia positivè esse communia, alia negativè, *Thom.* 1. 2. *q.* 94. *art.* 5. *Cajetan. tract.* 17. *quæst. c.* 12. *Covar. in cap. peccatum de reg. jur. in* 6. *part.* 2. §. 8. Intellexit hoc convivator apud Athenæum, cum mare commune esse dicit, pisces autem capientium fieri. Et in Plautina Rudente servo dicenti, *Mare quidem commune certo est omnibus*, assentit piscator: addenti vero, *In mari conventum est, commune est*, rectè occurrit; *Meum quod rete atque hami nacti sunt, meum potissimum est.* Cæterum illa hic addenda interpretatio est, ut si quid harum rerum natura occupari possit, id eatenus occupantis fiat, quatenus ea occupatione usus publicus sive communis non impeditur. Quod merito receptum est: nam cum ita se res habet, cessat exceptio, per quam fit, ut in jus proprium non transeant. Aër occupari non potest, nisi simul terra occupetur: sed neque mare; nisi fortè exigua sui portione, quæ infundum privatum admittitur; quomodo accipienda *l.* 14. *de injur.* aut ædificaddo jactis in id pilis aut molibus; quod cum fit, locus & ædificium ejus fiunt, qui ædificavit, *l.* 2. §. *adversus* 8. *l.* 3. §. 1. *ne quid in loc. pub. l. ergo* 30. §. *ult. ult. hoc tit.* In littore vacuum quisque locum occupare per naturam potest, eumque occupando etiam suum facit, ut & id, quod in eo extruxerit, *l.* 6. *pr. hoc tit. de rer. div. l.* 14. *l. quamvis* 50. *eod. de acq. rer. dom. l.* 1. §. *quod si. de op. nov. nunc.* Etenim qui locus ita in mari aut littore occupatur, non simpliciter & absolutè occupantis fit: sed duntaxat interea dum occupat, dum ædificium manet: nam ædificio sublato locus in pristinam causam quasi jure postliminii revertitur, *d. l.* 6. *& d. l.* 14. §. 1. *l. præscriptio* 45. *de usuc.* Sed neque simpliciter hæc occupatio & ædificatio concessa: verum, quod exigebat ipsa ratio juris gentium, cum hac conditione, si per eam publicus littoris aut maris usus non fiat deterior, *d. l.* 2. §. *adversus*, *l.* 3. *l.* 4. *ne quid in loc. pub.* Neque jus gentium violari existimo; sic hinc arceantur peregrini in littoribus; quæ populus aliquis imperio sibi vindicat. Natura enim non ad hoc proprie littora produxit, ut cuilibet semper & promiscuè jus esset partem eorum occupare: sed ut necessario maris usui inservirent, qui est navigatio, idque significari opinor verbis *& per hoc*, quæ non frustra hic expressa sunt, & in *l.* 2. §. 1. *hoc tit.* ideoque etsi hic usus jure gentium semper communis manet & indivisus, sicut ipsius maris: jus tamen, quod dixi, in littore ædificandi divisum jure gentium intelligi debet, quatenus littora imperio divisa & publica facta sunt alicujus populi, *arg. de l.* 3. *ne quid in loc. pub.* Ita fermè Baro ad hunc §. *& d. l.* 1. *Don.* 4. *comm.* 2. *&* 9. *Grot.* 2. *de jur. bell. & pac. c.* 3. *num.* 9. Idem fusè & eleganter *cap.* 5. *mar. lib. add. Ant. Fab. in ration. ad l.* 9. *de leg. Rhod.* Hodie Veneti maris Adriatici, Baltici 2
rex Daniæ, magnæ Britanniæ rex maris circumflui dominium sibi vindicant. Cæterum hoc latè plerique damnant, imperium quidem in maris partem sinusve vicinos usurpari posse concedentes, sed sine jure proprietatis aut dominii; tum quia natura mare commune esse jubet, non permittit tantum; tum quia ne dominii quidem capax est, resistens occupationi & possessioni, unde dominia rerum cœperunt, *l.* 1. §. 1. *de acq. poss. D. Grot. d. c.* 5. *mar. lib. & d. c.* 3. *n.* 13. *de jur. bell. M. Anton. Peregrin* 8. *de jur. fisc. n.* 10. *Alb. Gentil. de acq. mar. D. Tul. hic c.* 7. Existimat tamen idem Grotius, *d. c.* 3. *n.* 10. non obstare jus naturæ, quo minus portio maris inclusa littoribus ejus populi propria fiat, cujus sunt littora, dum ea pars maris ad territorium comparati non major sit, quam diverticulum maris comparatum ad magnitudinem fundi privati. Nuper vero Joannes Seldenus, vir sanè non vulgari eruditione præditus, tractatum edidit inscriptum *Mare clausum*, sive *De Dominio maris*, in quo summa ope ostendere conatur, mare ex jure naturæ seu gentium omnium hominum non esse commune, sed pariter dominii privati seu proprietatis esse capax, ac tellurem: cui paradoxo occurri poterit ex Grot. *d. c.* 5. *mar. lib. &* 2. *de jur. bell. c.* 2. *n.* 3. Illud constat, non facere contra jus naturæ aut gentium, qui recepto in se onere tuendæ navigationis adversus piraticas excursiones, juvandæque per ignes nocturnos & brevium signa, vectigal 3
æquum imposuerit: quale fuit Romanum vectigal Erythræum, de quo Strabo *lib.* 17. & quod in ponto Byzantini exigebant διαγώγιον, quodque jam olim Athenienses exegerant in ponto eodem, moran-

morante utrumque Polybio, *Grot. d. c. 3. n. 14. add. Capoll. de serv. præd. rust. cap. 26.*

TEXTUS.

De fluminibus & portubus.

2. *Flumina autem omnia, & portus, publica sunt. Ideoque jus piscandi omnibus commune est in portu fluminibusque.*

COMMENTARIUS.

1. *Quo sensu dicatur jus piscandi in flumine omnibus commune.*
2. *Non idem esse aquam profluentem, quod flumen.*
3. *Quo jure hodie flumina & portus, itemque piscatio, censeantur.*

SEcundum genus rerum, quæ privati juris non sunt, publicæ in specie dicuntur: quæ quamvis & ipsæ in nullius dominium pervenerunt, imperio tamen divisæ sunt, & ditione ac potestate factæ alicujus populi. Aio *ditione ac potestate:* nam quæ populi sunt patrimonio, ut metalla, salinæ, silvæ, agri vectigales, &c. ea quidem etiam publica dicuntur, propter personam possidentis: *l. 17. de verb. sign. l. 14. hoc tit. de acq. rer. dom.* sed quia usu & jure, quo habentur, privata sunt, *l. 2. §. hoc interdictum 4. ne quid in loc. publ.* ad institutam disputationem non pertinent. Hujus generis sunt flumina, portus, alveus fluminis, quamdiu à flumine occupatur, & ex parte ripæ.

Flumina omnia] Scilicet perennia: nam torrentia, quæ hieme tantum fluunt, æstate solibus exsiccantur publica non sunt: *l. 1. §. 3. de flum.* ac ne flumina quidem proprie, ut rectè *D. Don. 4. comm. 3.* contra *Hotom. 8. obs. 4.* Marcianus *l. 4. hoc tit.* cautè addidit vocula *pene;* nempe διὰ τοὺς χειμάῤῥους. Et quidem quæ flumina per eandem regionem tantum labuntur, unde originem ducunt, tota sunt illius regionis quæ vero diversa imperia alluunt, per partes earum gentium sunt, per quarum ditiones profluunt in mare.

Et portus] Portus est locus in mari aut flumine conclusus ac munitus, quo importantur, & unde exportantur merces: qua appellatione tamen continetur & statio, qui est locus accommodatus ad naves recipiendas, ut tuto illic stare possint adversus injuriam prædonum ac tempestatum, *l. portus 59. de verb. sign. l. 1. §. stationem de flum.* nostratibus *een Nee.* Veteribus propriè portus insulam notat, sive ædificium legitimo spatio atque ambitu à contiguis divisum, mercium importandarum & conservandarum causa: & per synedochen quamvis insulam sive domum, quæ proprio ambitu constat: ut in illo duodecim; *Cui testimonium defuerit, is tertiis diebus ob portum obvagulatum ito*, vid. Festum in vocibus *portus & insula. Cujac. Brethæ. Goed. ad d. l. portus.*

Ius piscandi omnibus commune] Usus fluminis publicus est jure gentium; *§. riparum inf. eod. l. 4. eod.* ac proinde unicuique licet in flumine publico navigare & piscari, *l. 1. ut in flum. publ.* Idem usus est & portuum, ut hoc loco & *d. l. 4.* Ait *omnibus commune est*, nempe omnibus iis, qui sunt ex populo, cujus fines flumen alluit, & quatenus alluit: ut in hoc distet hic usus ab earum rerum usu, quæ omnium hominum communes sunt: id quod ex præcedentibus satis colligi potest: neque est quisquam, qui dubitet, quin usu navigandi aut piscandi in flumine exteri prohiberi possint. 1 Notandum autem est discrimen fluminis & aquæ fluentis, unde usus utriusque nascitur diversitas. 2 Flumen est totum quid, unumque & idem corpus, quod mille abhinc annis fuit, *arg. l. proponebatur 76. de judic.* denique imperio eorum est, quorum finibus continetur. At aqua fluminis numero eadem non est, sed alia atque alia: & cum in perpetuo cursu sit, non magis loco contineri, aut cujusquam potestati subjici potest, quam aër & mare, quamdiu de medio cursu nihil de ea sumpseris. Hinc de usu judicandum. Flumine integro utimur ad navigandum & piscandum; qui usus jure gentium divisus est, quatenus flumina ipsa imperio divisa sunt: ac proinde non communis est omnium hominum, sed publicus eorum duntaxat, quorum finibus continetur. Aqua vero fluminis utimur ad lavandum, potandum, aquanda pecora: qui usus communis est jure naturali omnibus concessus, *add. Ioan. Fab. Baron. ad hunc loc. Don. 4. comm. 3.* De jure ædificandi in portu aut flumine nulla hic mentio. Et in portu quidem vix est, ut sine incommodo navigantium ædificari possit. In flumine autem publicè cuilibet licet ædificare & destruere: dum tamen hoc sine incommodo cujusquam fiat, *l. fluminum 24. de damn. inf. l. 1. §. non autem 12. & §. deinde 19. de flum.* quo argumento adducor, ut credam etiam, ædificatum fieri ædificantis, perinde ut ædificata in littore aut vicino littoribus mari ædificantium fiunt. Cæterum quia hoc jure jam non amplius utimur, non est operæ pretium pluribus de his disputare. 3 Etenim flumina omnia navigabilia & ex quibus fiunt navigabilia, jam pridem à Friderico Imp. inter regalia relata sunt, *c. un. quæ sunt regal. in usib. Feud.* eorumque proprietas facta Principis vel populi, cujus ditione continentur. Bart. Jas. & alii in *l. quominus de flum.* quod tamen non obstat, quominus usus fluminis adhuc publicus manserit: nam & riparum, quarum proprietas privata est, usum esse publicum constat. Cæterum consvetudine locorum ferè jam obtinuit, ut nemini liceat in flumine piscari, nisi qui jus illud vel emerit, vel conduxerit, vel

alio titulo à Principe acceperit, *vid. Cæpoll. de serv. rust. præd. c. 42. Schneid. hic.* In hisce regionibus flumina omnia, quatenus finibus nostris continentur, lacus item, aliæque aquæ navigabiles, eorumque omnium alvei, hoc est, spatia, per quæ fluunt, aut quæ occupant, ripa quoque, quatenus majore parte anni aquis tegitur, populi est. Ac proinde Hollandi & Westfrisii jus habent pro custodia fluminum vectigalia ac tributa imperandi; quippe usu eorum etiam exteris concesso. Jus piscandi quoque initio penes populum fuit. Inde ad Principes translatum: ut nemo jam id juris habeat, nisi concessu Principis, & certis limitibus ac legibus circumscriptum. Planè in Waterlandia & quibusdam fluentis Kennemerlandiæ piscatio semper libera fuit: & singulis civibus etiamnum jus est in flumine aut lacu navigabili hamo piscari. *Grot. lib. 2. manud. c. 1. & 4. Groenevv. de ll. abrog. hic & ibi alleg.*

TEXTUS.

Definitio littoris.

3. *Est autem littus maris, quatenus hybernus fluctus maximus excurrit.*

NOTÆ.

3. *Est autem littus maris*] *Qua fluctus eludit.* Definitio κτ̀ μεταφορὰν.

COMMENTARIUS.

HOc §. *&* 2. *seqq.* quædam diligentius explicat, quorum usus vel communis est, vel publicus. Atque ut intelligamus, quatenus littore uti omnibus liceat, quid sit littus primo definiendum putavit. Ait, littus esse, *quatenus hibernus fluctus maximus excurrit*, quomodo & Cels. definit *l. littus 96.* & Javolen. *l. 112. de verb. sign.* & jam olim ante eos definiverat Aquilius, teste *Cic. in Top.* quam definitionem & ipse Cicero post aliquando fortassis arbiter sumptus secutus est: non enim primus hoc constituit, ut plerosque credidisse Celsus refert. Ait, *hibernus*; quia hieme maximè mare exæstuat. Igitur littus est, quatenus fluctus maris eludit; atque hoc commune est omnium, sicut & mare: siccum vero littus sive ora terræ, quæ æstuum marinorum accessu non occupatur, populi regionis est.

TEXTUS.

De usu & proprietate riparum.

4. *Riparum quoque usus publicus est jure gentium, sicut ipsius fluminis. Itaque naves ad eas appellere, funes arboribus ibi natis religare, onus aliquod in his reponere, cuilibet liberum est, sicut per ipsum flumen navigare: sed proprietas earum illorum est, quorum prædiis hærent: qua de causa arbores quoque in eisdem natæ eorumdem sunt.*

COMMENTARIUS.

1. *Non ut littora maris, ita ripas conditionem fluminis sequi.*

RIpa est id, quod flumen continet, naturalem cursus sui rigorem tenens: ita definitur ab Ulp. *l. 1. §. ripa. de flum.* Ait, *cursum naturalem*, ne quis putet, si quando flumen imbribus vel nivibus auctum excreverit, ripas idcirco mutare. Paulus ait, ripam esse, quæ plenissimum flumen continet, *l. 3. §. 1. d. tit.* ut significet, partem ripæ non esse spatium illud ripæ proximum, quod aliquando flumine caloribus minuto æstivo tempore non occupatur. Apparet autem ex sequentibus, ripam non tam angustè, ut nonnulli faciunt, accipiendam esse pro crepidine aut labro amnis, sive pro sola extremitate alvei & terræ; quæ flumen continet, cujus extremitatis, vix est ut ullus sit usus: sed aliquanto laxius pro spatio inter flumen & vicina prædia interjecto, ut ripa incipere intelligatur, ex quo à plano ad flumen vergit, *d. l. 3. §. 2. de flum.* quod & Pacius observavit in annalysi sua.

Usus publicus est jure gentium] Usus riparum ita publicus est, ut fluminis: quinimo ripæ usus nihil aliud est, quam ipsius fluminis, cum per ripam flumine utamur. Ideoque quæcunque sunt interdicta ad tuendum usum publicum fluminis, eadem sunt & conjunctim ad tuendum usum riparum, *l. 1. & passim tit. de flum. & tit. ne quid in flum. publ.* Ait, *jure gentium*; quasi dicat, hunc usum atque hanc servitutem ripis à natura impositam esse, ut omnibus, quibus flumine uti jure gentium licet, etiam ripis ad eum usum uti liceat, cum nec flumine aliter uti commodè possint.

Proprietas illorum est, quorum prædiis hærent] Hoc etiam disertè ait Gajus *l. 5. hoc tit.* itemque Pomponius ex sententia Celsi *l. ergo §. 1. de acq. rer. dom.* Unde Neratius scribit, eum, qui in ripa fluminis ædificat, suum non facere, *l. 15. eod.* Quapropter quod Paulus ait, ripas fluminum publicas esse, *l. 3. de flum.* de usu, non de proprietate accipi debet. Nec enim audiendus est D. Hotom. qui Paulum à cæteris, & rectè dissensisse putat. Nam quod ait, eodem jure partes fluminis singulas censeri debere, quo totum flumen, quod ita publicum esse constat, ut nec proprietate cujusquam sit, error est παρὰ τὴν ἄγνοιαν τοῦ ἐλέγχου, siquidem ripa pars fluminis non est, non magis quam continens contenti. Neque vero idem est ripa in flumine, quod litus in mari. Ripa flumini non subjicitur, ut littora subjiciuntur mari &

quotidianis accessibus ab eo occupantur. At inquit, cujus juris est alveus, ejusdem & ripas esse necesse est: certum autem est alveum proprietate nullius esse, *l. 1. §. simili modo 7. de flum. l. 7. §. quod si. 3. de acq. rer. dom.* At inquam, ut diversa sit alvei & riparum conditio, flumen facit, quod alveum occupat, ripas nō item. Quid quod nec alveus simpliciter publicus est, ne tunc quidem, cum adhuc à flumine tenetur; sed quatenus flumen non obstat, adhuc pars censetur vicinorum agrorum: alioqui quo jure insula, manente adhuc alveo, in flumine nata vicinorum fieret? quod utique & ripæ proprietatem arguit vicinorum esse: qua de re amplius sub *§. insula 22. & seq. inf. eod.* Rectè igitur Græci, *Basil. 46. tit. 3.* τῶν ὀχθῶν τῶν ἐν τοῖς ποταμοῖς οὐ λέγω δεσποτείαν, ἀλλὰ ἡ χρῆσις publica ἐστὶν &c.

TEXTUS.

De Usu & proprietate littorum.

5. Littorum quoque usus publicus est & juris gentium, sicut & ipsius maris: & ob id cuilibet liberum est, casam ibi ponere, in quam se recipiat, sicut retia siccare, & ex mari deducere. Proprietas autem eorum potest intelligi nullius esse; sed ejusdem juris esse, cujus & mare, & quæ subjacet mari, terra vel arena.

NOTÆ.

5. Littorum quoque usus] *l. 4. l. 5. §. 1. l. 6. h. t.* atque omnibus patet, sicut & maris, Virg. 7. *Æneid. Littusque rogamus Innocuum.* & 1. *Hospitio prohibemur arenæ*, ubi Serv.

Proprietas eorum nullius] A populo tamen aliquo occupata illius populi esse videntur, *l. 3. ne quid in loc. pub.*

Ejusdem juris, cujus Mare] Littora mari subjiciuntur, & ab eo quotidianis accessibus occupantur; & ideo naturam ejus sequuntur, *l. pen. h. t.* Ripa autem ut flumini non subjicitur, nec ejus pars est, ita nec per omnia conditionem ejus sequitur.

COMMENTARIUS.

De littorum usu & proprietate jam intellectum est: cæterum unum adhuc notandum, quod usum littorum dicit esse publicum & juris gentium: ut intelligas, usum littorum publicum esse eo jure, quod commune est omnibus gentibus: quo scilicet significatu mare juris gentium esse dicit Gajus *l. 4. hoc tit. & Iustin. §. 1. sup. eod.* atque in hoc differre ab usu riparum, qui publicus quidem est jure gentium, sed non juris gentium, hoc est, non communis omnium hominum, sed eorum duntaxat, quibus eo flumine uti jure gentium licet: cujus usus exteros communionem non habere antea demonstratum est. Eadem ferè & Eguinarii Baronis & Julii Pacii sententia est.

Ejusdem juris, cujus & mare] Mare littora aliis usibus eripiendo sua fecit. Nam, Nam ut ante quoque dictum est, littora mari subjiciuntur, & quotidie ab eo occupantur. Occupatum autem jus & conditionem occupantis sequi necesse est, *l. pen. hoc tit.*

TEXTUS.

De rebus universitatis.

6. Universitatis sunt, non singulorum, quæ in civitatibus sunt, theatra, stadia, & his similia, & si qua alia sunt communia civitatum.

COMMENTARIUS.

Quæ hic & apud Gajum *l. 6. §. 1. eod.* dicuntur universitatis, alibi etiam publica generali nomine appellantur, ut in *l. 6. de contr. emp. §. 2. inf. de Inut. stip. §. ult. inf. de empt. & vend.* nimirum quia in publico civium usu habentur. Ea igitur, quæ in pecunia aut patrimonio civitatis sunt, quorum usus singulorum non est, huc non pertinent: quamvis & ipsa collata cum iis, quæ propria sunt singulorum, publica quoque dicantur, *l. 7. §. 1. quod cujusq. un. nom. l. 15. & seq. de verb. sign.* Universitatis autem appellatio latior est, quam civitatis: nam & collegia & societates, aliaque hujusmodi corpora continet, quibus permissum est ad exemplum Reip. habere res communes, arcam communem &c. *l. 1. quod cujusq. un.*

Si qua alia communia civitatum] Ut basilicæ, porticus, balnea, fora, prata & pascua publica, in quæ scil. pecudes immittere singulis civibus jus est: item si quæ collegii alicujus aut societatis communia sunt, veluti pergulæ, ambulacra, exedræ, peristylia, insulæ, stabula, &c. Communis autem harum rerum usus non latius patet, quam ut publicus sit eorum, qui sunt ejusdem civitatis aut corporis. Hoc enim & superioribus omnino consequens est, & cum instituto convenit ejus, qui ea publicavit: si alii utantur, id permissu civitatis fit. Nemo sanè dixerit, usum pascuorum publicorum adeo liberum esse, ut etiam non cives jus pascendi habeant. Ad hunc autem usum tuendum prodita est contra prohibentes actio injuriarum, *l. 13. in fin. de injur.* Pertinet huc illud M. Tulli 3. *de finib. Theatrum commune cum sit, rectè tamen dici posse, ejus esse eum locum, quem quisque occupavit*, & 1. *offic.* viæ autem per quas omnibus iter debetur, publicæ sunt, non universit. Cujac,

TEXTUS.

De rebus nullius.

7. Nullius autem sunt res sacræ, & religiosæ, & sanctæ: quod enim divini juris est, id nullius in bonis est.

NOTÆ.

7. *Nullius in bonis*] *l.6.§.2.eod.* & ideo hæc quasi nostra vindicare non possumus, *l. 23. §. 1. D. de rei vind. nullius.* nec proprietate, nec usu profano.

Donaria] ἱερὰ ἀναθήματα, κοσμήματα, ornamenta, Hesych. Macrob. 3. *sat.* 11. ἱερὰ σκευὴ, vasa sacra. *Nov.* 120. *c.*10.

COMMENTARIUS.

Quæ res divini juris sunt, per excellentiam dicuntur nullius esse, scilicet ex comparatione earum rerum, quæ cum & ipsæ nullius sint, usu tamen sunt singulorum, aut ita affectæ, ut in dominium singulis cædere possint. Etenim & quæ humani juris sunt publica omnia, quæ non in pecunia populi, sed in usu publico habentur; comparata cum iis, quæ singulorum sunt, nullius in bonis esse dicuntur, *l.* 1. *hoc tit. l.6. de contr. empt.* At in rebus divini juris hoc amplius est; quod ne usus quidem earum singulorum est. Feræ quoque bestiæ, volucres, pisces, &c. nullius sunt, si comparentur cum iis, quæ quisque jam actu habet ac possidet: at ea conditione sunt & natura, ut acquiri possint, & cedant occupanti, *§. feræ inf. eod.* quod secus est in rebus divini juris. Etiam inter ea, quæ nullius sunt, Gajus *d.l.* 1. numerat res hæreditarias nondum adita hæreditate: quæ tamen effectu juris omni ex parte privatæ sunt, & hæreditatis esse finguntur, quæ tantisper personæ vicem sustinet, *l. hæreditas 34. l. hæreditas 61. de acq. rer. dom.* Res igitur divini juris sunt, quæ hominum potestati & promiscuo usui exemptæ: quodammodo in solius Dei jure ac potestate habentur: quarum tres species hic proponuntur, sacræ, religiosæ, sanctæ: quas singulis §. deinceps expositurus est.

TEXTUS.

De rebus sacris.

8. Sacræ res sunt, quæ ritè per Pontifices Deo consecratæ sunt; veluti ædes sacræ, & donaria, quæ ritè ad ministerium Dei dedicata sunt: quæ etiam per nostram constitutionem alienari & obligari prohibuimus, excepta causa redemptionis captivorum. Si quis autem auctoritate sua quasi sacrum sibi constituerit, sacrum non est, sed profanum. Locus autem, in quo ædes sacræ sunt ædificatæ, etiam diruto ædificio sacer adhuc manet, ut & Papianus scripsit.

COMMENTARIUS.

1. *Personam consecrantis qualem esse oporteat.*
2. *Donaria quæ Latinis dicta.*
3. *Sacra privata à publicis non forma consecrandi, sed fine distincta.*
4. *Profanum veteribus quid, & unde dictum.*

Rerum divini juris diximus esse tria genera: eaque, ut re, ita etiam nominibus apud nostros distincta sunt: quæ distinctio etiam in schedis Festi reperitur. Alia est quod Macrobium 3. *Saturn.* 3. Plerique autem his nominibus indiscretè utuntur. Ait, res sacras esse, *quæ ritè per pontifices Deo consecratæ sunt.* Quæ definitio duo maximè complectitur; formam consecrandi; & personam consecrantis. Formam indicat particula *rite*, id est, solemniter, more & instituto majorum publicè, non privatim, *l.6.§.sacræ l. 9. pr. eod.* Gall. Ælius apud Fest, in voce *Sacer. Ovid.* 1. *fastor. Templa sacerdotum ritè dicata manu.* De ritu veteri consecrandi vid. *Alex. ab Alex.* 6. *gen. dier.* 14. *Connan.* 3. *comm.* 1. Personam consecrantis oportet rebus sacris præesse: quales apud Romanos erant pontifices, ita dicti à ponte sublicio, quem, quod sacer æstimaretur, in aliqua parte labantem solis pontificibus reficere licebat, cæsa victima & sacrificio perfecto. Reliquorum quoque sacrorum omnium curam atque potestatem penes collegium pontificum fuisse constat: de quorum officio accuratè scribit idem *Alex. ab Alex.* 2. *genial.* 8. Quid Principes? Etiam eos curam sacrorum & religionum sibi sumpsisse cum apud alios auctores, tum apud nostros legimus, ut in *l.* 8. *de rel. & sump. fun. l. ult. ut in poss. leg.* & nominatim jus dedicandi seu consecrandi, *in d.l.9. hoc tit.* An quia & ipsi plerumque pontifices? Id sanè testatur historia, & Dio *lib.*53. expressè scribit, Principes inter alios titulos etiam Pontificis maximi dignitatem assumpsisse, ut omnes religiones & sacrificia in sua haberent manu. An vero hoc ideo dicitur, quia, ut nonnulli volunt, sicut olim, per legem Papiriam non licebat rem ullam injussu plebis consecrare, teste *Ciceron. pro dom.* ita postea non licuit injussu Principis: ut Pontifex quidem consecraret & solemnia perageret; sed jussu & auctoritate Principis præcedente: maximè si locus publicus consecrandus foret? *arg. d. l.* 9. Principes Christiani curam sacrorum episcopis demandarunt, aliosque ritus atque cæremonias sublatis gentilibus substituerunt, quæ in dedicandis monasteriis, ecclesiis, domi-

bus orationum observarent, *vid. Nov. 67. & Nov. 131. c. 7.* Luculentum dedicationis templi exemplum extat 1. *Reg.* 8.

Donaria] Non solum ædis aut locus consecrari possunt, sed res etiam mobiles, ut ex memorato Galli Ælii apud Festum loco apparet, & hic significat Justinianus verbo *donaria*: quo eum mobilia intelligere, puta vestes, ἱερὰ ἐσθὴν, vasa aliaque utensilia divinis usibus dicata atque consecrata, ostendit *l.sancimus.*21. *C. de sacros. eccles.* Neque hoc contra usum Latinorum scriptorum. Nam quæ Græci ἀναθήματα appellant ab ἀναθεῖναι, quod dicata Diis suspendebantur è tholis, columnis aut parietibus templi, ea Latini *donaria* dixerunt. Apud Macrob. 3. 11. legimus; *Ornamenta sunt clypei,*
2 *coronæ, & hujusmodi donaria.* Virgilius pro locis accepit, in quibus dona oblata reponuntur, *lib. 3. Georg. circa fin.*

Et uris
Imparibus ductos alta ad donaria currus.

Eamque propriam esse hujus verbi significationem notat Servius: cui suffragatur Cornelius Fronto; *Donum,* inquit, *quod Diis datur, inde ubi dona ponuntur, donarium appellatur.*

Excepta causa redemptionis captivorum] Item pauperum alendorum tempore famis, si ita premantur, ut vitæ eorum succurrendum sit, *d.l.sancimus,* debitorum quoque ecclesiæ causa, si creditores urgeant, nec aliunde debitum exsolvi possit, *auth. præterea C. de sacros. eccles. Nov.* 120. *c.* 10. *c. aurum* 12. *quæst.* 2. Bona ecclesiastica huc non pertinent: quippe quæ humanis usibus serviunt, alendis scilicet ministris verbi aut pauperibus; quamvis & ipsa, causis quibusdam exceptis prohibeantur alienari, *Nov.* 7. *add. Schneid. hic. Gudelin. lib.* 6. *de jur. nov. c.* 13. & 14. *Gloss. in c. semel. pand. de reg. jur. in* 6.

Si quis auctoritate sua] Id est, non publicè, sed pri-
3 vatim, *l.* 6. §. *sacra hoc tit.* Quæsierit aliquis, cum Romanis nihil sacrum fuerit, nisi quod publicè consecratum, qui fiat, quod nihilominus eos sacra habuisse privata legimus? *Cic.* 3. *de legib. l.* 1. *de rit. nupt. l.* 9. §. 1. *ad leg. Iul. pec. l.* 4. *C. de crim. exp. her* Resp. Distinctio illa non à forma dedicandi, aut personis dedicantium, sed à fine sumpta est: quod privata pro salute familiæ, publica pro populo consecrabantur, *vid. Rosin.* 8. *antiq. tit.* 6. Potuit sanè quisque privatim suæ religionis causa aliquid Deo dedicare, quod pro sacro ipse haberet: verum id Pontifices Romani non æstimabant sacrum: ac proinde nulla obstringebat religione successores: quod ex eodem Gallo Ælio apud Festum discere possumus, & M. Tullio *lib.* 12. *epist. ad Attic. epist.* 19. 34. & 35.

4 *Profanum*] Varro 3. *de ling.* fana ait nominata esse, *quod Pontifices in sacrando fati sunt finem: inde profanum, quod est ante fanum, id est, conjunctum fano.* Trebatius profanum id propriè dici existimat, *quod ex sacro vel religioso in promiscuum hominum usum conversum est.* Macrobius autem *lib.* 3. *Saturn.* scribit, profanum omnes penè consentire id esse, quod *extra fanaticam causam sit, quasi porro à fano & religione secretum.* Utut est, constat, nostros res profanas sacris & religiosis opponere solere.

Adhuc sacer manet] *d.l.*6. §. 3. Ideoque venire non potest, *l. æde sacra* 73. *de contr. empt.* Trajanus ad Plinium *lib.* 10. *epist. Si ædis sacra Claudii collapsa sit, religio ejus occupavit locum.* Planè quæ loca ab hostibus capta sunt, sacra esse desinunt: at ea calamitate liberata quasi postliminio pristinum statum recipiunt, *l. cum loca* 36. *de religios.*

TEXTUS.

De Religiosis.

9. *Religiosum locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum. In communem autem locum purum invito socio inferre non licet: in commune vero sepulchrum etiã invitis cæteris licet inferre. Item si alienus ususfructus est, proprietarium placet, nisi consentiente usufructuario, locum religiosum non facere. In alienum locum consentiente domino licet inferre: & licet postea ratum non habuerit, quam illatus est mortuus, tamen locus religiosus fit.*

COMMENTARIUS.

1. *Antiquos privata sepulchra habuisse extra urbem in agris: hodie autem ferè in urbe mortuos sepeliri in locis publicè ad eam rem destinatis.*
2. *Cenotaphium seu tumulum inanem religiosum non esse.*
3. *Vt locus religiosus fiat, necesse esse, ut is qui mortuum infert, sit pleno jure dominus loci, & quædam consectaria inde deducta.*
4. *Verba hujus §. postrema tam commodum sensum habere, quam lectionem Codicis Flor. in Pand.*

Religiosum] Generali hujus verbi appellatione etiam sacra contineri arguit notatio vocis *religio*, sive à relegendo eam deducas cum Cic. 2. *de nat. Deor.* sive cum S. Sulpitio, ut auctor est Macrob. 3. *Saturn.* 3, à relinquendo, sive à religando cum Lactantio 4. *Instit.* 28. Ait hic & passim in libris nostris strictius accipitur, & locum notat, ubi mortuus sepultus aut humatus est: quæ significatio & Festum Pompejum auctorem habet.

Vnus-

Vnusquisque suâ voluntate] Ad differentiam sacri. Locus sacer non fit, nisi publicè per pontificem sacretur: religiosus fit propria cujusque voluntate, cadaver aut ossa inferentis in locum suum. Notandum
1 hic in transcursu, antiquos privata sepulchra habuisse extra urbem in agris: nam in urbe mortuos sepelire lege vetitum erat, *Cic. 2. de leg. l. 3. §. divus de sepul. viol.* idque aliis etiam populis in more positum fuit: qua de re consule *Pet. Greg. lib. 33. Syntagm. c. 33.* Quæ quisque sibi & familiæ suæ sepulchra constituebat, familiaria dicebantur: quæ sibi & hæredibus suis, vel quæ paterfam. jure hæreditario acquisierat, hæreditaria, *l. 5. l. 6. in pr. de relig. & sumpt. fun.* Hodie autem, ut notum est, locis publicis ad sepulturam utimur, à magistratu sepeliendis mortuis destinatis: cœmeteriis ferè, aut ipsis etiam ecclesiis: in quibus tamen privatum sepulchrum habere nihil vetat, quod & hæredibus relinqui, & ad usum sepulturæ etiam aliis vendi possit, *Grot. 2. introd. cap. 1. Mornac. in l. 4. C. de religios.* Superstitiosi nimis in hac re sunt canones, *cap. 1. 13. quæst. 1. cap. aurum 12. quæst. 2. cap. ad hæc 4. de relig. domib.*

Dum mortuum infert in locum suum] His verbis docemur, duo esse necessaria ut locus fiat religiosus; ut in eum mortuus inferatur; ut inferatur à domino loci. Primo non consecratione aut verbis solemnibus locus religiosus efficitur, sed illatione mortui: unde sepulchrum ab Ulp. definitur, ubi corpus ossave hominis condita sunt, *l. 2. §. sepulchrum de relig.* Ac ne totus quidem locus, qui sepulturæ destinatus est, corpore condito religiosus fit, sed quatenus condi-
2 tum aut humatum est, *d. §. sepulchrum.* Ex quo efficitur, quod Divi fratres rescripserunt, Mausoleum inane sive monumentum purum, memoriæ tantum causa factum, quod Græci κενὸν μνῆμα & uno verbo κενοτάφιον appellant, Svetonius *c. 1. in Claud. tumulum honorarium,* religiosum non esse, *l. 7. h. t. l. 6. in fin. l. monumentum 42. de relig.* licet contra senserit Marcianus, motus auctoritate Virgilii, ut ipse ait, *l. 6. in fin. hoc tit.* nec dubium, quin iis poëtæ versibus, quos ex *lib. 3. Æneid.* citat D. Gothofr. ubi de Andromache hæc ait Ænæas;

Manesque vocabat
Hectoreum ad tumulum, viridi quem cespite inanem.
Et geminas, causam lacrymis, sacraverat aras.

Similis locus ejusdem poëtæ *lib. 6.* ubi sic ad Deiphobum idem heros;

Tunc egomet tumulum Rheteo in littore inanem
Constitutui, & magna Maneis ter voce vocavi.

Denique si ossa hominis aut corpus conditum duntaxat loco religionem afferunt, consequens est, ossibus aut reliquis effossis & translatis, locum religiosum ne solvi, *l. cum diversis 44. §. 1. de relig.* quanquam effodere vel eruere non licet sine decreto pontificum aut jussu Principis, *l. 8. eod.* Alterum, quod ad locum religione obstringendum necessarium esse diximus, est, ut is mortuum inferat, qui est loci dominus: neque sufficit pro parte indivisa dominum esse, aut nudam loci proprietatem habere, sed necesse est, ut is, qui infert, dominus sit in solidum & pleno jure. Hinc deducuntur hæc consectaria. 1. Nemini jus esse inferre in locum, qui in totum alienus sit, utique invito loci domino: nam consentiente eo inferre licet & locus hac illatione religiosus fit, *hoc §. in fin. l. 6. §. religiosum eod.* 2. Non licere in locum communem purum invito socio, hoc item *text. l. 6. §. si quis comm. div. l. 2. §. 1. in fin. pr. de relig.* quod tamen sic temperat Callistratus, ut aliquis ex sociis in communi loco etiam sine consensu cæterorum sepeliri possit, si non sit alius locus, ubi commode sepeliatur, *l. si plures 41. d. tit.* De loco puro Jurisconsultos loqui apparet: nam in communi sepulchro quin unus ex sociis etiam obtinentibus cæteris sepeliri possit, nulla dubitatio est: quippe cum ad hunc ipsum usum is locus comparatus sit, *d. l. 6. §. pen. hoc tit. l. 6. §. si quis comm. & hoc text.* 3. Non posse proprietarium invito fructuario inferre aut locum religiosum facere, ut hoc item *§. & l. 2. §. si usumfructum de religios. l. locum 17. de usufr.* Quorum omnium hæc ratio est, ne domini, socii, fructuarii conditio sine facto eorum deterior fiat, re commercio exempta. Planè si proprietatis dominus testatorem intulerit, qui usumfructum legavit, cum in alium locum inferri tam opportune non posset, placet locum religiosum fieri, *d. l. 17. de usufr. d. l. 2. §. 7. de relig.* 4. Postremo quod proprietario non licet invito eo, qui usumfructum habet, id multo minus huic licere debere, non concedente proprietario, *d. l. 2. §. 1. & 7.*

Locum purum] Id est, qui humani juris est, βέβηλον, profanum, *d. l. 2. §. purus & passim eod. tit.* Aliquando opponitur ædificato, ut in *l. ult. in pr. de pign. act.* Varro quoque *lib. 4. de ling.* scribit, pura loca appellari areas in urbe.

Licet postea ratum non habuerit] Ita vulgo hic legitur & apud Marcianum *d. l. 6. §. religiosum hoc tit.* unde hæc transcripta sunt. Neque incommodum sensum habet hæc lectio: sufficit enim ab initio consensisse; cum quod semel placuit, postea displicere non possit, *c. quod semel de reg. jur. in 6. l. nemo potest 75. eod. l. 5. C. de obl. & act.* In π. autem Florentinis affirmativè hic locus legitur, *licet postea ratum habuerit*, nec minus rectè: ut sit sensus; Licet locus alienus, in quem sine consensu domini mortuus illatus est, ab initio religiosus non fit; tamen si is postea consenserit, locum religiosum fieri; quod hæc

hæc sit natura ratihabitionis, ut mandato comparetur, *l. semper 60. de reg. jur. c. ratihabitionem pandect. eod. in 6.* Cæterum ut hoc quoque obiter addam, etsi illatione mortui in alienum locum, locus non efficitur religiosus: non licet tamen domino, propriâ autoritate ossa illata aut corpus tollere, *l. 8. de relig.* sed actio ei in factum datur, per quam is, qui intulit, aut tollere id, quod intulit, aut loci pretium præstare cogitur, *l. 7. d. tit.* Pretio autem præstito non est dubitandum, quin locus religiosus fiat.

Textus.

De rebus sanctis.

10. Sanctæ quoque res, veluti muri & portæ civitatis, quodammodo divini juris sunt; & ideò nullius in bonis sunt. Ideò autem muros sanctos dicimus, quia pœna capitis constituta est in eos, qui aliquid in muros deliquerint. Ideò & legum eas partes, quibus pœnas constituimus adversus eos, qui contra leges fecerint, sanctiones vocamus.

Nota.

Sanctiones vocamus] *l. 41. D. de pœn.* Fest. in voc. *Sanctum.* Cic. Verr. 6. *Nisi legis sanctionem pœnamq; recitassem.*

Commentarius.

1. *Sancti appellatio, quàm latè pateat.*
2. *Rectene, nostri etiam portas inter sancta numerent.*
3. *An capite plectendi, & qui muros municipiorum violant.*

1 Certum est, longè latius patere appellationem sancti, quam hic accipitur: idque vel ex Trebatio discere possumus, qui apud Macrobium 3. *Saturn. 3. sanctum* ait, *interdum idem esse, quod sacrum. idemque quod religiosum; interdum aliud, nimirum quod venerabile, incorruptum, inviolatum est*: quod & Macrobius confirmat adductis aliquot locos Virgilii. Propriè autem sanctum dicitur, quod vel ab injuria hominum defensum atque munitum est, *l. 8. hoc tit.* Hinc legati jure gentium sancti habentur, *l. ult. de legation.* item reges, teste *Cic. pro reg. Dejot.* Jure Romanorum tribuni plebis *sacrosancti. Liv. lib. 2. Fest. in verb. sacrosanctum.* Aut quod sanctione quadam confirmatum atque subnixum est. Hinc leges & rogationes dicuntur sanctæ, quod eas impunè transgredi non licet. Hinc denique muri quoque sancti, quia speciali sanctione contra violantium audaciam muniti atque confirmati sunt.

Veluti muri & portæ civitatis] *l. 1. hoc tit. l. 2. ne quid in loc. sacr.* Et muros quidem consentiunt omnes esse sanctos. Cæterum de portis dissentire 2 videtur Plutarchus, qui ἐν τοῖς Ῥωμαικοῖς muros ἱερὸς, id est, *sanctos* esse scribit, portas non item: eo, quod per eas cadavera efferantur, aliaque immunda per eas importentur, atque exportentur. Sed hoc ille longè alio sensu, quàm nostri, nimirum jus Pontificium ex libris ritualibus, secutus. Quippe Romani in designanda urbe adhibitis more Hetrusco certis sacris muros aratro circumducebant, atque ambiebant: ubi verò portæ futuræ erant, id loci non sulcabânt, ne quid religionis contraheret: sed aratrum suspendentes portarum spatia relinquebant intacta. Consulatur Varro 4. *de ling. Lat. Alex. ab Alex. 6. gen. 14. Alciat. l. pupillus 239. §. urbs de verg. sign. Cæl. Rhodig. lib. 14. c. 5.* Hinc mœnia jure pontificio sancta habebantur, portæ non item. At nostri portas ideò inter sancta numerant, quia eas non magis quàm muros violare fas est, aut aliquid in eas delinquere.

Quodammodo] Rectè *quodammodo*, τρόπον τινά, neque enim propriè hæ res divini juris sunt, ut res sacræ & religiosæ: sed propter similitudinem, quam cum rebus sacris & religiosis habent, divini juris esse dicuntur: quia scilicet nec ipsæ cujusquam sunt, aut proprietate aut usu promiscuo. Fortassis tamen muri, quod auspicato & solemni sacrificio signabantur, etiam propriè in rebus divini juris habiti sunt, *Vid. Alciat. d. loc. Riccium vindiciar. jur. præmess. c. 7.* qui ob id hunc locum ita distinguendum putat, *veluti muri & portæ civitatis, quodammodo divini juris sunt.*

Ideò autem muros sanctos] Notatio verbi *sanctus.* Marcianus *l. 8. §. 1. hoc tit.* à sagminibus legatorum deducit, id est, verbenis seu herbis puris, quas legati populi Romani ferre solent, ne quis eos violaret. Sed quæ hic traditur, & Festum auctorem habet in voce *sagmina*, & Aggenum Urbic. *in comment. ad Frontin.* qui utrumque & *sanctum* & *sagmina* à sanciendo, id est, confirmando deducit. A sangvine tamen confictum esse hoc vocabulum, vel ex consvetudine sacrorum solemnium, quam Sallust. *in Catilin.* commemorat, putat Hotomannus.

Quia pœna capitis] Violare muros capitale est: sicuti, si quis scalis admotis aut qualibet alia ratione transcenderit. Nam cives Romanos alia, quàm per portas egredi, non licet: cum illud hostile & abominandum sit. Nam & Romuli frater

ter occiſus traditur, quod nimirum tranſcendere voluerit. Hoc Pompon. *l. ult. hoc tit.* Marcus autem Tullius *3. de offic.* ſcribit, ſpeciem utilitatis eo animum impuliſſe Romuli, cui viſum erat, utilius ſolum ſe, quàm cum altero regnare. *Omiſit hic*, inquit, *& pietatem & humanitatem: & tamen muri cauſam oppoſuit, ſpeciem honeſtatis neque probabi-*
3 *lem neque idoneam.* De muris municipiorum dubitatum eſt, an & qui eos violant, pœna capitis puniendi ſint. Vulgo placet non eſſe; ſed hujusmodi homines pro qualitate delicti arbitrio judicis extra ordinem plectendos, *Bart. in d. l. ult. Ang. Mynſ. Schneid. & alii hic.* Quæ ſententia ſanè benignior eſt. Nec obſtat, quod etiam muri municipiorum ſancti ſunt; *l. 8. §. 2. hoc tit.* neque enim quicquid ſanctum eſt, ejus violatio continuo capite plectitur: aut quod capite non plectitur, ſanctum non eſt. Satis enim eſt ad hoc, ut ſanctum ſit, ut ab injuriis hominum defenſum, aut ſanctione aliquâ ſubnixum ſit, *d. l. 8. in pr. l. 9. §. 3. eod.* Sanè in bello, ſi quis vallum tranſcendat, aut per muros caſtra ingrediatur, capite punitur, *l. 3. §. nec non 17. de re milit. vid. Gothofr. Buſ. ad d. l. ult. & Autumn. ibid. in confer. jur. Franc.*

Ideò & legum &c. ſanctiones vocantur] *l. ſanctio 41. de pœn.* Inconcinna autem eſt illatio. Fortaſſis ab effectu ea pars legis, qua pœna conſtituitur ποινηλασία τοῦ νόμου, ſpeciatim ſanctio dicitur; quia efficit, ut legi ſua auctoritas & ſanctitas conſtet, *arg. d. l. 9. §. 3. hoc tit.* nam generaliter leges ipſas ſanctiones vocari, ſatis notum eſt. Scholiaſtes ad illud Horatii: *Sanctarum inſcitia legum. Aut participium eſt à Sancio, id eſt, firmatarum: aut ſanctarum, id eſt, ſacrarum, ut fœdus ſanctum dicitur & ſacrum.*

TEXTUS.

De rebus ſingulorum.

11. *Singulorum autem hominum multis modis res fiunt: quarundam enim rerum dominium nanciſcimur jure naturali, quod ſicut diximus, appellatur jus gentium: quarundam verò jure civili. Commodius eſt itaque à vetuſtiore jure incipere. Palàm eſt autem, vetuſtius eſſe jus naturale, quod cum ipſo genere humano rerum natura prodidit. Civilia autem jura tunc eſſe cœperunt, quum & civitates condi, & magiſtratus creari, & leges ſcribi cœperunt.*

COMMENTARIUS.

1. *Quæ in hac ſecunda parte hujus tituli potiſſimum ſpectanda.*
2. *Perperam in hac diſputatione dominio opponi commercium.*
3. *Quid ſit dominium, & quam largè nonnunquam ea vox uſurpetur.*
4. *Modos acquirendi jure gentium dominii ad duos commodè revocari.*

SEcunda pars hujus tituli: cui reſpondet titulus *pandect. de acquirendo rerum dominio.* Hucusque diſputatum de differentia & jure earum rerum, quæ extra patrimonium ſunt. Sequitur nunc alterum rerum genus, earum videlicet, quæ ſunt in patrimonio; quæ ob id etiam privatæ dicuntur, & ſingulorum propriæ. Hæ res variæ item diſtingvi poſſunt. Nam primo quædam ſunt univerſales; quæ vel rationem totius habent, ut hæreditas, univerſum alicujus patrimonium; vel generis, ut fundus, homo, veſtis: quædam ſingulares, ut hic fundus, hic homo, hæc veſtis. Quædam item corporales ſunt, quædam incorporales, de quibus *tit. ſeq.* Corporalium item quædam mobiles aut ſe moventes, quædam immobiles; *l. moventium 93. de verb. ſign. l. 15. §. 2. de re jud.* Duo verò præcipuè hic nobis ſpectanda; id quod in hiſce rebus ſingulorum eſt, ejusq; acquiſitio. Quod ſinguli in his rebus habent, id vel eſt jus in rem, vel jus ad rem. Jura in rem ſunt hæc; dominium, (tum plenum, tum minus plenum, quod quaſi dominium & utile vocant; qualia ſunt jus emphiteuticum & ſuperficiarium) uſus, uſusfructus; jura prædiorum; jus poſſeſſionis, pignus ſive hypotheca. Jus ad rem eſt, quod uno nomine dicitur obligatio ſive creditum. Jus in rem D. Grotio eſt *beheering*: jus ad rem ſive in perſonam, *inſchult.* Item jus in rem diſtingvit in jus poſſeſſionis, *Beſitrecht*, & jus dominii vel quaſi, quod *eygendom* vocat; eaque voce reliqua in re jura comprehendit, *c. 2. manuduct. c. 1.* Doctiſſimus Diod. 1
Tuldenus dominio non obligationem, ſed commercium opponit. Non rectè, ut mihi videtur, in diſputatione propoſita. Nam commercium non eſt res externa, quæ in bonis noſtris computatur, quam acquirere, alienare, legare, hæredibus noſtris relinquere poſſumus, qualis eſt obligatio: ſed jus perſonæ, quod non omnes, qui in civitate ſunt, habent. Eſt enim jus emendi vendendique, aut potius jus contrahendi cum aliquo, *l. 5. de juſt. & jur. l. quod ſi minor. 24. §. 1. de minorib. Ulpian. tit. 19. §. 4.* Unde quæ res vendi, in ſtipulationem aut conventionem deduci non poſſunt, commercio dicuntur exemptæ. Denique obligatio, quæ ex maleficio oritur, etiam huc pertinet: at eam nolim dicere eſſe ex commercio. Nam commercii ſignificatio apud Latinos

nos tam latè non patet, quam apud Græcos συναλλάγματος, ut tam συναλλάγματα ἀκύσια, quam ἑκύσια, complectatur. Quod ad acquisitionem attinet, ea quoque non est unius modi: aliter enim dominium & jura illa in re à dominio separata acquiruntur; aliter obligatio sive creditum, sicut ex progressu apparebit: in quo si fortè methodi leges non satis accuratè Compositores observarint, id non tam in iis reprehendendum, quam sæculo condonandum est. De modis acquirendi dominii, ut præcipui & summi in rebus juris, initium faciunt. Dominum est plena in rem potestas, *§. ult. inf. de usufr.* sive jus de re pro arbitratu statuendi, *l. in. re 21. C. mand.* Hoc idem jus à re quæsita proprietas dicitur, *l. 7. §. ex diverso 12. l. 23. hoc tit. de acq. rer. dom. l. 12. §. 1. de acq. poss.* quanquam proprietatis vocabulo sæpè in jure nostro nuda proprietas significatur, à qua scilicet ususfructus separatus est, ut passim in *tit. de usufr.* quod & in voce dominii contingit, *l. 6. §. penult. C. de bon. quæ lib.* & videntur veteres dominium propriè de re corporali dixisse, *arg. tit. pand. de acq. rer. dom. & tit. pand. & C. de rei vind.* ut tamen interdum largius eandem vocem acceperint de omni jure, quo res aliqua nostra est, ut in *l. 17. quib. mod. us. am. l. 10. §. 3. hoc tit. l. 3. §. si usufr. pet.* quo loco & possessio de re incorporali simpliciter prædicatur, quam tamen propriam esse constat rerum corporalium.

Multis modis] Privata nulla sunt natura, ait M. Cicero *lib. 1. de offic.* sed aut veteri occupatione, ut qui quondam in vacua venerunt, aut victoria, ut qui bello potiti sunt.

Nam propriæ telluris herum natura nec illum,
Nec me, nec quemquam statuit.

2 ut alicubi Horatius. Modi acquirendi multi sunt & varii, tum jure gentium, tum jure civili; qui tamen ad paucos memoriæ causa commodè revocari possunt; & mea quidem sententia, qui ex jure gentium sunt, commodissimè ad duos. Quicquid enim jure gentium nobis acquiritur, id vel facto nostro seu occupatione acquirimus, vel vi & potestate rei nostræ. Occupationis enim species sunt non tantum venatio, aucupium piscatio, sed etiam specificatio, inventio & apprehensio rerum, quæ nullius sunt, quæve dominum habere desierunt; quæ ex hostibus capiuntur; postremo etiam, quæ transferunt voluntate domini: quæ omnia suis locis demonstrabimus. Vis ac potestas rei nostræ duplex est; ut quicquid ex re nostra nascitur, nostrum sit, ut quæcunque rei nostræ accedunt, rem nostram ejusque conditionem sequantur: quorum alterum generali nomine fœtura appellari potest; alterum accessio.

Quod appellatur jus gentium] Hoc ideo additum, ne quis putet hic intelligi jus naturale, quod omnium animantium inter se commune est: sed quod proprium est generis humani, sive ut Gajus *l. 1. hoc tit.* id explicat, quod ratione naturali inter omnes homines peræquè observatur. Et perpetuum hoc esse scribit Castrens. in *l. 1. de pact.* ut jus naturale, cum ad actus refertur, qui hominum proprii sunt, pro jure gentium seu humano accipiatur. Proprium autem hominis est habere in dominio. Quod autem ait Justinianus, hoc jus cum ipso genere humano proditum esse, id de jure gentium primævo rectè dicitur, de secundario non item? ex quo tamen sunt nonnulli acquirendi modi, de quibus hoc tit. agitur. Respexit fortassis Imp. formas rerum acquirendarum præcipuas; quæ illo jure antiquo originem habent. Cæterum & de jure gentium secundario, eoque, quod pro certo rerum statu naturale est, hæc accipienda παχυτικῶς.

TEXTUS.

De occupatione ferarum.

12. *Feræ igitur bestiæ, & volucres, & pisces, & omnia animalia, quæ mari, cœlo & terra nascuntur, simul atq; ab aliquo capta fuerint, jure gentium statim illius esse incipiunt: quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur: nec interest, feras bestias & volucres utrum in suo fundo quis capiat, an in alieno. Planè qui alienum fundum ingreditur venandi aut aucupandi gratia, potest à domino, si is præviderit, probiberi ne ingrediatur. Quicquid autem eorum ceperis, eousq; tuum esse intelligitur, donec tua custodia coërcetur. Cum vero tuam evaserit custodiam, & in libertatem naturalem sese receperit, tuum esse desinit, & rursus occupantis fit. Naturalem autem libertatem recipere intelligitur, cum vel oculos tuos effugerit, vel ita sit in conspectu tuo, ut difficilis sit ejus persequutio.*

NOTÆ.

In suo fundo, an alieno] Quocunque enim loco feræ sunt, dummodo sint in libertate naturali, nullius sunt. Hæc mirificè conveniunt cum traditionibus Hebræorum, de quibus Selden. *de jur. nat. juxt. disc. Hebr. c. 4.*

Prohiberi, ne ingrediatur] Nam in prædio alieno invito domino venari non licet, *l. 16. D. de serv. pr. rust.* & si quis id fecerit: tenetur actione injuriarum, *l. 13. §. ult. de injur.* Cæterum captum nihilominus capi-

capientis fit; quia prohibitio conditionem animalis non mutat.

Difficilis] Non tantum ergo, si impossibilis ut malè Accurs. *l.5.pr.l.44. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Unde æstimandum utrum animal ferum sit, an mansvetum.*
2. *Feras etiam in fundo alieno captas fieri capientium, & quid de piscibus captis in alieno stagno.*
3. *Quid si quis fundum alienum contra prohibitionem domini ingressus feram ceperit.*
4. *Venando capta non diutius nostra manere, quam quamdiu in potestate nostra sunt.*

EX modis rerum jure gentium acquirendarum primus & præcipuus est occupatio; quæ quam latè pateat, ex iis, quæ paulo ante dicta sunt, intelligi potest. Hoc loco, & quatuor §. *seqq.* descriptis ex *l. 3. & l. 5. eod.* agitur de ea occupatione, quæ ferarum est, & venatio in genere appellatur; cujus species sunt, venatio quadrupedum, aucupium, piscatio. Igitur feræ bestiæ, quadrupedes, volucres, pisces, simul atque ab aliquo captæ, hoc est, apprehensæ & in manum ac potestatem alicujus redactæ sunt, jure gentium statim illius esse incipiunt. Estque hoc genus acquisitionis longè antiquissimum, ipsaque adeo lege creationis concessum, *c.1.Genes. & Psal. 8.* quæ & Stoïcorum sententia est, teste Cicerone 1. *offic.* & Aristotele 1. *pol. 4.* cum ajunt, omnia, quæ in terris gignuntur, ad usum hominum naturam creasse.

Feræ] Ferum est, quicquid à cicure discretum est: nam feras generali nomine appellamus omnia animalia, quibus à natura vis infinita insita est liberè vagandi in terra, mari, aëre: unde feras à ferendo dictas volunt, quod naturali suo impetu ferantur, vel quod è conspectu hominum se auferant in solitudines. Neque excludimus, quæ hominum commercio mansvefacta sunt. Nam utrum ferum sit animal an mansvetum, ex natura æstimandum est, non ex assvefactione, §. *pavonum 15. inf. eod.* Cæterum quæ hoc §, traduntur, ad occupationem earum ferarum pertinent duntaxat, quæ vel à nullo adhuc occupatæ sunt, vel occupatæ naturalis suæ libertatis iterum factæ sunt compotes. 1

Cælo] Cœlum pro aëre, οὐρανὸν εἴρηκε, κατὰ τὸ τῶν ἰδιωτῶν ἔθος, τὸ ὑπὲρ ἡμᾶς ἀέρα μέχρι τὸ χώρας νεφελῶν, *Galen. comm.2.in 1. Hipp.de morb.* atque ita etiam sacri scriptores accipiunt, *Matth.c.6,vers.26.* ἐμβλέψατε εἰς τὰ πετεινὰ τοῦ οὐρανοῦ.

Quod ante nullius est] Modo ita affectum sit, ut alicujus esse possit: nam res, quæ commercio hominum exemptæ sunt, ut res divini juris & publicæ, satis constat, ad hanc regulam non pertinere, quamvis & ipsæ nullius sint: nec item res hæreditarias; quas quamdiu hæreditas adita non est, inter res nullius numerat Gajus *l.1.de rer.div.* nam hæreditas interim pro domino est, *l.non minus 31.§.1.de hered.inst.* Simile axiomati proposito est illud Quintiliani *declam.13. Quod omnibus nascitur, industriæ præmium est.* Plautus in *Rudent. act.4.scen.3. Meum, quod rete atque hami nacti sunt.*

Nec interest utrum in suo fundo] Amplificatio regulæ positæ; nimirum etiam in fundo alieno capta capientium fieri. Cujus amplificationis ratio non est obscura: nam quocunque loco feræ sunt, dummodo sint in libertate naturali, nullius sunt, & consequenter transeunt in jus occupantis. Igitur & pisces, qui in alieno stagno sunt, & feræ, quæ in silvis circumseptis vagantur: quoniam relictæ sunt in naturali libertate, *l.3.§. item feras 14. de acq. poss.* Scio, hoc displicere Hotomanno & Wesembecio, Sed profecto si pisces isti aut feræ à nobis non possidentur, quod disert scribit Paul. *d. loc.* consequens est nec eorum nos dominos esse, cum hæc sit natura omnium ferarum, ut dominium earum nec acquiri sine possessione possit, nec retineri: quod vel unus hic §. eos docere debuerat. Concedo tamen, spectandam hic esse locorum consvetudinem, ut & in aliis plerisque, quæ hujus argumenti sunt. Et nostro seculo contraria opinio prævaluit, ut & feræ silvis privatis & pisces stagnis inclusi, ut possideri, ita & in dominio esse credantur, *Grot.2.de jur. bell.& pac.8.n.2. D. Tulden. hic c. 17.* quod veteres tum demum admittebant, si feræ vivariis, pisces piscinis inclusi forent, *d.l.3.§.item feras.* 2

Potest à domino prohiberi] Quid si nihilominus ingressus sit & feram ceperit? Vulgo placet, adhuc eam occupantis fieri, & rectè. Nam id regulæ superiori omnino consequens est. Non obstat, quod in prædio alieno domino invito venari non licet, *l.16. de serv. rust. præd.* nam prohibitio ista conditionem animalis mutare non potest, neque efficere, ut id quod captum est, fiat prohibentis: alioqui non nudam prohibenti actionem injuriarum pareret, *l.13.§. ult. de injur.* sed rei vindicationem & condictionem furtivam, *vid.Christin.vol.5,decis.84.n.17.& seqq.* Excipit Angel. & post eum Cantiuncula, nisi fructus fundi in venatione, aucupio & piscatione consistat, *arg.l.venationem 26.de usur.l. 9.§. aucupiorum de usufr.* Sed enim si illa verè in fructu sunt, ne inscio quidem domino aut ingressum non prohibente capta capientis fient: à communi sententia recedunt *Cujac.4. obs.2.Wesemb. ad Schneid. D.Tuld. hic c.16.* 3

Eousque tuum esse intelligitur &c.] Alia superioris propositionis amplificatio; videlicet eam etiam procedere, etsi fera jam ante capta sit ab aliquo, si ea

si ea in naturalem libertatem postea se receperit. 4 Nam quod venando per occupationem acquisitum est, id non diutius nostrum manere, quam quamdiu in potestate nostra & custodia sit: ubi vero evaserit custodiam nostram, & in laxitatem naturalem se receperit, desinere nostrum esse, & rursum fieri occupantis, *l.3.§.2.eod. Christin.d. decis.*84.*n.*20. Quod ut singulare notandum est in dominio ferarum: nam aliarum rerum dominium etiam amissa possessione retinetur. Cæterum ne quis hic judicii æquitatem desideret, placuit, ita demum custodiam prioris domini animal semel captum effugisse & libertatem naturalem recepisse videri, si sic evaserit, ut vel oculos domini effugerit, vel sit quidem adhuc in conspectu ejus, sed ita, ut sine summa difficultate id persequi non videatur, *d.l.5.in pr.l. Pomponius* 44.*hoc tit.* Qua in re quod bonus judex arbitrabitur, sequendum erit. *Gloss. Porc. Cantiuncula hic.*

TEXTUS.

De vulneratione.

13. *Illud quæsitum est, an si fera bestia ita vulnerata sit, ut capi possit, statim tua esse intelligatur. Et quibusdam placuit, statim esse tuam, & eousque tuam videri donec eam persequaris: quod si desieris persequi, desinere tuam esse, & rursus fieri occupantis. Alii vero putaverunt, non aliter tuam esse, quam si eam ceperis. Sed posteriorem sententiam nos confirmamus, quod multa accidere soleant, ut eam non capias.*

NOTÆ.

Non aliter, quam si ceperis] *d.l.5.§.1.* Non enim spe & animo feræ nostræ fiunt, sed manu & occupatione, *l.55. eod.*

Multa accidere solent] Sicut est in adagio Græco, πολλὰ μεταξὺ πέλει κύλικος καὶ χείλεος ἄκρου, *inter os & offam multa intervenire possunt*, Gell. 13. *cap.* 16.

COMMENTARIUS.

1. *Non vulneranti, sed capienti feram concedi.*
2. *Cur cum fera statim ut capta est, nostra fiat, non statim quoque ut elapsa est, nostra esse desinat.*
3. *Quid moribus hodiernis circa capturam ferarum juris sit, ejusque defensio & interpretatio, num.* 4. *&* 5.

Fuere ex prudentibus, interque eos Trebatius, qui existimabant, feram bestiam, si ita à venatore vulnerata sit, ut capi posse videatur, statim venatoris esse, ejusque tamdiu manere, donec illam 1 persequatur. Verum hæc sententia ideo displicuit, quia ex superiore regula non vulneranti & persequenti, sed occupanti & capienti fera conceditur. Non potest autem dici feram cepisse, qui spem tantum capiendi habet, cum multa accidere possint, quæ spem istam frustrentur, & ut fera evadat, *l.5.§.1.eod.* Πολλὰ μεταξὺ πέλει κύλικος καὶ χείλεος ἄκρου, ut in adagio Græco. Atque ita judicatum refert Christin. *vol.5.decis.*84.*n.*23. Grotius *lib. 2. man. c.* 4. notat, eum qui feram ab alio excitatam capit, quamvis dominus feræ fiat, tamen ut inciviliter venantem eo nomine à ministris Saltuarii multari posse. Cur vero, inquis, cum fera statim ut capta est, nostra fiat, non & ex contrario semel capta, si postea 2 elapsa sit, statim nostra esse desinit, sed tamdiu nostra manet, quamdiu eam cum spe recuperandi persequimur? Nimirum quia possessio, ex qua dominia rerum jure gentium cœperunt, facilius retinetur, quam acquiritur. Ad acquisitionem non sufficit rem esse in conspectu nostro; ejusque apprehendendæ animum & spem aliquam habere: sed manu occupanda & corporaliter apprehendenda est, *l.1.§.1.l.3.§.1, de acq.rer.dom.* Ad retinendam autem possessionem semel quæsitam solus animus sufficit, *d.l.3.§. saltus* 11.*l.1.§. quod vulgo* 25. *unde vi*; eumque animum tamdiu retinere intelligimur, quamdiu non vana spes est fore, ut mox rem recuperemus: at spe recuperandi sublata, jam animum quoque possidendi nos desinere habere, *fac.d.l.*44.*hoc tit. l.6.§. ult. de acq. poss.* Nostro jure fiunt quidem feræ etiam occu- 3 pantium: sed non promiscuè omnibus venari permissum est: nam principes sibi ferè hoc jus vindicarunt; saltem quoad certa genera animantium certosque capiendi modos. Feras minores, puta lepores, cuniculos nobilibus etiam capere licet certis anni temporibus, dum ne capiant in locis Principi specialiter reservatis: quod jus & nonnullis aliis ratione officicii concessum, qui legibus saltuariis continentur. Aucupii laxior libertas, excepto quod longo amite aucupari solius Principis jus est. De jure piscandi alibi à me dictum. Adi *Grot.lib.2.manud.c.*4. ubi latius hæc persequitur. Non solum autem legibus nostris, sed propè omnium rerumpub. & regnorum constitutionibus præscriptus est. Constitutione Frederici Imperatoris vetantur rustici retia, laqueos aut alia instrumenta ad capiendas feras tendere, nisi ad ursos, apros vel lupos capiendos: quas bestias credibile est ideo exceptas esse, quia tanta earum diritas est atque immanitas, ut publicè intersit eas ab omnibus necari, *lib. 2. Feud. tit. de pace tenend. §. si quis.* Jure Canonico venatione interdictum clericis, ne hac voluptate capti cultum divinum deserant, *cap.1.& 2.de cler.venat. lib.5.decretal.* Sunt qui existimant, non posse citra injuriam lege civili aliquos impediri, ne feras capiant, captasque suas faciant,

ciant, quoniam jure naturæ, quod immutabile est, hoc omnibus licet, *Tiraq. de Nobil. c. 37. num.* 144. *Menoch. conf.* 298. *n.* 18. *lib.* 3. & alii relati apud *Fachin. lib.* 1. *contr. cap.* 1. Sed verius est posse. Est enim hoc
4 jus ex jure naturæ permittente, non præcipiente ut semper liceat. Jam vero etsi lex civilis nihil potest præcipere, quod jus naturæ prohibet, aut prohibere, quod præcipit; potest tamen libertatem naturalem circumscribere, & vetare quod naturaliter licebat, atque etiam ipsum dominium naturaliter acquirendum vi sua ante vertere, *D. Grot.* 2. *de jur. bell. c.* 2. *n.* 5. *&* *c.* 3. *n.* 5. quæ etiã etiam est sententia *Covarr. in relect. c. peccatum de reg. jur. in* 6. *p.* 2. §. 8. cum ait, feras, volucres & cætera animalia jure naturæ non esse communia positivè & affirmativè, quia omnium propria sunt; sed negativè, quia nullius sunt, & jure naturali nulli sunt applicata: ac proinde posse lege humana uni potius, quam alteri ex justa causa concedi. Non obstat igitur, quad sæpè in libris nostris legimus, jure naturæ liberum esse talia animalia venari. Hoc enim verum est, quamdiu nulla lex civilis intercedit, sicut leges Romanæ res multas reliquerunt in suo primævo statu, de quibus aliæ gentes aliud constituerunt. Cum autem lex civilis aliud constituit, eam observari debere, jus ipsum naturæ dictat. Unde autem nata est tanta juris quondam communis mutatio? Opinor partim ex consensu populorum, qui jus venandi in compensationem curarum & gubernationis Principibus ultro reliquerunt: partim ex ipsorum Principum potestate, quibus visum sit, publicè expedire, ut communi licentiæ frænum injiceretur, tum ne tota tandem species multitudine venatorum vastaretur, tum ne rustici & plebeii homines studio venationis ab agricultura aut opificiis avocarentur, & fortassis ob alias etiam causas, quas videre est apud *Wesemb. parat. de acq. rer. dom. Covar. præd. loc. Fachin.* 1. *cont.* 1. *Card. Tusc. pract. concl. jur. vol.* 8. *lit. V. concl.* 41. *Christin. vol.* 5. *decis.* 84. *n.* 37.
5 *& seqq.* Illud scire operæ pretium est, non acquisitioni animalis capti, sed juri venandi derogatum esse. Unde si homo plebejus, aut quis alius, cui jus venandi non est, feram venando ceperit, licet incidat in pœnam legibus constitutam, fera tamen nihilominus illius fit: & quamvis capta jubeatur capienti auferi, id non tam ideo fit, quia capientis facta non est: sed quasi ab indigno & pœnæ causa: eadem planè ratione, qua laquei, jacula, aliaque id genus instrumenta venatoria hujusmodi hominibus admittuntur. Quod si vero id, quod ita captum est, alteri bona fide accipiendi ex justa causa traditum sit, adimi hoc ei non poterit: neque enim furtivum aut alienum possidet, ut ab eo vindicari queat; neque dici potest pœnam legis mereri, qui nihil diliquit, nihil contra legem fecit, *l. aliud est fraus* 131. *de verb. sign.* Huic non absimile est, quod de fera in alieno fundo capta diximus, eam capientis fieri, quamvis in alieno venari invito domino non liceat. Ita *Covarr. d. de* §. 8. *num.* 5. *& seq. Christin. ubi sup. n.* 17. *Gudelin.* 2. *de jur. nov. cap.* 2. *Zypæ notat. jur. Belg. de jur. fisc. & tit. de venat. ferar.*

TEXTUS.
De apibus.

14. *Apium quoque fera natura est. Itaque apes, quæ in arbore tua consederint, antequam à te alveo includantur, non magis tuæ intelliguntur esse, quam volucres, quæ in arbore tua nidum fecerint: ideoque si alius eas incluserit, is earum dominus erit. Favos quoque si quos effecerint, eximere quilibet potest. Planè integra re; si prævideris ingredientem fundum tuum, poteris eum jure prohibere, ne ingrediatur. Examen quoque, quod ex alveo tuo evolaverit, eousque intelligitur esse tuum, donec in conspectu tuo est alioquin occupantis fit.*

COMMENTARIUS.

1. *Omnes apes natura feras esse, non eas solas quas rei rusticæ scriptores sylvestres appellant.*

Quia de quibusdam animantibus dubitari poterat, sintne natura fera, an mansveta, & maximè de apibus, pavonibus, columbis, gallinis & anseribus, non abs re est, quod hoc loco nos Imp. docet, quo numero hæc animantia habenda sint. Ambigi primo potest de apibus; quippe quas Plinius tradit nec mansveti generis esse, nec feri, *lib.* 11. *nat. hist. c.* 5. Varro *lib.* 3. *de re rust. c.* 16. in feras & cicures distinguit, uti & Columel. *lib.* 9. Plinius *d. lib. c.* 18. in rusticas sive sylvestres & urbanas. Ulpianus autem noster *l.* 8. §. 1. *fam. erc.* videri potest hæc animalcula in genere mansvetorum habuisse, cum ex sententia Pomponii respondet, apes venire in judicium familiæ erciscundæ: quia in patrimonio nostro sunt, eumque, qui eas amovet, furtum committere, Paulus vero in eadem re feras à cicuribus manifeste separat, *l. si apes* 26. *de furt.* Sed dubitandum non est, quin, ut diversa sint apum genera, una tamen omnium sit natura, eaque & sylvestris, ut hic ex Gajo *l.* 5. §. 2. *hoc tit.* refert Justinianus. Liberè enim omnes feruntur & vagantur, nec raro locum & alvearia mutant, etiam quæ aliquamdiu inclusæ fuerunt. Quamobrem licet Plinio videantur mixti esse generis, fortasse quod in iis quid observarit, quod naturam animalis mansveti sapiat: tamen in hoc, quod tractamus, argumento pro feris omnino habendæ sunt.

Nec obstat distinctio illa Varronis: nam cum feras à cicuribus non natura, sed loca separet, feras appellans, quæ pascitant in sylvestribus, cicures, quæ in locis cultis habentur, satis apparet, cicures eum vocare, non quæ natura tales sunt, sed cura hominum, cicuresque dixisse pro cicuratis, vel potius pro iis, quæ minus feræ sunt, & occupatæ facilius mansvefiunt quam sylvestres, Ulpianus autem *d.l.8.§.1.fam. erc.* apertè loquitur de apibus, quæ alveariis jam inclusæ ita assuefactæ sunt, ut ubi evolaverint, eundem locum spontè repetant: neque aliis apibus feras opponit Paul. *d.l. si apes de furt.* Constat autem, animalia, quæ ex feris mansvefacta atque ita condocefacta sunt, ut ex consvetudine abeant & redeant, cum de occupatione eorum quæritur, quamdiu illam consvetudinem retinent, eodem jure quo mansveta haberi. Unde rectè argumentatur Quintilianus *declam.12.* apes, quæ ex alveariis nostris manè evolant, & vesperi domum sua spontè revolant, finemque laboris sui sole metiuntur, nostras esse.

Antequam à te alveo includantur] Nam inclusio hæc occupatio est. Quæ autem animalia semel nostra facta sunt occupatione, ea tamdiu nostra manent, neque ab alio occupari possunt, quamdiu possessionem eorum retinemus, *fac. l. 3. §. quidam 16. de acq. poss.* Alveus autem est χειροποίητος, puta ex vimine, aut inani cortice: favum ipsæ sibi apes conficiunt. *Varr. de re rust. cap. 16.*

Volucres quæ in arbore tua nidum fecerint] Quemadmodum volucrum in arbore tua nidificatio non efficit, ut aut ipsæ aut pulli earum tui censeri debeant, ita nec apium in arbore tua consessio facit. ut aut ipsæ aut nova earum soboles tua efficiatur: sed ex regula superiore primo occupanti aut includenti cedunt. Quæ apium eadem & favorum ratio est, si quos fortè in arbore tua fecerint, antequam à tè alveis includerentur, *d.l. si apes de furt.*

Poteris eum jure prohibere] Eodem jure, quo prohibere potes, si prævideris, eum, qui venandi causa in tuum fundum vel ingredi, adversus quem, si te invito ingressus fuerit, prodita tibi est actio injuriarum, ut non multo ante didicimus ex *l. 13. §. ult. de injur.*

Examen] Non solum vetus, sed & novum, apum recens natarum, quæ ex alveariis ad novas sedes quærendas à parentibus extrusæ sunt: nam si parentum fera natura est, necesse est & feram naturam esse prolis.

Textus.

De Pavonibus & columbis & cæteris animalibus mansvefactis.

15. *Pavonum quoque & columbarum fera natura est: nec ad rem pertinet, quod ex consvetudine evolare & revolare solent: nam & apes idem faciunt, quarum constat feram esse naturam. Cervos quoque quidem ita mansvetos habent, ut in silvam ire & redire soleant, quorum & ipsorum feram esse naturam nemo negat. In iis autem animalibus, quæ consvetudine abire & redire solent, talis regula comprobata est; ut eousque tua esse intelligantur, donec animum revertendi habeant. Nam si revertendi animum habere desierint, etiam tua esse desinunt, & fiunt occupantium. Revertendi autem animum videntur desinere habere tunc, cum revertendi consvetudinem deseruerint.*

Nota.

15. *Pavonum & columbarum*] *d.l.5.§.5.* Sed hæ volucres facilè cicurantur & domibus adsvescunt, utique quæ natura minus feræ sunt, minusque abhorrent à consvetudine hominum. vid. Varr. *3. de re rust.7.* Colum. *l. 8.c.15.*

Revertendi consvetudinem deseruerint] Ultro, non si ab alio detenta, *l.8.§.1.D.fam.erc.* Hoc autem totum ex circumstantiis judex æstimabit. Wesemb.

Commentarius.

1. *Pavones & columbas pro feris haberi, etsi non omnes æquè feram naturam habeant.*
2. *Moribus Gallorum & nostris animalia, quæ revertendi consuetudinem deseruerunt, non fieri occupantium.*

Secundo eadem dubitandi ratio esse poterat de pavonibus & columbis, saltem quoad quædam genera. Nam pavones quod attinet, distinguunt rei rusticæ scriptores pavones agrestes, qui insulas & nemorosa loca captant, ab iis, qui in prædiis gregatim pascuntur. Varro *lib.3.de re rust.* & Columel. *lib.8.cap.11.* Idem Varro *d. lib.cap.7.* duo itidem esse genera columbarum tradit: unum agreste, quod habetur in turribus & columinibus villæ, unde & columbæ appellatæ sint; alterum clementius, quod cibo domestico contentum intra limina januæ pasci solet. Porro ex domesticarum & agrestium conjunctione nasci & miscellum tertium genus. Sed idem hic responderi potest, quod de apibus, esse quædam genera pavonum itemque columbarum, quæ natura minus feræ sunt, minusque ab hominum consvetudine abhorrent: pro feris tamen omnes haberi: quia facilè avolant, & cum agrestibus sese conjungunt. Certè Cajus *l.5.§. pavonum hoc tit.* & Justinianus hic simpliciter hasce aves earum numero adscribunt, quæ sunt generis feri, quod & Grot. facit. *lib. 2. man.*

man.c.4. Meminit quidem & pavonis mansveti Pompon. *l. si pavonem 37. de furt.* sed opinor mansvetum dixisse pro mansvefacto. Illud nullum argumentum est mansvetudinis, quod hæ aves ex consvetudine evolare & revolare solent: nam & apes idem faciunt: & cervos, quorum utique fera natura est, ita assvefieri posse constat, ut aliquo abeant, & sponte sua redeant domum. Exemplum cervi ita instituti à Tyrrhei liberis & præsertim Silvia filia habemus apud Virgilium *lib. 7. Æneid.* & alterum cervæ Sertorianæ apud Plutarch. *in Sertor.* Fatendum tamen est, pavonibus & columbis hoc propemodum naturale esse, & placidis in eo similiores, quam feris.

In iis autem animalibus] Natura videlicet feris, de quibus hic sermo est; nam in placidis, quæ hominum consvetudine natura gaudent, obtinet, quod ex Gajo traditur *§. seq.*

Cum revertendi consvetudinem deseruerint] Tunc enim genitalem feritatem, quam exuerant, recipiunt & sæva feris natura redit, ut loquar cum Claudiano. Cæterum ex circumstantiis judex æstimabit: neque enim placet eorum sententia, quæ desvetudinem revertendi ex una & altera intermissione metiuntur: quamvis id plerique faciant, teste *Wesemb. hic.* Enimvero si quis, verbi gratia, columbas, quæ ex columbariis nostris avolant & revolant, vetitis rationibus averterit, ita ut animum revertendi abjiciant, dubium non est, quin in factum actione teneatur, & captarum nomine etiam furti, *l. 8. §. 1. fam. erc.* Gallorum moribus animalia, quæ ex consvetudine abire & redire solent, dominorum esse non desinunt, nec fiunt occupantium, quamvis custodiam nostram evaserint, & deseruerint animum revertendi, quod maximè in falconibus & accipitribus observatur. *Ioan. Fab. hic Autumn. coll. jur. Gall. ad l. 5. eod.* Idemque de moribus nostris testatur *Grœnero. de ll. abrog. hic.*

Textus.

De Gallinis & anseribus.

16. Gallinarum autem & anserum non est fera natura: idque ex eo possumus intelligere, quod aliæ sunt gallinæ, quas feras vocamus: item alii sunt anseres, quos feros appellamus. Ideoque si anseres tui, aut gallinæ tuæ, aliquo modo turbati turbatæve evolaverint, licet conspectum tuum effugerint, quocumque tamen loco sint, tui tuæve esse intelliguntur: & qui lucrandi animo ea animalia detinet, furtum committere intelligitur.

Commentarius.

1. *Etiam ob gallinam vel anserem surreptum dari actionum furti.*

Postremo dubitatum de gallinis & anseribus: & harum avium naturam initio feram esse negat Justinianus, quod & Gajus facit, *l. 5. §. gallinarum hoc tit.* mox tamen & ille & hic earum duo genera faciunt, quorum alterum natura sit ferum & agreste, alterum mansvetum & placidum: eamque naturarum differentiam in omni ferè genere animalium animadverti posse testantur Plinius *lib. 8. c. 53.* De generibus anserum & gallinarum & natura cujusque scripsere idem *Plin. lib. 10. c. 21. Varr. lib. 3. de re rust. c. 9. Columel. lib. 8. c. 2. Pallad. lib. 1. c. 30.*

Quocunque loco sunt, tui tuæve] Regula generalis est, ad omne genus animalium mansvetorum pertinens, ea nostra manere, quamvis ita aufugerint, ut neque sint in conspectu nostro, & ubi ea sint, ignoremus, vel quocunque modo hoc acciderit: neque enim in his occupationi locus est. Quapropter etsi lupus ovem meam, exempli causa, rapuerit, ea mea esse non desinet, quamdiu recipi potest: & si fortè eam alius, lupum canibus suis persecutus, eripuerit, suam non faciet; sed reposcenti mihi restituenda, *l. Pomponius 44. hoc tit.* Tres igitur regulæ pro triplici animalium differentia ex his, quæ hactenus diximus, observentur. 1. Feras quarum libertas vel nunquã adempta est, vel quæ captæ in eam se receperunt, occupantis fieri. 2. Animalia mansveta, quocunque loco sint, nostra manere, neque occupatione cuiquam acquiri posse. 3. Mansvefacta ita ut abire & redire soleant, quamdiu eam consvetudinem retinent, jure mansvetorum censeri; deposito revertendi animo, ut cæteras feras, secundum regulam concedi occupanti.

Furtum committere intelligitur] *l. 5. §. gallinarum d. l. Pomponius 44. hoc tit.* quod & in mansvefactis obtinet, si quis ea animalia, cum ex consvetudine abire & redire solita essent, interceperit, *l. 8. §. 1. fam. erc. l. si pavonem 37. de furt.* Atque his omnibus locis traditum est, etiam actionem furti eo nomine competere: nempe quia hoc exigit ratio justitiæ, quæ non ex quantitate, sed ex suis regulis debet æstimari. Cui contrarium non est, quod legimus actionem de dolo ob rem vel summam minimam, veluti ob duos aureos, non dari, *l. 9. in fin. cum 2. ll. seqq. de dol.* siquidem actio de dolo, præterquam quod æquè ac furti famosa est, remedium est extraordinarium, atque in subsidium duntaxat, si alia actio non sit, & res alicujus momenti esse videatur, comparatum, *l. 1. §. ait prætor, de dol.*

TEX-

TEXTUS.

De occupatione in bello.

17. Item ea, quæ ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fiunt: adeò quidem, ut liberi homines in servitutem nostram deducantur: qui tamen, si evaserint nostram potestatem, & ad suos reversi fuerint, pristinum statum recipiunt.

NOTÆ.

17. *Ex hostibus capimus*] *l. 5. §. ult. l. 7. pr. eod.* Aristot. 1. *pol. 4. & 5.*

Nostra fiunt] Jure gentium res hostium eodem loco sunt, quo res nullius, ac proinde eorum fiunt, qui primi earum possessionem nacti sunt, *l. 1. §. 1. D. de acq. poss.* & tàm res immobiles, quàm mobiles. Capientes intelligendi non tantùm, qui per se capiunt: sed etiam, qui per alios. In actu belli publico & imperato singuli, ut ministri operam navant, & Principi aut populo, qui ministerii eorum utitur acquirunt: hinc præda & ager ex hostibus captus publicantur, *l. pen. de ad leg. Iul. pecul. l. 70. §. 1. D. de capt.* Extra actum publicum singuli sibi capiunt; quia non capiunt, ut ministri. Grot. *3. de jur. bell. c. 6.*

COMMENTARIUS.

1. *Res hostium veteribus eodem loco fuisse, quo res nullius, & ideò iis concessas, qui primi earum possessionem adepti essent, vel per se vel per alios.*
2. *Agrum hostilem non nisi actu publico capi posse; ac proinde captum fieri publicum populi.*
3. *Moventia & mobilia, quæ in ministerio publico capiuntur, & ipsa fieri populi: alias eorum, qui manu capiunt, & quid hodiè.*

QUod hic & apud Gajum *l. 5. §. ult. eod.* traditur, ea, quæ ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fieri, difficultate non caret. Nam alibi legimus, agrum ex hostibus captum publicari, *l. 20. §. 1. de capt. & postlim.* bona captivorum in fiscum cogenda, *l. divus 31. de jur. fisc.* captivos ab Imperatoribus vendi solere, *l. 4. §. 2. de stat. hom.* qui prædam ab hostibus captam surripuit, lege peculatus teneri, *l. pen. ad lege Iul. pec.* in corpore Canonum, distribui prædam publico arbitrio, *c. dicat aliquis, c. 23. q. 5.* Apud alios manubias, id est, pecuniam ex venditione prædæ redactam per quæstores inferri ærarium. *Gell. lib. 15. c. 23. Vellei. lib. 2. Cic. 3. epist. 7.* Quæ omnia arguunt, ipsi populo, non singulis, qui capiunt, res hostium acquiri. Et de agro ex hostibus capto omnes consentiunt, eum fieri publicum sive populi. Sed quod attinet ad res mobiles & se moventes, plerique putant, has primo ac jure ipso fieri singulorum, qui manu capiunt; cæterum duci assignanda; qui inter milites distribuit, *Bart. in l. 28. de capt. Alex. & Ias. in l. 1. de acq. poss. Covar. in c. peccatum p. 1. §. 2. n. 6. de reg. jur. n. 6.* Alii censent, hæc simpliciter acquiri singulis capientibus. *Vacon. à Vacun. lib. 2. c. 25. Cujac. 19. obs. 7.* Merenda simpliciter populo aut Principi, cui bellum geritur, *lib. 2. contr. 22.* Sed nulla harum sententiarum probanda. Potuit sane consensu gentium utrumvis constitui, ut aut capta populo bellum gerenti, aut cuivis, qui manu caperet, in dominium cederent: sed quid voluerint, quærimus. Id vero nos docet Paulus ex Nerva filio, *l. 1. §. 1. de acq. poss.* nimirum jure gentium res ho- 1
stium hostibus esse non alio loco, quam quo sunt res nullius, ac proinde eorum fieri, qui primi earum possessionem nacti sunt. Non distingunt in hoc negotio inter res mobiles & soli; neque distinguere debuerunt. Nam quæ nullius sunt, sive immobilia sint, sive mobilia, semper fiunt capientium; sed tam eorum, qui per alios, quam qui per se capiunt: neque enim servi tantum aut filiifam. sed & liberi homines, qui in venando, aucupando, piscando, margaritas legendo operam suam addixerunt, statim ejus, quod ceperunt, possessionem & dominium aliis acquirunt, iis scilicet, quibus operam navant: quippe quæ naturaliter acquiruntur, non modo per nosmetipsos, sed etiam per quemlibet alium, cujus ministerio utimur, acquirere possumus: locumque hic habet, quod dicitur, nihil interesse, utrum per se quis faciat, an per alium, *l. ea quæ 53. hoc tit. l. 1. §. per procuratorem 20. l. 3. §. 1. d. acq. poss.* Sic apud Græcos, quæ in Olympiis certabant, præmia acquirebant iis, à quibus mittebantur. Igitur res hæc expedienda est cum D. Grotio *3. de jur. bell. 6. n. 10.* & D. Tulden. *in comm. hic c. 29.* distinctione facta inter actus verè publicos belli, & inter actus privatos, qui fiunt occasione belli publici; ut dicamus, per illos actus res acquiri populo, per hos primo ac directè privatis. Res soli, nisi 2
publico actu, inducto exercitu, impositis præsidiis, capi non solent: & ideo, ut Pomponius respondit, publicatur ager, sive publicus fit populi, qui ex hostibus captus sit, *l. si captivus 20. §. 1. de capt.* Solebant autem Romani, ut hoc obiter addam, agros ex hostibus captos aut totos publicare, aut partiti in victorem populum, aut per censores locare; interdum modico veteri possessori honoris gratia relicto aut distrahere, aut assignare veteranis, aut certum iis vectigal imponere: quarum rerum passim in legibus, historiis, & agrimensorum commentariis testimonia extant, *vid. l. 15. §. 2. de rei vind. l. 11. de evict.* consule porro *Brisson. 4. select. ant. 1. Pet. Fabr. 2. sem. 3. & 4.*

& 4. *Connan. 3. comm 5.* Mobilia vero & se moventia aut in ministerio publico capiuntur, aut extra illud: priore casu etiam illa populi fiunt, cui hic singuli ut ministri operam navant: nam ut ducibus exercitus prædæ dispensandæ aliquod arbitrium concessum fuerit: tamen actus sui rationem debebant populo: de quo latè *Grot. ubi sup. n. 15.* Posteriore autem casu fiunt singulorum capientium: quia quod extra actum publicum capiunt, non intelliguntur capere ut ministri. Atque huc referendum est illud Celsi *l. transfugam 51. §. 1. hoc tit. Quæ res hostiles apud nos sunt non publicæ, sed occupantium fiunt.* Quæ apud nos sunt, hoc est, bello exorto apud nos deprehenduntur. Nam idem & in hominibus observabatur. Quam in rem insignis est locus Triphonini *l. in bello 12. pr. de capt. Verum in pace,* inquit, *qui pervenerunt ad alteros, si bellum subito exarsisset, eorum servi efficiuntur, apud quos jam hostes suo fato* (ita legendum, non *suo facto,* ut habent libri) *deprehenduntur.* Fato hoc adscribit Jurisconsultus, quia nullo suo merito in servitutem deveniunt: nam fato hujusmodi adscribere translatitium est. Tale illud Nævii; *Fato fiunt Romæ Metelli consules.* Hinc etiam est, quod si quid milites capiunt non in procinctu, aut in eo, quod facere jubentur, sed in eo, quod promiscuo jure aut solo permissu faciunt, id sibi statim acquirunt: capiunt enim non ut ministri. Talia sunt spolia, quæ detrahuntur hosti in dimicatione singulari. Talia quoque, quæ procul ab exercitu in liberis & injussis excursibus capiunt. Nunc vero passim usurpatur, ut in direptionibus oppidorum & præliis suum quisque faciat, quod cepit: in excursibus vero capta omnia fiant eorum, qui in comitatu sunt, inter ipsos pro dignitatis ratione partienda.

Vt liberi homines in servitutem] Hoc etiam in Lusitania aliisque locis Turcorum imperio vicinis observatur. Cæterum Christianarum penè omnium gentium velut mutuo consensu comparatum est, ut capti etiam in bello justissimo libertatem retineant, eosque tamdiu duntaxat retinere liceat, donec pretium redemptionis exolverint, quod *lib. 1.* memini me fusius explicasse.

Pristinum statum recipiunt] Igitur & ingenuitatem, quamvis apud hostes manumissi sint: nam ratio postliminii efficit, ut hic quoq; locum habeat, quod sæpissimè constitutum est, natalibus non efficere manumissionem, *§. ult. sup. de ingen.*

TEXTUS.

De occupatione eorum, quæ in littore inveniuntur.

18. Item lapilli, & gemmæ, & cætera, quæ in littore maris inveniuntur, jure naturali statim inventoris fiunt.

COMMENTARIUS.

Acquisitionis naturalis & quidem occupationis species est & inventio. Ea pro duplici objecto distingui potest in duo genera: nam aut earum rerum est, quæ nunquam ullius fuerunt; aut earum, quæ desierunt habere dominum, quales sunt thesaurus & res pro derelicto habitæ. De priore genere hic agitur, de altero in *§. thesauros & §. pen. inf. eod.*

Lapilli & gemmæ] Margaritæ, conchylia, coralia, cæteraque, quæ in mari aut littore maris nata, nec ab alio ante occupata, inveniuntur, *l. 3. de rer. div. l. 1. §. 1. de acq. poss.* Quod autem à mari productum non est, sed à navigantibus in tempestate ejectum, vel quod naufragium fluctibus in littus expulsum est, eorum permanet, qui ejecerunt, vel naufragium fecerunt, *§. ult. inf. eod.* Inter lapillos & gemmas hoc interesse ex Servio Ulpianus refert, *l. cum aurum 19. §. gemmæ 17. de aur. arg. leg.* quod gemmæ propriè dicantur lapides pretiosi, qui natura perlucidi sunt; lapilli, qui sunt contrariæ naturæ: quod discrimen etsi non usquequaque ab aliis scriptoribus observatur: nulla tamen ratio est, cur ob id Jurisconsultos reprehendat Valla. *vid. Alciat. lib. 4. de verb. sign.*

Statim inventoris fiunt] Inventio species est, ut diximus, occupationis. Non igitur ut quisque hæc videre cœperit & notare oculis, ita statim ejus fient, quod quidam putant, sed necesse est, ut possessionem eorum nanciscatur, si mobilia sint, manu apprehendat, si immobilia, ea ingrediatur, *l. 1. §. 1. & ibi Coras. n. 12. l. 3. §. 3. D. de acq. poss. Connan. 3. comm. c. 3. Grot. mar. lib. cap. 2.* Cæterum si quis non in totum præoccupaverit, sed inventorem jam apprehensioni operam dantem adjuverit, judicatum fuit, inventorem esse præferendum. *Horat. Rovat. decis. Lucens. 23. D. Tulden. hib c. 13.* Harum autem rerum dominium semel inventori quæsitum etiam amissa possessione retinetur, ut juris est in rebus omnibus, quæ dominio nostro subjectæ sunt, exceptis feris bestiis, quæ ubi custodiam nostram evaserint, una cum possessione dominium nobis auferunt, quasi jure quodam postliminii in pristinam libertatem reversæ.

TEXTUS.

De fœtu animalium.

19. Item ea, quæ ex animalibus dominio tuo subjectis nata sunt, eodem jure tibi acquiruntur.

COMMENTARIUS.

Quæcunque jure gentium acquiruntur, ea diximus in summa nobis acquiri duabus rationibus: facto, & occupatione nostra; rei nostræ potestate, ac beneficio. Rei nostræ hæc vis est, ut duo nobis tribuat; fœturam, hoc est, quicquid ex ea nascitur aut provenit; & accessionem, sive quicquid ei accedit, ita ut unitum ab ea trahatur. quæ distinctio docendi causa à nobis retinebitur. DD. vulgo utramque illam rei nostræ vim uno accessionis nomine comprehendunt: cujus deinde duo genera faciunt; discretam, puta fœtus animantium; & continuam, veluti alluvionem. Nonnulli inter quos Cantiuncula & Bachovius, etiam ea, quæ rebus nostris accedunt aut ex iis nascuntur, genere quodam occupationis nobis quæri volunt, non equidem veræ, sed fictæ & commentitiæ, quasi illa quodammodo à re nostra & per eam à nobis occupentur. Sed nihil opus est commentis, ubi sine illis res æquè intelligi potest. Mitto, quod hæ res etiam ignorantibus nobis acquiruntur, atque adeo invitis. Præsens hic §. ad fœturam pertinet; sequentes aliquot ad accessionem.

Ex animalibus nostris] *l. 2. l. 6. hoc tit.* item partus editi ab ancillis nostris, *§. pen. sup. de jur. pers.* In summa quicquid res nostra ex se edit, sive ea mobilis sit, sive soli, id nobis hoc jure acquiritur: quamvis de solo fœtu animalium hic sermo. Et placet, hæc statim ipso ortu nobis acquiri, etiam ignorantibus & tantum non invitis: nimirum vi & potestate rei nostræ, sicut diximus. Planè autem eadem ratione fœtus animalium nostrorum nostri fiunt, qua nostra fiunt, quæ in solo nostro nata sunt: nimirum ut solum ipsum hæc nostra facit, non satio ulla aut plantatio undecumque profecta: *l. qui scit. 25. de usur. l. 11. C. de rei vind.* ita & animalia & ancillæ nostræ, quia instar soli sunt, ea, quæ conceperunt, nobis pariunt; nec vis maris inspicitur, quæ similis est sato, *l. 5. §. 2. de rei vind. l. 7. C. eod.* Atque ut fructus à solo nostro separati ideo nostri sunt & manent, quia cum adhuc solo cohærebant, pars soli intelligebantur: *l. 44. de rei vind.* ita & fœtus ab animalibus nostris & partus ab ancillis editi, nostri manent: quia antequam edantur, portio sunt viscerum matris, *l. 1. §. 1. de ventr. inspic.* Adde quod fœmina in alendo fœtu omnia confert de suo, quæ & ipsa interim à domino alenda sit. Etsi igitur doctiss. Grot. *2. de jur. bell. cap. 8. n. 18.* juri naturæ magis convenire putat, ut fœtus communicetur cum domino maris, si is non ignoretur; ego tamen in veterum sententiam concedo, ob rationes, quas jam memoravi.

TEXTUS.

De alluvione.

20. Præterea quod per alluvionem agro tuo flumen adjecit, jure gentium tibi acquiritur. Est autem alluvio incrementum latens. Per alluvionem autem id videtur adjici, quod ita paulatim adjicitur, ut intelligi non possit, quantum quoque temporis momento adjiciatur.

COMMENTARIUS.

1. *Iuri alluvionis locum esse in agris arcifiniis non in agris limitatis, aut certa mensura comprehensis.*
2. *Quid de alluvionibus juris sit in his regionibus.*

Potestate rei nostræ etiam ea jure gentium acquirimus, quæ rebus nostris ita accedunt, ut iis cohæreant atque ab iis trahantur: unde hoc genus acquisitionis accessio appellatur. Accessio hæc conting t vel facto & opera hominis, de quo genere *inf. §. si tamen 26.* & multis *seqq. eod.* vel citra eam, naturali operatione & beneficio fluminis. Atque hoc modo quatuor rerum genera nobis acquiruntur; quæ latenter per alluvionem à flumine agris nostris adjiciuntur; quæ aperta vi fluminis de alieno avulsa cum prædio nostro unita sunt; insula in flumine nata; alveus à flumine relictus: quæ & totidem §§. ordine explicantur ex Cajo *l. 7. §. præterea & seqq. eod.* & primum quidem genus in textu proposito. In Cod. etiam tit. est *de alluvionib.*

Agro tuo] Arcifinio scilicet, qui non alium finem ea parte habet, quam naturalem, id est, ipsum flumen: nam agros limitatos alluvionem non habere disertè traditum est *l. in agris 16. eod. & fac. l. 1. §. si insula 6. de flum.* Quantum autem ex *d. l. 16.* colligere licet, ager limitatus dictus fuit, ager ex hostibus captus, & deinde à populo vel Principe privatis ita possidendus datus, ut certis limitibus sive finibus jus possessoris circumscriberetur, ut sciretur, quod extra hosce fines esset, id publicum manere; sive quid accrevisset postea, id populo accrescere, *vid. Don. 4. comment. 27. Giphan. ad d. l. 16. Connam. 3. comm. 5.* qui hunc locum præ cæteris illustrat ex Aggen. & Jul. Frontino *de qualitate agror. & controversia limit.* Limitatis agris similes sunt, qui certa mensura comprehenduntur, parisq; in hac re juris cum limitatis esse debent, ut jus alluvionis non habeant, cum possessores eorum ultra assignatum modum nihil possidere possint; *Connan. d. loc. Grot. 2. de jur. bell. c. 8. n. 12.* 1

Flumen adjecit] Ad differentiam lacuum & stagnorum, in quibus jus alluvionis non agnoscitur. Etenim ut sola flumina fluxum & motum natura-

lem habent, quo fit, ut ripas suas & terminos sæpè mutent, ita & sola alluvionem admittunt. Lacus autem & stagna licet interdum crescant & decrescant: tamen quia terminos suos retinent, alluvionem natura non recipiunt, *l. lacus 12. eod.*

Incrementum latens] Alluvionem dicit esse incrementum latens, cum quid ita paulatim & obscurè prædio nostro adjicitur, ut sensu percipi non possit, quantum quoq; temporis momento alterius prædio detrahatur, & adjiciatur nostro, *ἀύξησιν ἀνεπαισθητον*. Ex quo crescit hujus acquisitionis æquitas: nimirum quod quæ alluvione accedunt, ita lente & obscurè detrahantur, ut intelligi non possit, si fortè de his restituendis quæratur, quorum prius fuerint, aut quibus detracta. De alluvionibus ex professo scripserunt Bart. *p. 1. tract. Tyberiad.* & Baptipsta Aymus tribus libris. In hac regione quid de alluvionibus juris sit, certa aut generali definitione comprehendi non potest. Principis nomine contenditur, al-
2 luviones, ut sequelas & appendices fluminum, jura esse solius fisci. Alii contra id negant, estque hæc res admodum dubia propter diversitatem consvetudinum & rerum judicatarum. Planè in meridionali parte Hollandiæ nemo pridem repertus est, qui jus alluvionis sibi vindicaret, nisi qui diceret, id à Principe sibi esse concessum, aut agrum assignatum eo jure, quo Princeps eum habebat, id est, ad flumen usque: uti olim judicatum est de agris ad Mosam & Isalam sitis: quia & in litteris mancipationum & in libris censualibus semper dicti erant ad flumen pertingere. Illud constat, agros, qui à Principe alicui conceduntur certa mensura definiti, jus alluvionis non habere, & quod extra eam mensuram alluvione accedit, id acquiri fisco. In Zelandia vasallis de alluvionibus non movetur controversia, ne iis quidem, qui de civilibus tantum judices dant, propterea quod cum jurisdictione simul acceperunt agrorum universitatem, salvo eo, quod privatis competit. Nam quoniam hi agri olim populi aut Principis fuerunt, aut à Principe siccati, vasalli idem juris consequuntur, quod Populus aut Princeps habuit, *vid. Grot. 2. manud. 6. & lib. 2. de jur. bell. c. 8. n. 12. & 15. add. Grœnevv. de legib. abrog. hic.*

TEXTUS.

De vi fluminis.

21. *Quod si vis fluminis de tuo prædio partem aliquam detraxerit, & vicini prædio attulerit, palam est, eam tuam permanere. Planè, si longiore tempore fundo vicini tui hæserit; arboresque, quas secum traxit, in eum fundum radices egerint; ex eo tempore videntur vicini fundo acquisitæ esse.*

NOTA.

21. *Tuam permanere*] *l. 7. §. 2. D. h. t.* Ratio est, quia manet eadem species, nec tua culpa aut negligentia, sed violentia fluminis avulsa est.

Radices egerint] Quod est argumentum coalitionis. Cæterum etsi nulla arbor in parte detracta fuerit, tamen postquam ea coaluit, & unitatem cum terra nostra fecit, nostra esse incipit, *l. 9. §. 2. D. de damn. inf.*

COMMENTARIUS.

1. *In calce hujus §. pro* videntur acquisitæ, *&c. omnino legendum esse numero singulari*, videtur acquisita, *&c.*
2. *An postquam pars detracta coaluit, adhuc priori domino supersit actio ad pretium consequendum.*

PRoponitur hic altera accessionis species, quæ à flumine est, & earum rerum, quæ non latenter, sed vi fluminis aperta alieno prædio detractæ & in vicinum invectæ sunt. Hæc à superiore illa multum differt. Nam si pars terræ integra à vicino agro vi fluminis avulsa sit, & nostro prædio adjecta, ea non statim nobis acquiritur, ut acquiruntur, quæ latenter flumen adjicit per alluvionem: sed quamdiu nondum coaluit & unitatem cum terra mea fecit; manet ejus, cujus ante fuit: quia manet eadem species seu idem individuum, ut loquuntur; aut, ut clarius loquar & nostro more, quia, cum nondum coaluit, partem prædii mei non facit, ut ei cedere debeat. Ubi vero coaluit, & tanquam trabali clavo agro meo affixa est, jam ut pars fundo meo cedat necesse est, & mihi jure accessionis acquiritur. Hujus igitur acquisitionis flumen ex parte tantum causa est, & remotior; proxima & potissima coalitio.

Videntur vicini fundo acquisitæ] Locus mendo- 1
sus est, & restituendus ex Pand. Florentinis, in quibus legitur numero singulari, *videtur vicini fundo acquisita l. 7. §. 2. hoc tit.* quam lectionem flagitat ipse contextus, cum, si numero plurativo legas, mutetur subjectum quæstionis. Non enim de arboribus cum parte fundi avulsis & translatis quæsitum fuit, sed de parte avulsa duntaxat, & prædio alieno adjecta: cumque hac avusione Justinianus & Gajus initio negent partem illam statim amitti aut acquiri, quis non videt, quod mox subjiciunt de acquisitione, ubi pars detracta cum prædio; cui adjecta est, coaluit, de partis ipsius, non de arborum, si quæ fortè simul avulsæ & translatæ fuerint, (quanquam & ipsæ jus partis adjectæ sequuntur) acquisitione esse intelligendum? Et quid si nulla arbor in parte detracta fuerit? an dicemus, partem detractam sine arboribus coalescere & uniri cum prædio, cui adjecta est, non posse? An vero coalitionem hanc non mutare causam dominii? quorum alterū manifestè

seste falsum est: alterum falsum esse ex Alfeno nos docet Ulpian. *l. 9. §. 2. de damn. inf.* Quæ mirum est, Cujacium, Hotomannum, Pacium, aliosque, qui hunc locum πληθυντικῶς, ut vulgo legitur, legendum etiam contendunt, non considerasse. Igitur ut rem in pauca conferam, portio fundi ita uti diximus detracta & nostro fundo adjecta, si tamdiu fundo nostro adhæserit, ut coaluerit cum eo, & quod argumentum est coalitionis evidentissimum, si arbores, quas fortè secum traxit, in fundum nostrum radices egerint, ex eo tempore nobis
2 quæsita intelligitur. Alia quæstio est, an post coalitionem adhuc aliqua actio supersit priori domino, saltem pretii consequendi gratia, cum iniquum videatur, quenquam locupletari cum alterius damno, quod sine culpa ejus contigerit: ut in proposito, in quo quæritur de parte agri non negligentia possessoris amissa, sed abrepta violentia fluminis, hoc est, vi majore, ne quis possessori objicere possit, quod ripam suam tueri debuit. In contrarium tamen dici potest, partem abreptam, non statim ut abrepta est, & in fundum meum, licet munere quodam fortunæ, appulsa, meam fieri: sed post longum demum tempus, postquam tamdiu hæserit, ut jam cum terra mea unita sit: ac proinde ut prior possessor causetur violentia amnis, objici tamen ei posse, quod partem avulsam, cum posset, non vindicaverit, sed tamdiu passus sit eam hærere fundo alieno, ut tandem cum eo coaluerit & unum facta sit, ut ipse quodammodo eam alienasse videatur, sicut de eo responsum est, qui rem suam patitur usucapi, *l. alienationis 28. de verb. sign.* ita ferme & *D. Tuld. hic c. 26.* Planè qui facto alieno rem suam hoc jure inviti amiserunt, iis succurri solet vel utili actione in rem *l. 5. §. 3. de rei vind. l. qua ratione 9. §. 2. hoc tit.* vel, quæ actioni in rem subsidiaria est, actione in factum, *l. in rem 23. §. item quæcunque 5. de rei vind.* pretii nimirum consequendi causa. Atque ita propemodum hæc quoque explicaverunt antiqui, teste Joan. Fabro. Glossa in *d. l. 5. §. 3. de rei vind.* parum sibi constat.

TEXTUS.

De Insula.

22. *Insula, quæ in mari nata est (quod raro accidit) occupantis fit: nullius enim esse creditur. An insula in flumine nata (quod frequenter accidit si quidem mediam partem fluminis tenet, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis propè ripam prædia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque prædii, quæ prope ripam sit. Quod si alteri proximior sit parti, eorum est tantum, qui ab ea parte propè ripam prædia possident. Quod si qua parte divisum sit flumen, deinde infra unitum, agrum alicujus in formam insulæ redegerit, ejusdem permanet is ager, cujus & fuerat.*

NOTÆ.

Occupantis fit] *d. l. 7. §. 3. h. t.* juxta regulam, *Quod ante nullius est, &c.*

Siquidem mediam partem, &c.] Insula in flumine nata communis est eorum, qui utrinque finitima prædia possident pro cujusque prædii fronte ac modo, *d. l. 7. §. 3.* dum ne agri sint limitati, *l. 1. §. 6. de flum.*

Alteri parti proximior] Si insula cis aut ultra medium amnem enata sit, siquidem contra frontem unius prædii, cui proprior est, tota acquiritur hujus fundi domino: si ita, ut fronti plurium agrorum sit opposita, communis fit omnium, qui secundum eam ripam in quantum insula porrigitur, habent, *d. l. 7. §. 3. l. 29. l. 30. l. 56. eod.*

In formam insulæ] Ποταμῷ κύκλῳ περιῤῥέοντος. Igitur ager non mutat causam proprietatis circumluvione, *d. l. 7. §. 4. l. 30. §. 3. eod.* Sed & insula, quæ alveo non cohæret, huc non pertinet, *l. 65. §. 2. eod.* ubi in *§. ult.* pro *si id*, leg. *non si id*, ut præcedentia evincunt. v. Accurs. ibid.

COMMENTARIUS.

1. *Cur raro accidat, ut in mari insula nascatur.*
2. *Cur frequenter in flumine.*
3. *Insulam in flumine natam non publicam esse, sed privatam vicinorum possessorum.*
4. *Nec tantum proprietate, sed etiam usu.*
5. *Pro qua parte cuique vicinorum acquiratur.*
6. *Non occupationis, sed accessionis jure acquisitionem defendi.*
7. *Mores hodiernos hic variare.*

TErtium rerum genus, quod jure accessionis acquirimus, est insula in flumine nata vado cohærens: de qua specie acquisitionis ex professo tractatur hoc §. Adspergitur initio aliquid de acquisitione insulæ in mari natæ, uti & apud Gajum *l. 7. §. 3. eod.* unde hic locus sumptus est: sed per occasionem duntaxat; nec huc pertinet, sed ad primum genus acquisitionis juris gentium, occupationem.

Quod raro accidit] Partim ut credibile est propter 1
nimiam maris altitudinem, partim propter perpetuam æstuum reciprocationem: unde fit, ut nec locus alvei marini facilè siccus relinquatur, nec pars alvei extra mare attolli possit: nam si quid accessu attollatur, id recessu iterum dejicitur, & complanatur, efficitque jugis ista reciprocatio, ut eandem faciem fundus maris semper retineat. Terræ tamen motu

motu interdum insulas in mari repente emergere testatur Plinius, velut paria secum faciente natura, quæque hauserit hiatus, alio loco reddente: interdum eodem motu recedente mari novas terras in continente nasci, cum idem ille spiritus attollendo potens solo non valet erumpere, *lib. 2. nat. hist. c. 85. & seqq. Grot. flor. spars. hic. Fabrot. ad Theoph.*

2 *Quod frequenter accidit*] Plinius *d. c. 85.* scribit, fluminum invectu id fieri: nimirum quia flumina ferè limosa sunt, & multis plerumque locis vadosa, sæpè accidit, ut limus, quem secum trahunt, & alia limo illita vado hærescant & adglutinentur, quibus paulatim auctis locus ille alvei tandem supra flumen eminere incipat. Livius *lib. 2.* refert, cum Romani mediis caloribus campi Martii segetem messi maturam & cum stramento desectam (quia religiosum erat consumere) in Tiberim tenui tum aqua fluentem effudissent, insulam inde enatam esse firmam templis quoque & porticibus sustinendis. Sed neque constans est fluminis cursus; sicut est maris; neque, ut mare, fluxum & refluxum habet. Quæ omnia consideravit Pomponius *l. ergo 30. §. 2. hoc tit.* cum scribit insulam in flumine fieri tribus modis; uno, cum agrum, qui alvei non fuit, amnis circumfluit: altero, cum locum aliquem, qui alvei esset, siccum relinquit, & circumfluere cœpit: tertio, cum paulatim colluendo locum eminentem supra alveum fecit, eumque alluendo auxit. Adhæc aliquando evenit, quod Paulus notat *l. pen. §. 2. eod.* ut ex virgultis aliave qualibet levi materia, in superficie fluminis concrescente, insula existat, quæ ita sustineatur in flumine, ut solum ejus non tangat.

Siquidem mediam partem, & quæ sequuntur] Tria ferè sunt, quæ de acquisitione insulæ in flumine enascentis quæri possunt; cui, quatenus, & quo jure seu qua juris ratione, acquiratur. Cæterum sciendum est, non de omni insula, quæ in flumine facta sit, hæc quæri: sed de ea duntaxat, quæ nata aut facta sit in alveo aut ex alveo fluminis. Nam primo causam proprietatis non mutat is ager, qui cum alvei non esset, ab amne circumfluo, *ποταμȣ κόλπῳ περιῤῥέοντος*, in formam insulæ redactus est, *d. l. 7. §. 4. d. l. ergo §. 2. hoc tit. & hoc §. in fin.* Deinde quæ in flumine nata est, fortè ex virgultis, aliave materia, quam temerè flumine ferunt, ita ut alveo non cohæreat, ea publica est; & ejusdem ferè juris, cujus est ipsum flumen, *d. l. pen. §. 2. eod.* In Artesia non procul à fano S. Andomari lacus est, inquo insulæ aliquot fluit, antes funiculo arboris alligato, aut contis quo libeat, impelluntur, attrahunturque, in quibus etiam boves aliæque pecudes pasci possunt, Quales & in Lydia, quas Calaminas vocabant fuisse, *Plin. lib. 1. c. 95 nat. hist. memorat.* De sola igitur ea insula, quæ alveo fluminis cohæret, sive lenta colluvione in eo enata sit; sive circumluvione partis, quæ alvei esset, facta quæritur, primum cui ea jure gentium acquiratur. Et ait Justinianus hic post Gajum, *d. l. 7. §. 3. eod.* 3
eam fieri privatam eorum, qui propè flumen, in quo nata est, prædia possident: quod & Pompon affirmat, *d. l. ergo 30. §. 2. eod. & Ulp. l. 1. §. insula 6. de flum.* satisque intelligitur ex iis, quæ disputantur à Paulo *l. inter 29.* & Proculo *l. insula 56. hoc tit.* Cui tamen sententiæ contrarium est, quod apud Labeonem *l. pen. §. ult. eod.* vulgo sic legitur; *Si id, quod in publico innatum aut inædificatum est, publicum est; insula quoque, quæ in flumine publico nata est, publica esse debet.* Sed cum hoc è diametro pugnet cum superioribus locis, adeoque cum iis quoque, quæ ipse Labeo de proprietate insulæ disserit in *§§. præced. d. l. pen.* quid dubitamus cum Hotomanno *lib. 1. obs. 23.* asserere, locum istum depravatum esse, & legendum; *Non si id, quod in publico innatum &c.* ut hic sit sensus; quamvis id, quod in publico nascitur aut ædificatur, publicum fiat, (de ædificio in publico posito id testatur Ulpian. *l. 2. §. si quis 17. ne quid in loc. publ.* nam ideo solarium ei imponitur) tamen insulam in flumine publico natam publicam non fieri, sed privatam, quod ipse Labeo jam aliquoties ante dixerat. Hotomannum temeritatis arguit Cujac. 14. *obs.* 11. Sed ego Accursium etiam invenio testantem, eodem fermè modo legi & in veteribus nonnullis exemplaribus: atque ut hac auctoritate destituamur, non aliam lectionem admittit ratio juris, à quâ toto cœlo aberrat Cujac. *d. loc.* eumque secutus Pac. *cent. 6. quæst. 93.* quanquam uterque de usu tantum Labeonem intelligit: de quo mox. Sunt, qui hunc Labeonis locum accipiunt de eo casu, quo prædia prope ripam publica, puta si insula nascatur in Thybri, eo alvei loco, quo Romam interfluit. Sed argumentatio Labeonis hujusmodi restrictionem non videtur pati. Plane in agris limitatis huic acquisitioni locus non est, quia nec alluvioni, sed occupantis insula fit, *l. 1. §. si insula 6. de flum.* Videamus nunc, insula in flumine nata quatenus vicinis possessoribus acquiratur. Et de eo duplex quæstio est; una, utrum proprietate duntaxat, an vero etiam usu; altera, pro qua parte cuique vicinorum acquiratur, quæ pluribus communiter acquiritur. Ad primam quod attinet, sic omnino habendum, insulam in flumine publico natam, si vi- 4
cina prædia alluvionis jus habent, non proprietate tantum, verum usu etiam dominis vicinorum prædiorum acquiri: ideoque eos solos sementem in ea facere, arbores plantare, fructus ibi natos percipere posse: nec si quid aliud in ea faciant, aut quid in eam immittant, id in publico, uti in ripa, fieri intelligi, *d. l. 1. §. si in insula de flum.* Et vero si usum insularum publicum esse volumus, inutilis prorsus futura est

earum proprietas, *d. l. pen.* §. 1. neque quisquam est veterum cui aliud in mentem venerit. Nam quod Paulus Labeonem reprehendit, quod scripserit, in insula fluminis, quæ propria nostra est, nihil esse publici, id non videtur satis bona fide facere: ut & alibi nonnunquam, *l. ult. de leg. Rhod. l. ult. de usuc. l. pen. de furt. Pet. Fab. ad. l.* 145. *de reg. jur.* Neque enim Labeo ignoravit, partes insulæ extremas, quæ vicem riparum circumcirca obtinent, usu publicas esse, ut juris est in continente: sed de insula respondit, non considerata insulæ ora extrema. Quid quod Paulus hac ipsa reprehensione tacitè fatetur verum esse, quod Labeo dixerat, cum crepidinem duntaxat excipit, cujus usum, ut riparum, publicum esse dicit, videlicet ut naves eò appellere, retia ibi siccare, funes arboribus ibi natis religare, aliaque id genus facere, sicut in ora continentis, cuique liceat: quod Labeo non negaverat. Alterum, quod
5 hic quæritur, est, pro qua parte insula vicinorum fiat. Et, siquidem in medio fluminis alveo enata sit, communis fit eorum, qui prope utramque ripam possident: sint cis aut ultra medium amnem, siquidem contra frontem unius prædii, cui proprior est, tota acquiritur hujus prædii domino: sin ita ut fronti plurium agrorum sit opposita, communis fit omnium, qui secundum eam ripam, in quantum insula porrigitur, habent, *hoc* §. *& d. l.* 7. §. 3. *eod.* Communem autem fieri insulam cum dicimus, non intelligimus, eam communem fieri pro indiviso, uti solemus, cum propriè loquimur; *l.* 5. *de stip. serv. l.* 5. §. *ult. de reb. eor. qui sub tut.* sed regionibus divisis, pro fronte, hoc est, latitudine cujusque fundi, quæ prope ripam sit, ut tantum quisque in ea habeat certis regionibus, quantum ante hujusque eorum ripam esse linea in directum per insulam transducta apparebit, *l. inter eos* 29. *hoc tit.* Et quia frontem, non interiorem latitudinem, hic spectari placet, rectè respondit Pompon. *d. l. ergo pr. hoc tit.* si interiorem patrem fundi, ad cujus frontem insula, quæ accrevit, non respicit, vendidero, nihil ex ea insula pertinere ad emptorem: nimirum quia nec ab initio quicquam ejus futurnm fuerat, si jam tum, cum insula nasceretur, partis venditæ dominus fuisset. Enimvero quod insulæ meæ postea accedit, id incrementum, etiamsi faciem insulæ mutet, meum tamen est; quia rei meæ accedit: ut ecce; Insula contra frontem agri mei enata est, cujus latitudo non excedit regionem prædii mei: postea alluvione paulatim aucta processit contra frontes superioris & inferis vicini, vel etiam propior esse cœpit adversæ ripæ: quod alluvione postea accessit, id meum est: & ita Proculus respondit, *l. insula* 56. *eod.* Similem rationem habent, quæ Paulus disputat *l. pen.* §. *pen. eod.* & idem Proculus *d. l. insula* §. 1. Hoc igitur constituto, insulam in flumine natam dominis vicinorum acquiri; restat, ut videamus, qua juris ratione iis acquiratur. Nam video esse, qui jure quodam occupationis hoc fieri existimant, quod primi eam occupaturi videantur. Sed hoc nullo modo admitti debet: alioqui eadem 6
ratione dicendum esset, etiam insulam in mari natam eorum fieri, qui prope littus prædia possident, & in flumine natam etiam eorum, qui ad ripam possident agros limitatos: quod utrumque falsum esse constat. Ego non aliam hujus acquisitionis rationem esse arbitror, quam quod insula alvei pars sit, alveus pars censeatur vicinorum prædiorum: ac proinde ut alveus totus nudatus vicinis acquiritur, ita & partem ejus nudatam, id est, insulam in eo natam, iisdem acquiri, jure scilicet accessionis. Et insulam quidem partem alvei esse constat. At absonum videri potest, quod alveum partem esse dicimus vicinorum prædiorum; cum alveus publicus sit eodem jure, quo ipsum flumen, *l.* 1. §. *simili* 7. *de flum.* §. *seq. inf. hoc tit.* ut contra potius dicendum videatur, insulam quoque, quæ alvei pars est, publicam fieri oportere. Sed sciendum est, alveum non simpliciter publicum esse, sed quatenus à flumine tenetur, eoque per flumen populus utitur, nudatum flumine privatum fieri vicinorum: nihil autem interesse, ut Pomponius huic objectioni occurrens respondet, utrum de alvei solo mutato, an de eo, quod superfusum solo & terræ sit, quæratur; hoc est, utrum quæratur de toto alveo mutato & à flumine relicto, an de insula in alveo nata: quippe sufficere, ea parte, qua insula extitit, alveum à flumine non teneri, *d. l. ergo* §. 1. *&* 2. Neque vero flumen interfluens impedit, quominus insula vicinis ripæ agris per alveum jungatur atque accedat, non magis, quam via publica inter alveum & vicina prædia interjecta impedit, quominus alveus siccatus acquiratur his, qui secundum eam viam possident, *l. Attius* 38. *eod.* Etenim ut via publica pars prædii vicini existimatur, *d. l. Attius in fin.* ita & alveus intermedius flumini subjectus. Atque hoc manifestissimum argumentum est, alveum etiam tum, cum adhuc à flumine occupatur, partem quadantenus censeri vicinorum prædiorum. Æquitatem porro hujus acquisitionis augent incommoda vicinorum: nam quantum loci insula occupat, tantum de locis finitimis flumen decerpit, iisque solis detrimento est, in quorum agros cursus ejus depellitur. De insula extat tractatus Bartoli, cujus in dimetiendo errores notarunt Mathematici. Buteo in *lib. de fluv. insul.* & Magius 4. *miscel.* 2. *add. Cæpoll. de serv. rust. præd. c.* 33. Apud nos, quanquam 7
videri poterat insularum in flumine natarum eadem propemodum ratio esse, quæ est ejus, quod per alluvionem adjicitur, certius tamen hic est jus fisci, quam in alluvione, teste D. Grot. 2. *manuduct. c.* 9.

Nec

Nec mirum, cum & alvei exsiccati eadem ferè, quæ alluvionis, ratio sit: quem tamen constat Principi olim assignatum fuisse, ut pleraque alia ἀδέσποτα, idemque in Gallia quoque observati, ex Bern. Automn. refert Christin. *vol.4.decis.86.n.7.* In agro tamen Putteno ex veteri consvetudine prædio alluvionem habenti accedit id, quo possessor pedes gladium exsertum tenens pertingere potest. In Geldria moris est, ut vicinis possessoribus acquiratur id, quod plaustro onerato adiri potest: addita tamen occupatione: alioqui fiscus prævertere potest. D. Grot. *d. loc.*

TEXTUS.

De Alveo.

23. *Quod si naturali alveo in universum derelicto, ad aliam partem fluere cœperit; prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam ejus prædia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque agri, quæ propè ripam sit: novus autem alveus ejus juris esse incipit, cujus & ipsum flumen est, id est, publicus. Quod si post aliquod tempus ad priorem alveum reversum fuerit flumen, rursus novus alveus eorum esse incipit, qui prope ripam ejus prædia possident.*

NOTÆ.

23. *Quod si naturali alveo*] Ex *d. l. 7. §. 5. eod.* In agris limitatis nec hoc obtinet, *l. 1. §. 7. de flum.*

Rursus novus alveus] Postulat hoc stricta ratio: sed æquitas sæpè aliud suggerit, & hoc significat Caj. *d. l. 7. §. 5.* cum ait vix esse, ut hoc obtineat. Obtinet tamen aliquando quod ex circumstantiis judicandum. v. *d. l. 30. §. 3. l. 38. h. t. l. 23. quib. mod. usf. am.*

COMMENTARIUS.

1. *Alveum fluminis extra usum publicum existimari partem vicinorum prædiorum; & ideo siccatum prædiis cedere.*
2. *Si vicini agri limitati sint, primi occupantis alveum desertum fieri.*
3. *Pars alvei siccati quando apud nos privatorum fiat.*
4. *An aliquando priori domino alveus flumine iterum recidente restituendus.*

QUarto & postremo eodem jure & ratione proximis possessoribus pro modo latitudinis cujusque prædii, quæ prope ripam sit, adjicitur alveus à flumine relictus, nempe vi & potestate prædiorum, quibus ipsis hæc acquisitio tributa, propter vicinitatem, & propter prædia, prædiorum dominis. Atque ut hic quoque paucis rationem hujus juris & acquisitionis tibi explicem, dixi paulo ante, 1 alveum fluminis extra usum publicum à veteribus existimatum fuisse partem prædiorum vicinorum, quasi olim iis detractum: argumento esse, quod placet, insulam manente adhuc alveo in flumine natam vicinorum esse: quod profecto non fieret, nisi alveus, cui insula cohæret, & ipse vicinorum prædiorum pars intelligeretur: nam prior est alvei ratio, quam insulæ, quæ conditionem alvei, ut pars ejus, sequitur. Ad hanc sententiam confirmandam *Don. 4. comm. 28. & Bachov. hic.* afferunt locum Pomponii *l. ergo 30. §. 1. hoc tit.* Et sanè quidem rectè, sed non video compationem illam similium, qua, quod illi fingunt, Pomponius utatur, conferens alveum cum ripa, aut solum alvei cum ripæ solo. Simplex est Pomponii sententia, ripæ solum privatum esse; eorum scilicet; qui prope ripam habent proprium: usu autem ejus publicum intelligi: & ideo cum exsiccatus est alveus, proximorum fieri, hoc est, solum ripæ etiam usu proximorum tum esse incipere, quia jam populus eo non utatur, nempe solo ripæ, de quo sermo institutus erat. Cæterum ratio hujus consolidationis non magis ad ripam, quam ad alveum pertinet. Nam ut usus ripæ, licet ea privata & vicini prædii pars sit, publicus est, propterea quod populus flumine uti sine ripa commodè non potest, ita & usus alvei, licet solum ejus privatum intelligatur, & pars prædiorum quæ ad ripam jacent, publicus est: quia sine alveo populus flumine uti non potest. Rursus ut ripæ usus exsiccato alveo ad proprietatem redit, quia jam populus ripa amplius non utitur; ita & usus alvei, quem flumen abstulit, recedente flumine ad proprietatem, quæ penitus ablata non fuit, revertitur; quia jam alveo populus amplius non utitur. Hoc interest, quod proprietatis ripæ aliqua potest esse utilitas, alvei, quamdiu à flumine tenetur, planè nulla; quæ causa est, quod alveus non secus ac flumen ipsum publicus dicatur, *l. 7. §. quod si 5. hoc tit. l. 1. §. simili 7. de flum. & hoc text.* Juvant jus de hac acquisitione constitutum incommoda fluminum, quæ multa & magna accolæ pati coguntur inundationes, avulsiones agrorum &c. quæ si vitare volent, ripas suas magno sumptu muniant necesse est. Ferant igitur & commoda fluminum, si qua sint, juxta regulam naturalis æquitatis, *l. 10. de reg. jur.* Cæterum quod in præcedentibus diximus, 2 agros limitatos jus alluvionis non habere, ac proinde nec insulam prope ripam eorum natam possessoribus jure vicinitatis acquiri, sed fieri occupantis, idem etiam obtinet in alveo relicto, si vicini agri limitati sunt, *l. 1. §. simili 7. de flum.* Apud nos, ut 3 jam intelleximus, alveus in totum derelictus fisco acquiritur; at pars alvei siccata, interdum privatis, si

videlicet à populo, aut jus populi habente, agrum ad flumen excurrentem qua talem acceperint.

Novus alveus ejus juris esse incipit, cujus est ipsum flumen] Sicut alveus à flumine destitutus privatus fit, ita novus, quem sibi flumen fecit, fit publicus: nam impossibile est, ut alveus fluminis publici non sit publicus, ait Ulp. *l. 1. §. simili 7. de flum. & l. 7. §. 5.* Pertinet huc illud Pomponii in *d. l. ergo 30. §. 3. hoc tit. Flumina,* inquit, *censitorum vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant, & ex publico in privatum.* Cui simile est, quod apud Cassiodorum legimus *lib. 3. variar. Agrimensor,* inquit, *more vastissimi fluminis aliis spatia tollit, aliis rura concedit.* Ita plerumque evenit, ut alios flumen ditet, alios pauperet. Lucanus;

Illos terra fugit dominos, his rura colonis
Accedunt donante Pado.

Rursus novus alveus] Nam ager ille, qui fuerat, desiit esse, amissa propria forma; &, cum prædiis, non personis, hæc acquisitio tribuatur, non potest is, qui vicinum prædium nullum habet, ratione vicinitatis quicquam in eo alveo sibi vindicare, *d. l. 7. §. quod si tot. eod.* Atque hoc quidem usque efficit stricta juris gentium ratio; sed vix est, ut id obti-
4 neat, inquit Gajus *d. loco.* Et utique non semper obtinere debet. Sæpè enim æqui & boni ratio svadet, ut priori potius domino alveus restituatur, quam adjudicetur vicinis possessoribus. Scholiastes Theoph. *κατὰ ἀκρίβειαν ἀπώλεσε τὸν τόπον, κατὰ δὲ φιλάνθρωπον λογισμὸν ὁ δεσπότης ἀναλαμβάνει.* De quo haud facilè quid certi definiri potest, sed ex circumstantiis judicandum est. Finge flumen relicto naturali alveo agrum alicujus occupasse (sive paulatim sive non paulatim, nihil interest) ita ut novum hic sibi alveum quæsisse videatur: deinde nec ita multo post tempore in veterem locum subito atque eodem impetu, quo perruperat, se recepisse: æquissimum est, agrum recessu fluminis restitutum ad pristinum dominum reverti, licet formam agri impetus fluminis abstulerit, *d. l. 7. §. quod si in fin. d. l. ergo 30. §. 3. hoc tit. l. si ager 23. quib. mod. usufr. am.* quia hujusmodi occupatio non longè abest ab inundatione. At si flumen non eodem impetu, quo venit, discedat; sed lente & minutatim recedendo alluvione in pristinum locum redeat, spatium illud alvei, quod siccum post se sensim relinquit, non videtur priori domino restituendum, sed alluvione accrescere proximorum prædiorum possessoribus, *l. Attius 38. hoc tit. fac. l. 1. C. de alluv.* Atque ob hanc causam arbitror Pomponium in *d. l. ergo §. 3. & d. l. si ager* consulto expressisse hæc verba, *eodem impetu Bart. tract. de alveo. Bald. in rubr. de rer. div. col. 9. Peregrin. 8. de jur. fisc. num. 59. D. Tuld. hic cap. 25.*

TEXTUS.
De Inundatione.

14. *Alia sane causa est, si cujus totus ager inundatus fuerit, neque enim inundatio fundi speciem commutat, & ob id si recesserit aqua, palam est eum fundum ejus manere, cujus & fuit.*

COMMENTARIUS.

1. *Inundatio quid propriè sit, & quæ ejus vis.*
2. *Quid circa inundationes apud nos receptum.*

INundatio propriè est, cum flumen imbribus, vel nivibus, vel qua alia ratione auctum in vicinos campos ita se effundit, ut nec ripas, nec alveum suum mutet, *l. 1. §. ripa de flum.* Hoc cum fit, ait Ju- 1
stinianus post Gajum, *l. 7. §. aliud. sane 6. hoc tit.* fundi proprietatem non amitti: & ideo recedente aqua fundum, qui occupatus fuerat, non adjici vicinis possessoribus, sed ejus manere, cujus ante inundationem fuerat. Et addit hanc rationem, quia inundatio fundi speciem non commutat; quasi dicat, non ut alveo facto propriam formam ager amittit, ita & inundatione: quippe alveum fieri diuturno lapsu fluminis & lenta excavatione agri, ut jam plana ejus facies amplius non appareat: inundatione autem uno subitaneo impetu prædia invadi, atque aqua cooperiri duntaxat, non comminui, dissolvi aut excavari, aut formam amisisse dici possint, *d. l. 1. §. aliter 9. de flum.* Atque ut maximè summa pars agri in arenam dissolvatur, manet tamen solida pars fundi interior: & ut de qualitate aliquid mutet, substantiam non mutat, non magis, quam pars agri, quæ à lacu hauritur, cujus jus non mutari certum est. Igitur ad inundationes præsertim temporales & anniversarias non pertinet, quod vulgo dici solet, *Occupatum sequitur conditionem occupantis. Gloss. l. pen. de rer. divis.* Non obstat *l. si ager 23. quib. mod. us. am.* quia non loquitur de simplici inundatione, cum flumen retento alveo extra ripas se effundit; sed cum deserto alveo toto impetu in agrum alicujus perrumpit, quasi novum alveum quærens: hoc casu placet proprietatem agri ita amitti, ut restituatur, si non facto novo alveo flumen se receperit, uti *in fin. sup. §.* demonstratum est. Obiter addo, quamvis inundatio causam dominii non mutet, possessionem tamen nobis auferre, *l. 3. §. Labeo. 17. l. qui universas 30. §. 3. de acq. poss.* itemque ea jura, quæ in facto personæ posita sunt, ut usum & usumfructum, *l. usufructus 24. quib. mod. us. amit.* sed recedente aqua hæc omnia nobis restitui. *d. l. 24. l. 1. § si quis 9. de itin. act. priv.* De inundationibus, quæ crebræ 2
apud nos sunt, hoc jure in hac regione utimur, ut

dere-

derelictus habeatur is ager, qui per decem continuos annos mersus fuerit, si non aliqua extent signa continuatæ possessionis: quo in genere receptum apud nos non immerito est, quod Romani rejiciunt, *d.l.2 quib.mod.us.am.* ut si aliter nequeat, vel piscando retineri possessio censeatur. Sed solebant Principes tempus præfigere, intra quod veteres agrorum possessores siccare agros & novo aggere munire deberent: quibus cessantibus monebantur qui in eos agros jus pignoris habebant, deinde & hi, qui jurisdictionem aut imperium: qui si omnes in mora essent, tum eorum jus omne ad Principem deferebatur; atque is aut ipse agros siccabat, suique patrimonii faciebat, aut aliis siccandos muniendosque dabat retenta parte. *D.Grot.2.manud.c.9.& 2.de jur.bell.8.n.10. consult.IC.Bat.part.2.consil.26.*

TEXTUS.

De Specificatione.

25. *Quum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quæri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit: utrum is, qui fecerit, an potius ille, qui materiæ dominus fuerit: ut ecce, si quis ex alienis uvis, aut olivis, aut spicis, vinum, aut oleum, aut frumentum fecerit: aut ex alieno auro, vel argento, vel ære, vas aliquod fecerit: vel ex alieno vino & melle mulsum miscuerit, vel ex medicamentis alienis emplastrum aut collyrium composuerit: vel ex aliena lana vestimentum fecerit: vel ex alienis tabulis navem, vel armarium, vel subsellia fabricaverit. Et post multam Sabinianorum & Proculianorum ambiguitatem placuit media sententia, existimantium, si ea species ad priorem & rudem materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiæ dominus ferit: si non possit reduci, eum potius intelligi dominum, qui fecerit: ut ecce vas conflatum potest ad rudem materiam æris, vel argenti, vel auri reduci: vinum autem, vel oleum, aut frumentum ad uvas, vel olivas, vel spicas reverti non potest: ac ne mulsum quidem ad vinum & mel resolvi potest. Quod si partim sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis; veluti ex suo vino & alieno melle mulsum miscuerit; aut ex suis & alienis medicamentis emplastrum aut collyrium; aut ex sua lana & aliena vestimentum fecerit; dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit: quum non solum operam suam dederit, sed & partem ejusdem materiæ præstiterit.*

NOTÆ.

Media sententia] Caji *d.l.7.§.7.h.t.* Callistrati, *l.12.§.1.* Pauli *l.24.& 26.eod.* Ulpian. *l.5.§.1. D. de rei vind.* sic & aliàs auctores nostri medium sequuntur, *l.3.si pars hær. l.25. D. de pign. act. § ult. inf. de vulg. subst.* imitatione Stoicorum, qui ob id Servio erciscundi μέσην ὁδὸν τέμνοντες.

Ad priorem materiam reduci] Quia materia non interit, sed potenter manet, *l.24.h.t.l.78.§.4.de legat.3.*

Si non possit reduci] Quia hic materia consumitur atque extinguitur: & locum habet illud, *Dum incipit, quod non erat, desinit esse, quod fuerat l.9.§.3.D. ad exhib. l.26.l.27.§.1.h.t.* Interim & domino materiæ consultum actione in factum, qua consequatur æstimationem, *l.23.§.9.de rei vind.*

Vinum vel oleum] Vinum & oleum sunt novæ species, quæ proprio nomine censentur, nec ad id quod esse desierunt reduci possunt.

COMMENTARIUS.

1. *Etiam hunc acquirendi modum ad occupationem referendum.*
2. *Speciem novam non acquiri facienti, nisi eam fecerit suo nomine & bona fide.*
3. *Quibus rationibus moti Proculus & Sabinus diversum senserint.*
4. *Mediæ sententiæ auctorum distinctionem optima ratione niti.*
5. *Vinum & oleum non ita se habere ad uvas & olivas, ut frumentum ad spicas.*
6. *Etiam in specie facta partim ex materia aliena, partim ex materia facientis, inspiciendum, utrum ea ad priorem materiam reduci possit, nec ne.*

Exponitur hic alius modus acquirendi jure gentium dominii, speciei novæ ex aliena mamateria formatio, quæ nunc vulgo uno nomine specificatio dicitur. Sunt qui hunc acquirendi modum ad accessionem referunt: sed perperam. Non enim nova illa species vi & potestate rei nostræ nobis acquiritur, cum ex aliena materia fiat; non ignorantibus nobis aut invitis: sed nostro ipsorum facto, qui rem alienam in aliam speciem transformavimus: adeoque inconcinnum est dicere materiam accedere formæ; quoniam hæc illam non illa hanc præsupponit. Quapropter hic modus potius occupationis quædam species videri debet; cum id, quod factum est, ideo facienti concedatur, quia ante nullius erat, & tanquam occupanti, qui suo id nomine fe-

ne fecit. Utique quatenus obtinet sententia Nervæ & Proculi, *l.7.§.cum quis 7.in pr.hoc tit. l.3.§.genera 21. de acq. poss.* Nam quatenus Sabini sententia approbata est, aut ad accessionem res referri potest; aut dotius dicendum, nullam tunc fieri novam acquisitionem, cum D.Ant.Contio 1. *disp.* 12.

Species aliqua facta sit] Nimirum nova & diversa à priore, ex qua ut ex materia facta sit posterior: nam verbi causa, lana aliena purpura tincta non est nova species, *l.sed si 26.§.ult.hoc tit.* neque etiam nova species existit ex duarum ejusdem generis mate-
2 riarum confusione, *§.si duorum 27.inf.eod.* Duo autem hic à Justiniano omissa sunt, quæ, quo quæstio proposita melius intelligatur, addenda duximus: unum est, si qui speciem fecit, eam fecerit suo nomine: alterum, si eam fecerit bona fide. Primum disertè expressit Gajus *d. l.7. §. cum quis*, & rationem manifestam hanc habet, quod possessio non acquiratur nisi volentibus; eorum autem, quæ facto & operá nostra acquiruntur, nihil jure gentium acquiri possit, cujus acquisitio non cœperit à naturali possessione, *l. 1. §. 1.de acq. poss.* Proinde si alieno nomine species facta proponatur, si ejus non erit, qui materiæ dominus fuerat, ejus erit, cujus nomine facta est, *l. nisi 25. l. quicquid 27.§.1.hoc tit.* De bona fide, quod item hic omissum dixi, nihil quidem disertè Gajus: sed id ex eo non obscurè colligitur, quod addit hæc verba *suo nomine.* Nam qui scit materiam alienam esse, in eadem causa haberi debet, ac si nomine domini materiæ speciem fecisset, *l.de eo 12.§.3.ad exhib.* cui etiam operam suam donasse intelligendus est, exemplo ejus, qui sciens in alieno solo ædificavit, *§. ex diverso 30.inf.eod.fac. l.4. §.si ex lana 20. de usuc.l.14.§.ult.de cond. furt.* Atque hæc est communis quoque DD. sententia, à qua cur D.Wesemb. & Bachovius recesserint, causam non video.

Mulsum] Οἰνόμελι sive μιλίκρατον, fit ex vino vetere, addito pauco melle. Hoc genere potionis usum se Pollio olim jactitabat annum centesimum excessisse. Nam cum à D. Augusto hospite interrogaretur, quanam maximè ratione vigorem illum animi corporisque custodisset, respondisse fertur, *Intus mulso, foris oleo. Plin.lib.22.nat. hist.cap.24.*

Collyrium] Genus medicamenti, potissimum oculorum, παρὰ τὸ κωλύειν τὸ ῥέειν, quod fluxum impediat & sistat. *Apocalyps. c. 3. vers. 18.* κολλούριον ἔγχρισον τοὺς ὀφθαλμοὺς, ἵνα βλέπῃς: *Collyria illine oculis.* Horat. 1. *serm. satyr. 5.*

Hic oculis ego nigra meis collyria lippus
Illinere.

Emplastrum] Medicamentum est in massam coactum, quod igni præmollitum vulneri imponitur: ab ἐμπλάττω, subigo, versando mollio, in massam formo. vid. Corn. Celsum *lib.5.c.17.* vulgò nunc unguentum vocant.

Sabinianorum & Proculianorum] Fuere etiam olim diversæ & dissidentes Jurisconsultorum familiæ, auctores Attejus Capito & Antistius Labeo; qui primi cum velut diversas sectas fecissent, ille in iis, quæ à majoribus acceperat, perseverando, hic ingenii & doctrinæ fiducia plurima innovando, dissensionem successores eorum auxerunt, dum sui quisque magistri sententiæ tanquam oraculo religiosè adhæreret. Capitoni successit Massurius Sabinus, Sabino Cassius: Labeoni successit Nerva, Nervæ Proculus. Atque inde appellati postea Sabiniani vel Cassiani, & Proculiani, *l. 1.§. post hunc 49. de orig.jur.*

Ambiguitatem] Quædam ut rectè hic notat Baro, leviter tracta sunt à natura, quorum ratio non cuivis perspicua est. Nerva & Proculus existimabant, 3
speciem ex aliena materia factam naturali ratione ejus esse, qui eam suo nomine fecisset: nam materiæ, quæ extincta sit, nullam porro rationem haberi posse, sed causæ efficientis duntaxat, & potissimum formæ, cujus susceptione materia in aliam speciem transisset: quæ species cum antea nullius esset, ac nec esset quidem, rationem naturalem efficere, ut concedenda sit ei, qui ut ea in rerum natura sit, fecit, eamque occupavit, *d.l.7.§. cum quis hoc tit. l. 3. §. genera 21. de acq. poss.* Diversæ autem scholæ auctores Sabinus & Cassius contra naturali rationi convenientius esse putabant, ut qui materiæ dominus fuisset, idem ejus quoque, quod ex ea materia factum esset, dominus fieret: quippe sine materia speciem nullam effici posse: nostrum autem esse id, quod ex re nostra factum est. Postremo nihil tam ab æquitate naturali alienum videri, quam ut id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferatur, *d.l.7.§.cum quis junct.l.12. §. 3. ad exhib. l. id quod nostrum de reg. jur.*

Media sententia] Inter duas extremas Proculi & Sabini. Nam Sabini sententiam veriorem esse putabant, si species facta ad priorem materiam reduci posset: si non posset, Proculi, *d. l. 7. §.cum quis.* Et perquam elegans est hujus distinctionis ratio, quam & iidem mediæ sententiæ auctores afferunt: nempe cum manente materia forma rei externa tantum mutatur, idque quod factum est, in sua initia sive ad rudem materiam reduci potest, rationem naturalem non pati, ut cum Proculo dicamus, rem eam nunc primum existere, ac propterea fieri occupantis: sed necesse, ut sequatur vires & conditionem materiæ, quæ potenter manet, *l. in omnibus 24. hoc tit. l. quæsitum 78.§.illud fortasse de legat.3.* At ubi materia consumitur atque extinguitur, quod nostri semper fieri intelligunt, cum species facta ad pristinam materiam reverti non potest, nullam materiæ, quæ esse desiit,

deſiit, aut prioris domini, cujus in hac ſpecie nihil eſt, *l. quicquid* 27. §. 1. *hoc tit.* cum Sabino rationem haberi poſſe: ſed novæ duntaxat ſpeciei, ejuſque, cujus facto ea in rerum natura eſſe cœpit. *d.l.*3.§.*genera* 21.*de acq.poſſ.* Scio equidem, D. Connanum *lib.* 3.*comm.* 6. auctores hujus ſententiæ reprehendere, atque hoc ſolum hic ſpectari velle, pluſne pretii ſit in opere, an in materia; Dominum quoque Grotium cenſere, ſpeciem communicandam, ſicut confuſis materiis communio inducitur pro rata ejus quod quiſque habuit, *lib.*2.*de jur.bell.c.*8.*n.*19. Ego tamen à veterum illa diſtinctione non recedo, magiſque naturale eſſe arbitror, ut in quæſtione propoſita inſpiciatur, utrum res, quæ prius fuerat, extincta ſit, necne; quam ut vel ex pretio rei operiſve de jure dominii ſtatuatur, aut citra neceſſitatem inducatur diſcordioſa communio: eoque jure etiam nunc utimur, teſte eodem Grotio *lib.* 2.*manuduct.cap.*8.

Frumentum ad ſpicas reverti non poteſt] Inter exempla ſpecierum, quæ ad id, quod prius fuerant, reverti non poſſunt, frumentum excuſſum etiam Gajus refert, *d. l.* 7. §.*cum quis*, ſed ille, quod hic omiſſum eſt mox ſubjicit, ſe eorum ſententiam probare, qui frumentum alienis ſpicis excuſſum ejus eſſe non dubitabant, cujus ſpicæ eſſent: propterea quod cum grana, quæ ſpicis continentur, perfectam habeant ſuam ſpeciem, qui excutit ſpicas, non novam ſpeciem faciat, ſed eam quæ eſt, detegat. Quod idem eadem ratione dicendum eſt de leguminibus, lupino, lente, cicere, fabis, piſis, aliiſq; id genus frugibus, quæ ſiliqua continentur. Exemplo frumenti idem de vino ex uvis & oleo ex olivis alienis expreſſo ſta-
5 tuit D.Bachovius: quod non probo. Non enim ut frumentum ſe habet ad ſpicas, ita ſe habet vinum & & oleum ad uvas vel olivas. Spicæ non ſunt materia, ex qua frumentum; ſed frumentum excuſſum idem manet, quod ante fuit: unde ſicut eandem ſpeciem, ita & idem retinet nomen. Vinum autem & oleum fiunt ex uvis & olivis, atque ut in aliud nomen, ita & in aliam ſpeciem uvis & oleis peremptis tranſeunt. *Theodoret.* 1. *Dial.* 4. καὶ τῆς ἀμπέλου τὸν καρπὸν σταφυλὴν ὀνομάζοντες, ὅταν ἀποθλίψωμεν, οὐ σταφυλὴν, ἀλλὰ οἶνον προσαγορεύομεν. Utique dum hæc incipiunt eſſe, quod non erant, deſinunt eſſe quod fuerant: & poterant quoque in alium uſum converti, uvæ ſiccari, olivæ ſervari ad conditurам, &c. Et alioqui dicendum eſſet, nec caſeum aut butyrum ex lacte alieno factum, nec ſiceram ex pomis alienis expreſſam facientis fieri. Quod ſi in his omnibus Sabini ſententiam probandam exiſtimat Bachovius, cur mediæ ſententiæ auctores ſolum excipiunt frumentum? Paulum temerè adducit in *l. de eo* 12. §. 3. *ad exhib.* quippe qui eo loco diſertè reſpondet de eo, qui ſpeciem fecit, cum ſciret materiam alienam eſſe; aliud nimirum reſponſurus, ſi quis idem bona fide feciſſet, ut facit in *l. ſed ſi meis* 26.*hoc tit.* Et igitur ratio, quam in d. reſponſo ſubjicit, ad hypotheſin revocanda eſt, ut quæſtioni & reſponſo ſerviat. De navi ex alienis tabulis facta non ſatis convenit, propter obſcurum veteris, ut videtur, diſſenſionis veſtigium, quod extat *in l.Minicius* 61.*de rei vind.* Atenim cum mediæ ſententiæ auctores generaliter definiant ſpeciem, quæ ad id corpus, quod prius fuerat, reduci non poteſt, facientis fieri, navemque ex alienis tabulis factam nominatim inter hujuſmodi ſpecies, uti revera eſt, numerent, quid cunctamur cum Paulo reſpondere, navem ejus eſſe, qui fecit? *d. l. ſed ſi meis* 26.*hoc tit.* Putat etiam D.Connan. 3.*comm.*6. partem alteram reſponſi Miniciani reprehendi à Juliano, rationemque reprehenſionis eſſe in poſtremis verbis; *Nam proprietas totius navis carinæ cauſam ſequitur*, id eſt, eum, ait Connanus, *qui navem carinando formavit*: nam carinam non ſemper infimum navis alveum ſignificare; ſed interdum poni pro ipſo navis corpore, quod totum carinatum eſt, hoc eſt, pro totius navis forma, ut in *l.*24.§.*ult.de leg.*1.*arg. l. proponebatur* 76. *de judic.*

Dubitandum non eſt hoc caſu &c.] A comparatione majorum: in ſcholis dicerent, à minori probabilitate ad probabilitatem majorem: quaſi dicat; ſi ſpecies, quam fecimus ex materia, quæ tota aliena eſt, noſtra; multo magis noſtra fieri debet, ſi facta ſit pro parte etiam ex materia noſtra. Eſt tamen & hic adhibenda ſuperior cautio, ſi ea res ad priorem materiam reverti non poteſt; quippe generalis definitio eſt, ea quæ in ſua initia redigi poſſunt, vires materiæ nunquam effugere, *l. in omnibus* 24. *hoc tit. l. quæſitum* 78.§.4. *de leg.*3. Atq; hanc quoque eſſe mentem Juſtiniani, exempla propoſita declarant. Cujus igitur erit hujuſmodi ſpecies, ſi reduci poſſit? Nimirum ſuum quiſque retinebit, & pro parte ſua materiam vindicare poterit, *arg.l.*5.§.1.*de rei vind.l.*12.§.1. *l. quicquid* 27. §. *ult. hoc tit.* quæ & communis interpretum ſententia eſt, à qua ſine cauſa recedere mihi videntur *Bachov.Borcholt.& D.Tulden. hic c.*41. Hoc autem jure conſtituto, ne aut dominus materiæ, aut is qui materiam mutavit, queri poſſint; ille ubi materia extincta eſt, eam alieno ſibi facto periiſſe; hic ubi ea manſit, ſe perdere operam bona fide impenſam; uterque contra naturam eſſe, ut quis ex re aliena locupletetur cum alterius detrimento; utrique conſultum eſt, illa actione in factum, qua conſequatur æſtimationem materiæ ſuæ; huic exceptione doli mali, qua oppoſita ei, qui ſpeciem ſuam vindicabit, ſervet impenſas à ſe factas, *arg.l. in rem* 23. §. *ſi id quod* 4. *& ſeq. de rei vind.*

TEXTUS.

De accessione.

26. *Si tamen alienam purpuram vestimento suo intexuerit, licet pretiosior sit purpura, tamen accessionis vice cedit vestimento: & qui dominus fuit purpuræ, adversus eum, qui surripuit, habet furti actionem & condictionem, sive ipse sit, qui vestimentum fecit, sive alius. Nam extinctæ res licet vindicari non possint, condici tamen à furibus & quibusque aliis possessoribus possunt.*

NOTÆ.

26. *Si alienam purpuram*] Similis locus est apud Paul. *l.26.§.1.h.t.*Ulp.*l.7.§.2.D. ad exhib.*

COMMENTARIUS.

1. *Accessionis quæ facto hominis contingit, quot sint genera, & quo proposita pertineat.*
2. *Explicatur definitionibus aliquot, quid cui & quando accessionis vice cedat.*
3. *Quibus rebus differat hoc genus acquisitionis à specificatione.*
4. *Quomodo domino purpuræ, & generaliter partis, quæ cessit, consulatur.*
5. *Vulgata hujus §. lectio defensa adversus D. Ant. Contium.*

Locum hunc video à plerisque in transitu duntaxat tractatum esse: dignus tamen est, qui propius consideretur & otiose. Et quia ad accessiones pertinet, repetenda animo est memoria eorum, quæ nuper diximus, videlicet quædam rebus nostris accedere beneficio fluminum velut à natura; quædam facto & opera humana. De iis, quæ à fluminibus accedunt, copiosè jam tum disputavimus. Ac-
1 cessionis quæ ab hominibus est, docendi gratia, quo res tota perfectius cognoscatur, duo genera nunc facimus; confusionem, & conjunctionem. Confusio est, cum duæ materiæ liquidæ inter se & in unum corpus permiscentur; veluti cum vinum cum vino miscetur, argentum cum argento conflatur, de quo §.*seq.* Conjunctio est, cum res ita junguntur, ut cohæreant, discreta manente earum substantia: sive ita res alienæ rebus nostris junctè cohæreant, ut iis quasi basibus innitantur, veluti quæ in solo nostro ædificantur, plantantur, seruntur, in chartis nostris aut tabulis scribuntur aut pinguntur; de quibus omnibus item postea: sive ita, ut sint tanquam additamenta aut ornamenta rei nostræ: ut si pes aut manus jungatur statuæ, ansa scypho, gemma includatur auro, emblemata phialis injungantur, *l.in rem 23.§.2.& §. 5.de rei vind.l.sed si 26.§.1. hoc tit. l.7.§.2. ad exhib. l. cum aurum 19.§.perveniamus 13.de aur.arg.leg.* eodemque etiam pertinet, quod hic traditur de purpura vestimento intexta, *d.l.7. §.2. ad exhib.*

Si tamen] Quo conjunctio illa segregativa respiciat, non video; nisi eo referas, quod cum in calce præcedentis §. dixisset, vestimentum quod quis partim ex sua partim ex aliena materia fecit, facientis esse, hoc loco aliquid addere Justinianus voluerit de vestimento, quod quis fecit ex sua quidem materia, eaque sola, sed cui ornando alieni aliquid adjunctum, attextum aut intertextum est: licet id ad superiores rationes non pertineat. Neque enim purpura (quo exemplo hic Imp. utitur) vestimento intexta pars est materiæ, ex qua vestimentum factum proponitur: sed aliquid, quod vestimento jam facto aut præparato ornatus causa additur atque accedit. Purpuram autem hic accipiemus aut clavum purpuræ, aut prætextum, id est, segmentum, fimbriam, laciniam, limbum.

Licet pretiosior sit] Cum enim quærimus quid cui cedat, non pretium spectamus; sed quid cujus rei ornandæ causa adhibeatur; ut accessio cedat principali, *l.cum aurum 19.§.perveniamus 13.de aur.arg.leg.* In universum autem sic de hac quæstione habeto. Quando duæ res, quarum unaquæque per se subsistere potest, ita junctæ sunt, ut cohæreant & unum corpus efficiant propriæ speciei ejusdemque nominis, semper pars inferior cedit præstantiori, ut is naturali ratione totius illius corporis dominus esse intelligatur, cujus & præstantior pars est. Si diversa rerum junctarum magnitudo est, ex magnitudine unius partis præstantia æstimatur, ut si statuæ pes manus, scypho fundus aut ansa, lecto fulcrum jungatur, *l.sed si 26.§.1.hoc tit.l.7.§.2. ad exhib. l. in rem 23. §. 2.4. & 5. de rei vind.* adeoque etsi pars minor pretiosior sit, ei tamen cedit, cujus major est species, ut gemmæ & margaritæ inclusæ auro, *d. l. 19. §.13. de aur. arg. leg.* purpura vestimento intexta, ut hic & *d.l.7.§.2.ad exhib.* Si eadem magnitudo est, ex pretio: si pretium quoque idem; placet neutrum alteri cedere, sed suam cujusque rem manere, *l.quidquid 27. §.2.hoc tit.* 2

Accessionis vice] Ut pars minor & inferior majori & præstantiori, sicut jam dictum est. Etenim jure speciei totum hoc corpus suum esse dicere non potest dominus majoris partis sive vestimenti, cum is neutram partem nunc primum fecerit, sed factas univerit duntaxat. Ex quo apparet, errare D. Gœd. *in l. 14.de verb.sign.* qui putat, hæc etiam jure specificationis acquiri, & si, quod Gœddeo placet, nova hic species facta intelligi debeat, ea non acquireretur facienti: quoniam partes junctæ separari, & ad id, quod prius fuerant, reverti possunt.

Ad-

Adversus eum, qui surrupuit] In hoc quoque ab ac-
5 quisitione speciei factæ differt hæc acquisitio, quod species facta tantum volenti acquiratur, eique, qui eam suo nomine & bona fide fecit: jure accessionis pars juncta etiam ignoranti, etiam ei, qui alieno nomine aut mala fide junxit. Nulla enim in hac acquisitione ratio habetur personæ facientis aut jungentis, sed rerum junctarum duntaxat: quod notandum est contra Wesembecium & Bachov. qui utriusque acquisitionis eandem esse rationem arbitrantur.

Sive ipse sit. qui vestimentum fecit, sive alius] Geminus à Justiniano casus proponitur; unus est, quo is, qui purpuram surripuit, ipse vestimentum fecit: alter, quo alius fecit, ad quem purpura surrepta postea pervenit. Et ait, dominum purpuræ adversus eum, qui surripuit, habere actionem furti & condictionem: ubi condictionem procul dubio intelligit furtivam, ut recte Glossa notat: nam quod hæc condictio soli dicitur domino dari, *l. 1. de cond. furt. l. 14. §. qualis 16. de furt. §. ult. inf. de obl. quæ ex del.* hoc non eo pertinet, ut is, cui semel quæsita est, eam re perempta sine facto suo amittat: sed ut hinc excludantur ii, quorum periculo res alienæ sunt, quibus etsi furti actio, conditio tamen non competit, *d. l. 14. §. 16*
4 Ut autem in universum intelligas, quomodo domino purpuræ, & generaliter partis quæ cessit, consulatur, sic mecum distinguito. At alienam purpuram vestimento suo quis intexuit; aut suam vestimento alieno. Item aut bona fide id fecit; aut mala. Si alienam & bona fide, est adversus eum actio ad exhibendum, ut purpura separetur, & tunc vindicetur, *l. 7. §. 2. ad exhib. l. in rem 23. §. 5. de rei vind.* Videndum tamen, an non audiri debeat bonæ fidei possessor pretium purpuræ offerens; maximè si ea sine manifesto ejus damno separari non possit. Illud quæsitum est, an etiam bonæ fidei possessori purpura condici possit. Et puto posse, cum Barone & Wesembecio, arg. ejus, quod in fine hujus §. dicitur, res extinctas à quibusvis possessoribus condici posse, & *§. nunc admonendi inf. quib. al. lic.* & nimirū condictione sine causa: nam etsi jure gentium propter accessionem dominus purpuræ factus sit: nulla tamen causa est, cur pretium lucretur & cum aliena jactura locupletior fiat. Si mala fide intexuit, datur adversus eum actio furti & condictio furtiva, *hoc text.* datur & ad exhibendum actio & vindicatio, tanquam adversus eum, qui dolo malo possidere desiit, *arg. l. 1. in fin. l. 2. de tign. junct. l. sin autem 27. §. 3. l. qui petitorio 36. in pr. de rei vind. l. qui dolo 131. de reg. jur.* Si quis autem suam purpuram intexuit vestimento alieno, siquidem bona fide, potest & possidens vestimentum retinere, donec de purpura & sumptibus ei satisfiat, & omissa possessione ad exhibendum agere, ut purpura separetur & vindicetur, *d. l. 23. §. 4. & seq. de rei vind.* Si mala fide, videndum num dici possit voluntate sua proprietatem rei amisisse, *arg. §. ex diverso 30. inf. hoc tit.* Quæ de purpura diximus, eadem ferè & in cæteris, quæ rebus nostris explendis aut ornandis similiter junguntur, locum habent, *l. 6. l. 7. §. 2. ad exhib.* exceptis, quæ juncta sunt ferruminatione, quæ ne separata quidem vindicari possunt: ideoque eo casu in factum actio domino partis, quæ cessit, necessaria, *d. l. 23. §. item quæcunque de rei vind.*

Nam extinctæ res] Licet purpura attexta vestimento integra maneat, pro extincta tamen, quia vestimento cedit, habetur; sicut gemma inclusa auro, aliaque, quæ res nostræ ad se per prævalentiam trahunt salva eorum substantia, *d. l. 6. ad exhib. d. l. 23. §. 2. & 5. de rei. vind.* Unde Theophilus, Δοκεῖ, inquit, ἡ πορφύρα τρόπον τινὰ ἀποσβέεσθαι, τῷ μὴ εἶναι αὐτὴν καθ' ἑαυτὴν, ἀλλ' ἑτέρᾳ ἐσθῆτι συνενωθεῖσαι.

Licet vindicari non possint] Directo; amissa videlicet earum proprietate: & nimirum quamdiu cohærent: nam quod de gemma inclusa annulo alieno responsum est, eam vindicari non posse, sed posse agi ad exhibendum, ut excludatur, & exclusa vindicetur, *l. 6. ad exhib.* id locum habet in omnibus, quæ similiter rebus nostris juncta accessionis loco cedunt, *d. l. 23. §. 5. de rei vind.* Tentari etiam potest, quod modo diximus, adversus eum, qui mala fide junxit, utilem quoque in rem actionem esse, non tanquam adversus eum, qui possideat, sed qui dolo malo possidere desierit.

Et quibusque aliis possessoribus] A furibus etiam condictione furtiva, ab aliis condictione sine causa, aut generali illa triticiaria, *l. 1. de cond. tritic.* Semper enim, ut diximus, bonum & æquum est, pretium mihi restitui ejus rei, quæ hoc jure ad alium sine facto meo pervenit, & est *arg. in l. 11. §. ult. l. si & me & Titium 32. de reb. cred.* Ant. Contius ex manuscriptis restituit: *Et quibusdam aliis possessoribus*, ut sit sensus: non tantum furibus res consumptas condici posse: sed aliis etiam possessoribus, qui furibus sunt similes, nimirum iis etiam, qui rem mala fide possidebant, cum eam consumerent. At hi revera etiam fures sunt, *§. furtiva inf. de usuc.* Quamobrem de lectione vulgata, quæ etiam Theophili est, nihil mutandum censeo, quamvis Contium sequatur Pacius in analysi sua, putans, condictionem contra eos, qui bona fide rem consumpserunt, non dari. Obiter & Theophili error notandus, qui scribit, condictionem furti etiam in eos dari, qui fures non sunt, quod est ἄδοξον, & miror à Fabrot. non animadversum.

TEXTUS.

De confusione.

27. *Si duorum materiæ voluntate dominorum confusæ sint, totum id corpus, quod ex confusione fit, utriusque commune est: veluti si qui vina sua confuderint, aut massas argenti vel auri conflaverint. Sed & si diversæ materiæ sint, & ob id propria species facta sit, forte ex vino & melle mulsum, aut ex auro & argento electrum, idem juris est. Nam & hoc communem esse speciem non dubitatur. Quod si fortuito & non voluntate dominorum confusæ fuerint, vel ejusdem generis materiæ, vel diversæ, idem juris esse placuit.*

COMMENTARIUS.

1. *Inter confundere & miscere quæ sit differentia, cum signate loquimur.*
2. *De effectu confusionis, & quarum rerum quomodo facta confusio communionem pariat.*
3. *Confusionem factam voluntate dominorum, propriè huc non pertinere.*
4. *In confusione fortuita materias confusas communicari, sive ejusdem generis sint, sive diversæ, extra quam si deduci possint & n.6.*
5. *Quid juris, si unus è dominis confuderit altero ignorante, aut tertius aliquis.*

Duobus modis hominum facto per accessionem rei alienæ ad res nostras nobis acquiritur, conjunctione & confusione. Conjunctionis species est purpura vestimento attexta, ut diximus §. *prac.* De confusione disputatur hoc loco: quæ quid sit primo videndum; deinde quam vim ad acquirendum & unde habeat. Verba hæc confundere & miscere aut commiscere vi sua generali sunt, deque omnibus ἐκ παρεμβολῆς dicuntur, quæ quovis modo permiscentur: ut videre est etiam apud nostros, *l. 7. §. voluntas* 8. *hoc tit. l. 3. §. ult. l. 5. pr. de rei*
1 *vind.* Cæterum cum signatè & distinctè loqui volumus, confusionem appellamus μίξιν ὑγρῶν, cum corpora liquida aut liquefacta invicem miscentur; commixtionem μίξιν ξηρῶν, cum sicca & solida, quæ & discreta maneant: quam nominum distinctionem peperit diversi juris, quod in his obtinet, ratio. Confundi igitur propriè res dicuntur, quæ ita permiscentur, ut una ingrediatur alteram, & vicissim alterius partem in se recipiat; veluti cum vinum cum vino miscetur, aurum cum auro conflatur. Ef-
2 fectus confusionis hic est, ut utrique domino pars alienæ rei vice mutua acquiratur, idque vi & potestate rei cujusque, cogente natura rem unam mutuo trahere alteram: unde existit totius corporis, quod ex confusione fit, communio. Cæterum neque quarumvis rerum confusio communionem parit, neque facta quovis modo. Summam tibi ecce. Omnis confusio fit aut voluntate dominorum, aut citra eam: & citra eam aut casu (quæ tamen & ipsa non sine facto hominum contingit, eorum sc. qui res in propinquo posuerunt) aut voluntate unius tantum, sive etiam tertii alicujus puta Titii. Res, quæ confunduntur, aut sunt unius generis, aut diversorum. Item aut tales sunt, quæ confusæ separari non possunt, aut quæ possunt separari. Nunc sic habe. Voluntate dominorum facta confusio sine ulla rerum distinctione communionem facit. Casu facta non aliter, quam si res diduci non possint. Facta unius voluntate tantum, aut à Titio, si materiæ unius generis confusæ sint; quoniam nec diduci possunt, nec novam speciem constituunt. Jam videamus, quid Imperator dicat, & singula consideremus accuratius.

Voluntate dominorum] Hæc species propriè huc non pertinet. Neque enim communionem hic inducit rerum confusio: sed mutua dominorum voluntas res suas confundendo tacitè communicantium: argumento est, quod etsi duo frumenta sua miscuissent, idem tamen juris, licet in dissimili genere mixtionis foret, §. *seq.* 3

Utriusque commune est] Pro rata sc. ejus materiæ; quæ cujusque ante confusionem fuit, *l. 3. §. ult. de rei vind.* Res autem communis propriè dicitur, quę duorum aut plurium est, non quasi tota singulorum, (neque enim duorum in solidum res una esse potest, *l. 5. §. ult. commod.*) sed singulorum pro partibus; iisque indivisis, *l. 5. de stip. serv. l. 5. §. ult. de reb. eor. qui sub tut.* Itaque quæ partes ante confusionem singulorum erant seperatim, post confusionem, singulorum esse incipiunt conjunctim, ut jam intellectu magis, quam corpore partes habeant, *d. l. 5. de stip. serv.* nec possit amplius unus, quod suum fuit ante confusionem, separatim vindicare, sed partem duntaxat pro indiviso, puta dimidiam aut tertiam; sive, quod eodem recidit, agere communi dividundo, ut res dividatur, & pars rei divisæ, dimidia aut tertia, pro rata ponderis, quod contulit, restituatur: in quo & pretii rationem judex habebit, si unius pars pretiosior fuit, *d. l. 3. §. ult. l. 4. l. 5. de rei vind.* Et si fortè res dividi commodè non possit, uni totam adjudicabit, eumque vicissim alteri condemnabit in certam summam pecuniæ, §. *eadem 5. inf. de off. jud.*

Sed etsi diversæ materiæ sint &c.] Nihil refert ejusdem generis materiæ voluntate dominorum confusæ sint, an diversi. Nam & nova species, quæ naturaliter ex confusione diversarum materiarum existit,

veluti

veluti ex vino & melle confuso mulsum, ex massis auri & argenti conflatis electrum, eorum communis sit necesse est, quorum consensu & voluntate materiæ confusæ sunt, & vice mutua, quod inde existit, communicatum. Ex quo etiam efficitur, ut nihil intersit materiæ separari, & species facta in sua initia reduci possit, an non possit: quæ differentia spectatur, cum jure specificationis aliquid alicui acquiri volumus.

Electrum] Plinio est aurum, cujus quinta portio argentum est. Secundas post aurum ei tribuit Homerus 4. *Odyss.* ubi regiam Menelai laudantem introducit Telemachum à splendore primum auri, deinde electri;

Χρυσοῦ τ' ἠλέκτρου τε, καὶ ἀργύρου, ἠδ' ἐλέφαντος·

Vid. *Plin. lib. 33. nat. hist. c. 4. Strabon. lib. 3.*

4 *Quod si fortuito*] Hæc confusionis species propria est hujus loci. Ait, in fortuita confusione idem juris esse, quod foret, si materiæ dominorum voluntate confusæ essent: nimirum etiam totum id corpus, quod ex duorum materiis casu confusis existit, commune esse eorum, quorum materiæ confusæ sunt, nec referre ejusdem generis materiæ sint, an diversæ, & ob id propria species facta sit: nam quod casu factum est, neminem sibi vindicare posse jure specificationis. Hoc item & Gajus *d. l. 7. §. sed etsi 9. hoc tit.* Observandum autem est, & hic & apud Gajum exempla proponi earum duntaxat rerum, quæ confusæ diduci & separari non possunt: quippe quas communes facit ipsa necessitas & vis naturæ superior: nam confusio hæc eo rem deducit, ut unaquæque materia alteram in sese per omnia confusam & indiscretam habeat: unde evenit, ut vel minima pars unius partem alterius sibi habeat adjunctam, quam & necessario ad se trahat: atque hinc communio. Quod si materiæ, quæ fortè confusæ, separari possint, veluti si plumbum cum argento mixtum sit, nulla necessitas intervenit, ob quam fiat, ut una res alteram mutuo ad se trahat: sed cũ ab artificibus separari possint, separabuntur: estque in eam rem non ut superiore casu, actio communi dividundo, sed ad exhibendum & in rem, *l. 5. §. 1. de rei vind. & arg. l. lacus 12. §. 1. hoc*
5 *tit.* Sed quid si non casu, nec tamen voluntate dominorum confusio fit, puta à Titio, vel ab uno ex dominis altero ignorante? quæ species hic omissa. Et siquidem verbi causa Titius vinum Mævii cum suo confuderit, aut cum vino Sempronii, aliasve ejusdem generis materias miscuerit, adhuc probandum est, corpus, quod ex ea confusione fit, Titii & Mævii, aut Mævii & Sempronii, commune esse; quia pristinam speciem continet, & res alium exitum naturaliter reperire non potest. Quod si diversi generis sint, quia hinc novi corporis species existit, ea tota Titii erit jure specificationis, si ad initia sua reduci non potest: si potest, suum cujusque manebit, *d. l. 5. §. 1. de rei vind. d. l. lacus 12. §. 1. hoc tit. vid. sup. §. cum ex aliena eod.*

Idem Iuris esse placuit] Paraphrastes vertit negativè; 6
οὐ τὸ αὐτὸ γενήσεται. Et sanè non est idem juris per omnia: nam si materiæ casu confusæ separari possunt, nulla earum communio est, sicut jam diximus. Arbitror tamen contra Hotomannum, eodem modo hic legendum, quo legitur apud Gajum *d. l. 7. §. sed & si.* unde hæc descripta sunt: nimirum affirmativè: & utrumque locum ex aliis cum Accursio sic temperandum, si tales materiæ fortuito confusæ sint, quæ diduci non possint: cujus etiam generis exempla, nec alia, Justiniano & Gajo proposita sint. Sed & Harmenopulus *lib. 2. tit. 1. περὶ τῶν ἐξ ἀλλοτρίας ὕλης γινομένων εἰδῶν* affirmativè legit, *τὸ αὐτὸ γενήσεται.*

TEXTUS.

De commixtione.

28. Quod si frumentum Titii frumento tuo mistum fuerit, siquidem voluntate vestra, commune est: quia singula corpora, id est, singula grana, quæ cujusque propria fuerunt, consensu vestro communicata sunt. Quod si casu id mistum fuerit, vel Titius id miscuerit sine tua voluntate, non videtur commune esse: quia singula corpora in sua substantia durant. Sed nec magis istis casibus commune fit frumentum, quam grex intelligitur esse communis, si pecora Titii tuis pecoribus mista fuerint. Sed si ab alterutro vestrum totum id frumentum retineatur, in rem quidem actio pro modo frumenti cujusque competit: arbitrio autem judicis continetur, ut ipse æstimet, quale cujusque frumentum fuerit.

NOTA.

Non magis istis casibus] A simili, ubi tamen illud dissimile, quod pecora mista facilius discerni possunt, quam grana, & ob id etiam singula vindicari, *l. 23. §. 5. vers. at in his de rei vind.*

Quale cujusque frumentum] Vi igitur ipsa non alia hic sententia & restitutio, quam si frumentum verè commune esset; *l. 3. § ult. l. 4. de rei vind.*

COMMENTARIUS.

1. *Commixtionem propriè dictam ad disputationem propositam non pertinere.*

2. Re-

2. *Responsum Iavoleni in l. 78. de solut. cum hoc textu conciliatum.*
3. *Comparatio mixtionis pecorum & frumentorum explicata.*

Nihil est in hoc §. quod ad institutam de accessione disputationem pertineat. Agitur de commixtione. Commixtio propriè est, cum corpora, quæ miscentur, discreta manent, & suam singula speciem retinent; velut si frumentum cum frumento, nummi cum nummis, pecora cum pecoribus, inter se misceantur. Hujus inquam commixtionis nunquam ea vis est, ut per eam potestate rei nostræ aliena nobis acquirantur, sive difficilis sit corporum mixtorum separatio, sive non sit: cum neutro modo fiat, ut aliquid sit in meo aut alieno, quod alterum ad se naturæ necessitate trahat.

Consensu vestro communicata] Quando duorum res voluntate dominorum commiscentur, communicantur illæ quidem, sic ut utrique domino pars alienæ rei vice mutua acquiratur: cæterum hoc non efficit commixtio aut accessio; sed tacita voluntas dominorum mutua traditione species suas communicantium, *hoc text. d. l. 7. §. voluntas eod. l. 5. de rei vind. l. 4. pro soc.*

Quia singula corpora in sua substantia durant] Hoc est, natura & essentia sua separata & discreta manent: ut proinde dici non possit, esse quicquam in hoc acervo Titii, quod tuum ad se trahere debeat, aut in totum, aut pro parte; aut quicquam esse tuum, quod debeat ad se trahere, quod Titii est. At sine horum alterutro nihil vestrum commune fieri potest in acervo frumenti, casu aut sine voluntata unius vestrum commixti. Objici huic loco solet, quod Javolenus ex Gajo refert, nummos alienos in solutum datos creditoris accipientis fieri, si is eos ita miscuerit suis, ut discerni non possint, *l. si alieni 78. de solut.* An dicemus idem esse in frumento, quod quis ex simili causa acceptum bona fide cum suo miscuit? At refragatur generalis definitio hujus loci, tum etiam ratio subjecta, & comparatio frumenti misti, & pecorum. Plerique putant, inter nummos & frumentum hoc interesse, quod nummi ita commixti, ut discerni non possint, pro consumptis habendi sint: frumentum non ante, quam farina ex eo confecta sit: quippe rerum, quæ usu consumuntur, consumptionem æstimari ex consumptione ipsorum corporum: pecuniam autem numeratam intelligi consumi plerumque salvis nummorum corporibus, *§. constituitur inf. de usuf.* Notum vero esse, consumptione nummorum in creditum vel in solutum datorum causam dominii mutari, *l. 13. l. non omnis 19. §. 1. in fin. de reb. cred.* Ita propemodum Accurs. quem sequitur communis DD. schola. *add. D. Cujac. 13. observ. 28.*

Quam grex intelligitur esse communis] Exemplo pecorum alienorum gregi meo mistorum docet, frumenta quoque sine voluntate dominorum mista, sua cujusque manere, neque in acervo facto quicquam esse commune: quippe eandem rationem esse 3
singulorum granorum in acervo, quæ est singulorum pecorum in grege: utrumque esse corpus non ἡνωμένον aut συνημμένον, sed διεστῶς, cujus partes non cohæreant, aut uno spiritu contineantur, sed quæ singulæ essentia sua maneant distinctæ, propriamque suam speciem retineant: ac proinde rationem juris non pati, ut hic magis, quam illic, dominia confundantur, *arg. l. rerum mixtura 30. de usuc. junct. l. in rem 23. §. 5. vers. at in his, de rei vind.* Cæterum comparatio hæc illud habet dissimile, quod pecora aliena meis pecoribus mista facilè discerni possunt, & ob id singula vindicari; *d. vers. at in his*; grana autem commixta non item. Qua ratione putarem, ne voluntaria quidem pecorum mistione gregem communem fieri, nisi id expresse actum proponatur.

In rem actio pro modo frumenti] Ubi res communis non est, cessat communi dividundo judicium *l. 1. com. div.* sicut in proposito. Cæterum nec grana ipsa, quæ cujusque ante commixtionem fuerunt, vindicari poterunt, quia discerni & designari nequeunt: nec pars acervi; quod non licet nisi in acervo communi; sed quantum in acervo cujusque fuit atque etiam nunc est, *l. 5. pr. de rei vind.* Nec refragatur actionis in rem natura, quæ exigit, ut res, quæ petitur, designetur, *l. 6. d. tit.* satis enim designari videntur grana petita hoc ipso, quod designantur certo loco atque acervo contenta & circumscripta. Tantum laborabitur in exitu judicii & restitutionis.

Quale cujusque frumentum] Igitur si unius frumentum fuerit pretiosius, officio judicis continebitur, ut ejus quoque ratio habeatur, & hoc amplius ferat is, cujus frumentum pretiosius fuit, vel ex acervo, vel certæ pecuniæ adjudicatione: ut sic omni ex parte utrique satisfiat, *arg. l. 4. de rei vend. §. eadem 5. inf. de off. jud.* In summa, vi & effectu hic non alia judicis sententia est & restitutio, quam si acervus verè communis esset, *l. 3. §. ult. d. tit. de rei vind.* Quæ de confusione & commixtione diximus, ea hodieque omnia observantur.

Textus.

De his quæ solo cedunt. De Ædificatione in suo solo ex aliena materia.

29. ***Cum in suo solo aliquis ex aliena materia ædificaverit, ipse intelligitur dominus ædificii: quia omne quod solo inædificatur, solo cedit. Nec tamen ideo is, qui materiæ do-***

dominus fuerat, desinit dominus ejus esse: sed tantisper neque vindicare eam potest, neque ad exhibendum de ea re agere, propter legem duodecim tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum ædibus suis junctum eximere cogatur, sed duplum pro eo præstet, per actionem, quæ vocatur, De tigno juncto. *Appellatione autem tigni omnis materia significatur, ex qua ædificia fiunt. Quod ideò provisum est, ne ædificia rescindi necesse sit. Quod si aliqua ex causa dirutum sit ædificium, poterit materiæ dominus, si non fuerit duplum jam consequutus, tunc eam vindicare, & ad exhibendum de ea re agere.*

NOTÆ.

Nec tamen, &c. desinit dominus esse] Ergo hoc casu qui ædificavit, dominus est ædificii, alius dominus, materiæ, ex qua constat *l.7. §.2. D. de re jud.* fac *l.23. §. ult. D. de rei vind l.22. de usuc.*

Neque ad exhibendum] *d. l.23. §. pen. l.6. D. ad exhib. l.1. de tign. junct.* nisi adversus malæ fidei ædificatorem, *d. l.23. §. pen.* tanquam qui dolo malo fecerit, quo minus possideat, *d. l.1. & l.2. de tign. junct.*

Eximere cogatur] Ne scil. ædificia rescindi necesse sit, ut mox sequitur. Potest igitur dupli præstatio evitari, si quis tignum eximere malit, & domino restituere, neque enim id facere prohibetur: dum ne ruina ædium deformetur publicus urbis adspectus, *l.2. C. de ædif. priv.* Eadem lege prohibetur solutio tigni alieni vineis juncti, ne sc. turbetur cultura vinearum *d. l.1. de tign. junct.*

Si non fuerit duplum. consecutus] In causa malæ fidei etsi consecutus fuerit. Nam qui sciens junxit, non liberatur præstatione dupli, sed est adversus eum extrinsecus adhuc rei vindicatio; *l.2. de tign. junct.* Pœnalis enim eo casu hæc actio est.

COMMENTARIUS.

1. *Non continuo eum, qui ædium dominus sit, dominum esse & singulorum tignorum.*
2. *Actionem de tigno juncto dari etiam in duplum adversus eum, qui bona fide junxit.*
3. *Præstationem dupli evitari posse tigni exemptione & restitutione.*
4. *Actionem de tigno juncto, apud nos exolevisse.*

DIximus non ita pridem, duobus modis contingere, ut res alienæ rebus nostris facto hominum accedentes nobis adjiciantur, confusione, de qua proximè loquuti sumus, & conjunctione. Conjunctionem appellamus, cùm duæ res ita junguntur, ut cohæreant, & unum corpus constituant, integra manente rerum substantia. Duo quoque genera hujus conjunctionis fecimus: unum, earum rerum, quæ junctæ nihil amplius habent, quàm additamentum & expletionem ejusdem corporis, de quo genere dictum sub §. *si tamen sup.* alterum earum quæ sic aliis junguntur, ut in his tanquam in subjecto consistant, ac sine his esse non possint, cujusmodi sunt hæc quinque, quæ nunc porro singula exequemur, in solo ædificata, plantata, sata, scripta in chartis aut membranis, picta in tabulis.

Quia omne, quod solo in ædificatur, solo cedit] In conjunctione rerum, de qua agimus, uti naturali ratione præstantior existimanda est ea res, quæ per se consistere potest; inferior, quæ imponitur, & sine illa consistere non potest; ita & eadem ratione fit, ut hæc ab illa per prævalentiam trahatur, illique ut præstantiori cedat; ac proinde utriusque dominus efficiatur, qui dominus fuerat præstantioris, *l. in rem 23. §.3. & 4. de rei vind.* Hæc ratio generalis est, ad omnes species hujus conjunctionis pertinens. Ait, *omne quod solo inædificatur.* Hæc prima species est hujus accessionis: atque de ea ita jus est. Omne ædificium, quamvis ex aliena materia, solo impositum, solo cedit, *d. l.7. §. cum in suo hoc tit. d. l. in rem. §. pen. & ult. de rei vind. l.2. de superf. l. qui domum 50. ad leg. Aquil. l.2. C. de rei vind.* idque sive dominus soli ex aliena materia ædificaverit in suo, sive è converso dominus materiæ ædificaverit in solo alieno, *d. l.7. §. ex diverso hoc tit. & §. seq. eod.* Solo autem impositum accipi oportet etiam id, quod verbi causa supra parietem meum ædificatum est. *l. si supra 28. hoc tit.* Cæterum ut rationi hujus juris locus sit necesse est, ut id quod ædificatum est, solo cohæreat. Nam si Titius exempli gratia horreum frumentarium ex tabulis ligneis factum mobile in prædio Seji posuerit, id non Seji erit, sed Titji, qui posuit, *l. Titius 50. eod.*

Nec tamen is, qui materiæ dominus fuerat, desinit &c.] Diximus, eum, qui ex aliena materia in suo ædificavit, dominum fieri ædificii: cui consequens videri poterat, eum, qui materiæ dominus erat, dominum ejus esse desinere; cum duo ejusdem rei in solidum domini esse non possunt. Contra tamen & hic & apud Gajum scriptum est, materiæ dominum dominium id circo non amittere, & quamvis stante ædificio dominum adhuc intelligi. Hoc ne quem offendat, sciendum est, pro diversa materiæ consideratione utrumque dici posse, & dominum ædificii materiæ quoque dominum effici, & materiam prioris domini manere. Etenim si tigna vel cæmenta consideremus, ut juncta & connexa ædificio, hac consideratione quamdiu juncta manet, ipsius ædificii

ficii sunt & domini totius: unde & dempta dicuntur in pristinam causam reverti, *l. habitator 59. de rei vind. facit l. sed si 26. §. 1. hoc tit.* At si animum à conjunctione avertas, & ædificio quasi insuper habito tigna consideres in se, & ut seorsum substantiam suam habentia, non potest videri materiæ dominus jus suum amisisse: & ideo ea tigna, licet juncta adhuc, aliena ubique appellantur. Adeoque recte nunc dicemus, aliud esse materiam, aliud ædificium: ædium quandam universitatem intelligi; materiam, cæmenta, tigna, lapides, res esse singulas, quæ ob id jure universi non utiq; censeantur. Hinc enim est, quod placet, eum, qui universas ædes possidet, non videri singula cæmenta possidere, eoq; nec usucapere, *l. in rem 23. §. ult. de rei vind. l. eum qui 23. de usuc.* & quod Ulpianus respondet, eum, qui insulam petiit, si victus postea cæmenta vel tigna petat, non videri idem petere, *l. 7. §. 2. de exc. rei jud.* nimirum quod necesse non sit, eum, qui ædium dominus est, materiæ quoque dominum esse: quam rationem & ipse mox subjicit. Cæterum dubitandum non est, quin verum sit, quod D. Hotomannus hic notat, si ex aliena materia nova primum species facta fuerit, deinde novum id corpus ædificio inclusum, ejus id manere, cui jure specificationis quæsitum erat: verbi causa, tigna aut tabulas ex aliena arbore fabricatas & mox injunctas ædificio, ejus esse & manere, qui tabulas fecit, *arg. l. sed si meis 26. in pr. hoc tit.*

Neq; ad exhibendum] Tignum alienum ædibus junctum lex duodecim tabularum non tantum vindicari prohibet, sed etiam solvi, ut proinde nec ad exhibendum de eo agi possit, *l. in rem §. pen. de rei vind. l. 6. ad exhib. l. 1. de tign. junct.* in quo diversum jus est tigni injuncti, & verbi causa gemmæ injunctæ annulo alieno: ea enim licet, quamdiu cohæret, vindicari nequeat, ad exhibendum tamen eo nomine agi potest, ut eximatur, & tunc vindicetur, *d. l. in rem §. item quæcunque de rei vind. d. l. 6. ad exhib.* vide sis quæ notavimus supra *§. si tamen 26. hoc tit.*

Ne quis tignum eximere cogatur] Duplicem ego causam reperio, cur lege duodecim vetita sit tigni alieni ædibus juncti vindicatio. Una est, ne ob id ædificia rescindi necesse sit, *l. 1. de tign. junct. l. 7. §. cum in suo h. t. & hoc text.* altera, ne per hoc ruinis urbs deformetur, *l. 2. §. si quis 17. l. ult. ne quid in loc. publ. l. 2. C. de ædif. priv.* quarum illa principalis esse videtur, & rationem finis uniciqve legis propositi habere; hæc συναίτιον & illius adminiculum: de quo mox plura. Eadem lege & solutio tigni alieni vineis juncti prohibetur, ne scilicet turbetur vinearum cultura, *l. 1. de tign. junct.*

Sed duplum pro eo præstet] Ne dominus materiæ queri posset, injuriam sibi fieri, quod re sua, quamdiu ædificium manet, carere cogatur, data est in eum, qui junxit, actio de tigno juncto ad tigni æstimationem, & quidem in duplum, *l. 1. de tign. junct. l. in rem 23. §. pen. de rei vind. l. 6. ad exhib.* Nec dubito, quin ea actio in duplum etiam adversus eum danda sit, qui bona fide junxit: id enim textus ferè omnes arguunt, qui de hac actione loqvuntur. Nam primo, ut bene observavit D. Tuldenus *c. 42.* in eum hæc actio dari dicitur & hoc loco & apud Gajum *d. l. 7. cum in suo*, adversus quem nec in rem, nec ad exhibendum agi potest: quorum utrumq; contra est in eo, qui sciens rem alienam junxit, *d. l. 23. §. pen. de rei vind.* non quod sic conveniatur quasi possidens, ut tignum restituat: sed ita, quasi dolo malo fecerit, quominus possideat aut restituere possit, ut pretium æstimetur jurejurando in litem, *l. 1. in fin. de tign. junct.* eoque pertinet locus Pauli in *l. qui res 98. in fin. de solut.* ubi ait, legem 12. tabularum sciscere, tignum ædibus junctum vindicari posse, sed solvi id prohibuisse, pretiumqve ejus voluisse dari. Deinde nec hoc ad eum pertinet, qvi mala fide junxit: quod denegatur domino materiæ vindicatio non solum stante, sed etiam diruto ædificio, si jam ante per actionem de tigno juncto duplum sit consecutus: nam adversus eum, qui sciens junxit ut furem, præter actionem dupli extrinsecus adhuc est rei vindicatio, *l. ult. de tign. junct. §. ult. inf. de obl. quæ ex del.* Huc item facit *l. de eo 63. de don. int. vir. & ux.* nam cum ibi solus ille casus excipiatur, quo tignum volente & sciente domino junctum est, satis significatur, in cæteris actioni de tigno juncto in duplum esse locum. Denique cur actionem de tigno juncto etiam adversus eum, qui bona fide junxit, lex duodecim Tabb. dedisset, si dominus tigni nihil amplius per eam consequeretur, quam consecuturus esset actione in factum, quæ sublata vindicatione adhuc supererat? *d. l. 23. §. item quæcunque de rei vind.* Huic autem sententiæ duo obstare videntur. Primum est, quod lex de tigno furtivo locuta est, *d. l. de eo de don. int. vir. & ux. d. l. 1. de tign. junct.* alterum, quod iniqvum videtur, eum, qui bona fide junxit, in duplum teneri. Quibus hæc reponimus; primo etiam tignum, quod ab alio surreptum, ab alio bona fide junctum est, furtivum esse, vitio furti rem comitante. Ad hæc, legem 12. tabularum furtivi non ideo mentionem fecisse, quod nomine non furtivi agi in duplum noluerit: sed quia raro accidit, ut res alienæ mobiles, quæ insciis dominis ad alios perveniunt, in furti vitium non cadant, *§. 2. inf. de usuc.* unde nec Gajus, nec Justinianus, nec Paulus in *d. l. 23. §. pen. de rei vind.* furtivi mentionem faciunt, sed alieni duntaxat: cum tamen id omnes proponant ex eadem lege. Postremo nullam hic esse iniquitatem: nam & injuria, quæ domino materiæ fit, quod re sua carere cogitur, commodo aliquo pecuniario compensanda fuit, & pro duplo, quod ille acci-

accipit, majus vicissim commodum consequitur is, qui junxit, ne videlicet cogatur tignum eximere cum metu ruinæ ædium suarum. Sed & potest du-
3 pli præstationem effugere, si tignum eximere malit & domino restituere: neque enim id facere prohibetur lege 12. tabularum: quippe qua cautum est, non ut ne domino tignum eximere liceat, sed ne quis id eximere cogatur, ne ædificia rescindere aut demoliri cum summo damno ædificantis necesse sit, *hoc text.* & apud Gajum *d.l.7. §. cum in suo hoc tit. l.2. §. si quis 17. l.ult. ne quid in loc. publ.* unde alii loci explicandi sunt, quibus traditur, legem prohibere, vetare, non permittere tignum solui *l.6. ad exhib. l.1. de tig. junct. l. qui res 98. in fin. de solut.* nimirum non tantum vindicationem, verum etiam actionem ad exhibendum his verbis legem tollere voluisse argum. hujus *§. & d. l.23. §.pen. de rei vind. d. l.1. de ting. junct.* Equidem fateor etiam publici decoris & ornamenti rationem hac in re habitam fuisse, ne scilicet ædium demolitione & ruinis adspectus deformaretur: cæterum ut hæc consideratio extrinsecus legem moverit, non fuisse tamen τὸ οὗ ἕνεκα, sive causam, cujus gratia tignum eximi vetuerit, non obscurè ex eo colligitur, quod alioqui dicendum esset, nunquam licere civibus ædificia sua demoliri, aut tignum inde eximere: quod falsum est, *l. fin. autem 27. §. ult. l. Iulianus 37. de rei vind. l.5. in fin. C. eod. l. pro voluptariis de imp. in res dot.* Sed nec quævis tigni exemptio secum trahit ruinam ædificii: unde fortassis non improbabiliter defendi possit, eundem fuisse scopum legis 12. tabularum, qui fuit senatusconsulti, quo cautum est, ne ea, quæ ædibus juncta sunt, legare liceat, neve negotiandi causa ædificia demoliri, aut marmora, columnas, aliave tigna detrahere, *l. cætera 41. §. 1. l. senatus 43. de legat. 1. l. senatus 52. de cont. empt. l. ult. de damn. inf.* non alia de causa quam ut ne integris ædificiis depositis publicus deformetur aspectus, *l.2. C. de ædif. priv.* ac proinde quemadmodum in senatusconsultum non incidit, qui quid detrahit circa metum ruinæ, ita nec offendere legem antiquam, qui ut condemnationem dupli evitet, tignum eximere malit, modo id faciat sine periculo ruinæ. Ad hunc fermè modum disputat Bachovius hic. Mihi ut verum fatear, frustra videtur lege prohiberi, quod sponte sua nemo nisi insanus facturus sit. Moribus harum regio-
4 num actio in duplum de tigno juncto exolevit, consuliturque domino materiæ actione in factum ad pretium consequendum, *Grot.2. introd. c.10. Zypæ notit. jur. Belg. de rei vind.* uti & jure antiquo ei consulebatur adversus dominum soli, qui ipse tignum non junxerit, sed ab alio fortè junctum possidebat: nam in eum demum, qui convictus erat junxisse, in duplum dabatur actio, *l.1. in fin. pr. de tign. junct.*

Omnis materia, ex qua ædificia fiunt] Traditur hoc idem & in *l. tigni 7. ad exhib. l. tign. 62. de verb. sign.* unde quidam ajunt, tegulam quoque & lapidem & testam, hoc amplius & calcem & arenam tignorum appellatione contineri: in vineis perticas & pedamenta, cæteraque vineis necessaria, *d.l.1. §. 1. de tign. junct.*

Tunc eam vindicare] Etiamsi post tempus usucapionis dissolutum sit ædificium: nam qui ædes possidet, non intelligitur singula tigna possidere, ut notatum *sup. n.1. l.23. §.ult. de rei vind. l.33. de acquir. poss. l.23. de usuc.*

Textus.

De ædificatione ex sua materia in solo alieno.

30. *Ex diverso, si quis in alieno solo ex sua materia domum ædificaverit, illius fit domus, cujus & solum est. Sed hoc casu materiæ dominus proprietatem ejus amittit, quia voluntate ejus intelligitur esse alienata; utique si non ignorabat, se in alieno solo ædificare: & ideò licet, diruta sit domus, materiam tamen vindicare non potest. Certè illud constat, si in possessione constituto ædificatore, soli dominus petat, domum suam esse, nec solvat pretium materiæ & mercedes fabrorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli, utique si bonæ fidei possessor fuerit, qui ædificavit. Nam scienti, solum alienum esse, potest objici culpa, quod ædificaverit temere in eo solo, quod intelligebat alienum esse.*

Notæ.

30. *Ex diverso*] Ex Cajo *l.7. §.12. D. h.t.*

Si non ignorabat] Nam si ignoravit, quamvis ædificium sequatur soli dominum, materiæ proprietatem non amittit, & eam diruto ædificio vindicare poterit, *l.2. D. de rei vind.*

In possessione constituto] Nam si non possidet, nulla ei actio in re prodita, qua pretium materiæ aut sumptus consequatur, *l.33. D. de cond. in d.l.14. D. de exc. dol. l.48. de rei vind.* Cujacius tamen incerti condictionem dat, id est, possessionis.

Potest objici culpa] *L.37. D. de rei vind.* Hoc tamen ei concedendum, ut sine læsione prioris status rei tollat quod posuit, *d. l.37. l.5. C. eod.*

Commentarius.

1. *Quantum ad materiam attinet, jus variare pro conditione personarum ex sua materia in alieno ædificantium.*

2. *Non semper eum, qui in alieno sciens ædificat, donandi animo ædificare intelligi.*
3. *Ædificatorem in possessione constitutum pretium materiæ & impensas servare posse opposita doli mali exceptione.*
4. *Non possidenti nullam eo nomine actionem jure proditam.*
5. *An malæ fidei possessor pretium materiæ & impensas eadem ratione servare possit.*

EXplicatur hic species superiori contraria. Illic quæsitum fuit de eo, qui ex aliena materia ædificavit in solo suo: hic quæritur de eo, qui ex sua materia ædificavit in solo alieno. De quo ex personis ædificantium & tempore variè constituitur, quantum quidem attinet ad materiam & impensas in ædificando factas: nam ad ædificii acquisitionem quod attinet, inter personas ædificantium nihil interest, sed illius semper fit domus, cujus est solum, juxta regulam jam traditam & expositam §. *præced.*

1 *Vtique si non ignorabat*] Qvum non de ædificio ipso, sed aut de materia, aut de pretio materiæ aliisve impensis consequendis quæritur, non eadem omnium ædificantium in proposito ratio est: sed alia ejus, qui bona fide, dum suum putat, alia ejus, qui sciens prudens in alieno ædificavit. De materia ita jus est. Qui ex sua materia in alieno solo ædificavit bona fide, is, quamvis ædificium quod posuit, solum sequatur, ac per hoc dominum soli, materiæ tamen proprietatem non amittit, *arg. hujus §. in verbis à me notatis.* Et ideo licet manente ædificio nullam de materia neque actionem neque exceptionem habeat, quibus consequi possit, ut materia separetur & sibi reddatur, propter legem 12. tabb. de æstimatione tamen ei consultum est, de quo mox; & ædificio diruto poterit ipsam materiam vindicare, *l.2. C. de rei vend.* Qui autem ex sua materia in alieno ædificavit mala fide, placet eum proprietatem materiæ amittere, in tantum, ut ne diruto quidem ædificio eam vindicare possit. Cujus rei rationem hanc affert hic Justinianus post Gajum in *l.7. §. ex diverso hoc tit.* quod sua voluntate materiam intelligatur alienasse, id est, donasse domino soli. Nimirum hæc juris adversus eum, qui non ignorat se in alieno ædificare, præsumptio est, *arg. l.14. de donat. l.cujus per*

2 *errorem 53. de reg. jur.* Cæterum si qua probabilis conjectura sit, ob quam videri possit, licet sciens, non tamen animo donandi ædificasse, dissoluto ædificio materiam vindicare non probetur, *l.2. C. de rei vind.* Finge, aliquem in aliena area ædificasse, cujus bonæ fidei emptor fuit: verum ædificasse quo tempore jam sciebat alienam: negabo id eum animo donandi fecisse. Quippe cum spem haberet fore, ut aream usucaperet, *arg. l. Iulianus 37. de rei vind.* Finge ædificasse in solo litigioso: dicam id sui juris possessionisque tuendæ causa fecisse, non animo donandi, per *d. l.2. C. eod. tit.* Finge denique, colonum aut inquilinum ædificasse in area conducta; dicam id factum esse, quo commodius re conducta uterentur, aut in ea habitarent, non quod materiam domino donare voluerint, *l. dominus 55. §. 1. locat.* Sed etsi quis mala fide in alieno ædificavit, dum ex materia item non sua, æqvum est; soluto ædificio materiam ad pristinum dominum redire, *arg.d.l.2.* Atq; hæc etiam communis interpp. sententia est. vid. *Wes. Myns. Schneid. Cantiunc. hic Bald. Salic. Sichart. ad d. l.2. Fachin. 1. controvers. 55.*

Si in possessione constituto ædificatore, &c.] Cum igitur stante ædificio ædificator, cujuscumque generis sit, nullam, ut dictum est; actionem aut exceptionem habeat, quâ materiam ipsam consequatur, quæsitum est de materiæ æstimatione, cæterisq; impensis, quæ in ædificando factæ sunt, anne eas saltem ædificator remedio aliquo consequi possit. Atque hic iterum aliud atque aliud pro circumstantia temporis & conditione ædificantium servatur. Primum refert, possideat ædes ædificator, an non possideat. Si possidet, placet, eum impensas servare posse per retentionem, opposita doli mali exceptione, si dominus ædificium vindicet non oblata restitutione impensarum. Et hoc est, quod Jurisconsulti in *d. l.7. §. ex diverso* & Imp. hic ajunt, *Si in possessione constituto ædificatore soli dominus petat domum suam esse, nec solvat pretium materiæ, posse eum per exceptionem doli mali repelli*, nimirum quia dolo malo facit & contra æquitatem naturalem, qui postulat cum alieno damno & injuria fieri locupletior, *l. nam hoc natura 14. de cond. ind. junct. l.1. de dol. mal. exc.* Unde etiam placuit, hanc exceptionem eo usque duntaxat dandam, quo res facta est pretiosior, *l. in fundo 38. de rei vind.* & ita demum si fructuum ante litem contestatam perceptorum modum excedant, *l. sumptus 48. eod.* Nam qui suum tantum recipere vult, nihil dolo facit, *l.nihil dolo 129.de reg.jur.* nec studet cum aliena jactura locupletari, qui hoc tantum agit, ut pro quantitate fructuum perceptorum impensæ minuantur. Si non possidet, nulla ei actio jure pro- 4
dita est, qua pretium materiæ aut sumptus à se factos consequatur. Id adeo ita esse, remotio actionum, quæ hic esse possint, declarabit. Vindicationem & actionem ad exhibendum sustulit lex 12. tabb. Actio de tigno juncto adversus eum solum comparata est, qui ipse tignum junxit, *l.1. de tign. junct.* In factum actio, de qua in *l. in rem 23. §. item quæcumque de rei vind.* non datur adversus eum, cujus nullum factum intervenit. Sed nec actio hic esse potest negotiorum gestorum: quia qui in rem tanquam suam aliquid impendit, suum negotium, non.

non alienum gerit; qua ratione etiam ei denegatur repetitio. *l.5. C. de rei. vind.* Et generaliter omnibus, qui non sunt hoc animo, ut quid ab alio repetant, aut alium sibi obligent, *l.4. C. de neg. gest. l. in hoc* 14. §. 1. *vers. diversum. comm. divid.* quippe actus agentium non operantur ultra eorum intentionem, *l. non omnis* 19. *de reb. cred.* Postremo nec condictionem indebiti habere potest: nam ut disserit Jul. *l. si in ara* 33. *de cond. ind.* qui possessionem ultro domino tradit, nullum cum eo negotium gerit, nihil in eum confert: tantum quod suum est dominus suo jure recipit. In quam rem extat & generalis definitio Pomponii, ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repeti non posse, *l. ex quibus* 51. *d. tit.* Sed non opus est hac inductione: de singulis si quis dubitet, constanter veteres omnes scribunt, nullo alio modo impensas in rem alienam factas servari posse, quam per retentionem, opposita doli mali exceptione, si res à domino vindicetur; *Papian. l. sumptus* 48. *de rei vind. Iulian. d. l. si in area de cond. ind. Paul. l.* 14. *de dol. mal. exc. Pompon. l. hæres* 21. *ad sen. Trep.* Quamobrem cum hoc remedium nulli alii competere possit, quam possidenti; nobis non licet contra manifestam rationem juris & textus expressos aliud excogitare, quo subveniatur etiam non possidenti, data scilicet ei ultro pro consequendis impensis actione, idque solo æquitatis obtentu, deficiente causa & fundamento, in quo actio radicetur, per *l.1. C. de legib.* scilicet facilius alicui actione instituta per officium judicis succurritur in eodem judicio, quam ut inducatur actio, quæ non nisi ex certis principiis juris nascitur: ac proinde etsi hic sit aliqua obligatio naturalis, quam inducit æquitas, tamen sola naturalis obligatio actionem non producit, nisi jure civili aut prætorio adjuvetur. *Ant. Fab.* 26. *err.* 9. *& seq. Tim. Fab. univers. disput.* 13. *th.* 3. Existimat quidem D. Cujacius 10. *obs.* 4. posse non possidentem condictione incerti possessionem repetere, atque ita adhuc contra agentem opposita doli mali exceptione sumptus servare arg. *l. indebiti* 15. §. 1. *l. qui exceptionem* 40. §. 1. *de cond. ind.* Sed multum interest, utrum quis in rem alienam, qua talem, & quam scit se restituere debere, ac proinde animo alium sibi obligandi impensas faciat, de quo casu dd. textus loquuntur; an suo nomine tanquam in rem propriam, qui casus hic proponitur, per text. in *d. l.* 14. §. 1. *comm. div. l.5. C. de rei vind.* Fallitur quoque Martinus Glossator eumque secutus Gœd. in *l. impensæ* 79. *de verb. sign.* dum non possidenti utilem actionem negotiorum gestorum dant. arg. *l.6.* §. 3. *de neg. gest. l.8. de ping. act. l.7.* §. *ult. sol. matr.* Nam in *d. l.6.* §. 3. agitur de eo, qui ad res alienas tanquam alienas gerendas accessit, licet eo animo, ut inde lucrum faceret, aut quasdam interverteret. In reliquis duabus de iis agitur, qui impensas fecerunt in rem, quam ex contractu & à domino acceperunt, quos certum est vel actione contraria vel negotiorum gestorum sumptus in eam factos consequi posse; quod & vulgo hic notant DD. Non obstat nobis *l.5. C. de re vind.* ubi etiam malæ fidei possessor dicitur habere repetitionem necessariarum impensarum. Primum quia hic non de necessariis impensis quæritur, sed de utilibus. Deinde quia ex eo, quod dicitur impensarum esse repetitio non sequitur illico eo nomine etiam esse actionem: sufficit enim repetitionem esse suo modo, per retentionem videlicet & exceptionem: quippe verbum repetitionis, uti & petionis, etiam ad eum pertinet, qui exceptione utitur, *l.1. de except. l.15. rat. rem hab.* neque aliter *in d. l.5.* accipi potest, ubi agitur de ædificatore constituto in possessione, *D. Don.* 20. *comm.* 7; *post. Cyn. Castr. Talic. in d. l.5.* Martini tamen sententiam æquitatis commendatione nunc in judiciis prævalere, saltem quatenus dominus locupletior factus est, scribit D. Carol. Molin. *ad consuet. Paris. tit.* 1. §. 1. *gloss.* 5. *n.* 82. *& seqq.* quod promtius admittendum in eo, qui bona fide in alieno ædificavit, per *l. si & me & Titium* 32. *de reb. cred. Paul. Bus. ad l.* 33, *de cond. indeb. Diod. Tulden. hic c.* 58. nam & hic diruto ædificio materiam ipsam vindicare non prohibetur, *add. Garz. de expens. & meliorat. c.* 1. *n.* 24. *& c.* 7. *Zypæus. jur. Belg. de rei vind.*

Vtique si bonæ fidei possessor fuerit, &c.] Non satis 5 est ad servandas impensas ædificatorem in possessione constitutum esse, nisi factæ sint bona fide: malæ fidei possessori hæc impensarum deductio denegata est, *l. Iulianus* 37. *de rei vind. l. idque* 45. §. 1. *in fin. de act. emp. l.5. C. de ædif. priv.* Quibus consentaneum est, quod scribit Papinianus *l. sumptus* 48. *de rei vind.* sumptus in prædium alienum factos peti quidem non posse, sed exceptione doli opposita per officium judicis æquitatis ratione servari, si à bonæ fidei possessore facti sint; ut intelligamus in malæ fidei possessore ne æquitatis quidem ratione eo pacto servari debere. Etenim si is item simili se exceptione tueri velit adversus dominum vindicantem, culpam ei objicii posse & à domino replicari, quod temerè & sciens ædificaverit in alieno solo, *hoc text. & l.7.* §. *ex diverso eod. l. Iulianus* 37. *de rei. vind.* Denique sumptus per errorem factos hac ratione servari posse, *l. fin. autem* 27. §. *ult. d. tit.* qui improbè facti sunt, restituendos non esse. *l.5. C. de ædif. priv.* Quid igitur est, quod Paulus scribit *l. planè* 38. *de hær. pet.* etiam in prædonis persona haberi rationem impensarum, ne petitor ex aliena jactura locupletetur? Non distinguam, ut vulgo, inter pe-

titionem hæreditatis & specialem actionem in rem; neque enim adhuc ulla ratio mihi probabilis visa, cur in proposito hæc judicia separentur: sed animadvertendum est, Paulum non simpliciter dicere, etiam prædonem impensas deducere, aut imputare, sive per retentionem opposita doli mali exceptione servare: verum in hujus quoque persona haberi rationem impensarum necessariarum & utilium. Quod sic omnino accipi debet, ut necessarias quidem deducat, (nam necessariarum impensarum deductio tributa est omnibus possessoribus, etiam qui male fide possident, *5. C. de rei vind.*) utiles vero, de quibus solis hic quæritur, sine læsione rei tollat, *d. l. Iulianus de rei vind. d. l.5. C. eod.* Nam ita quoque in prædonis persona utilium impensarum ratio habetur, quarum tollendarum stricto jure nulla ei potestas. Quid ergo si nolit petitor pati, ut utiles impensas tollat? Potest sanè id pro suo jure facere, *l. in fundo 38. de rei vind.* sed hoc casu utiles quoque impensæ deducentur, ne quod ait Paulus ex aliena jactura petitor lucrum sentiat: quæ ratio in utilibus impensis hoc demum casu locum habet, non autem si paratus sit petitor pati ut tollantur. Ita *D. Ant. Fab.2. conj.1. & dec.26. err. 8. & seqq.* cui in hoc assentior, licet D. Bachovius vulgatam inter petitionem hæreditatis & singularm rerum distinctionem magis probet, *not. ad Treutl. 1. disp.14. thes. 19. & p.2. disput.20. thes.6.* Alii d. l.38. restringunt ad impensas utiles & necessarias simul. Sed tunc nihil definierit Jurisconsultus de utilibus tantum: & tam utiles simpliciter, quam quæ simul necessariæ sunt, intellexisse Jurisconsultum, ostendunt exempla, quæ in *l.39. eod. tit.* mox proferuntur: inter quæ & litis æstimatio servorum gratia soluta; quæ utique utilis tantum impensa est, non etiam necessaria. Quæstio universa de retentione rei ob sumptus in eam à possessore factos multas & magnas recipit varietates, tum ex personis possessorum & petitorum, tum ex causis & generibus sumptuum, quæ omnia sigillatim persequi non est hujus loci, *vid. D. Donell.20. comm.7. Costal. in l. in fundo 38. de ri vind. & in l. si in area 33. de cond. ind. Menoch. rec. poss. rem.15. n.500. & seqq. Charond. lib. 10. resp.16. Garz. de expens. & meliorat.* & alios allegatos à *D. Christin. vol.2. decis.174.*

TEXTUS.
De plantatione.

31. *Si Titius alienam plantam in solo suo posuerit, ipsius erit. Et ex diverso, si Titius suam plantam in Mævii solo posuerit, Mævi planta erit: si modò utroq; casu radices egerit: antè enim quam radices egerit: ejus permanet, cujus fuerat. Adeò autem ex eo tempore, quo radices egerit planta, proprietas ejus commutatur, ut si vicini arbor ita terram Titii presserit, ut in ejus fundum radices egerit, Titii effici arborem dicamus: ratio enim non patitur, ut alterius arbor esse intelligatur, quam cujus in fundum radices egerit. Et ideò circa confinium arbor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit.*

NOTÆ.

31. *Si modo utroque casu radices*] Quia ex eo tempore, non solum ut superficies solo adhæreſcit, & cum solo unum corpus constituit, *l.40. D. act. empt.* sed etiam ex solo alimentum trahit: unde nec eadem arbor, quæ in alieno solo coaluit, manere intelligitur, nec denuo eruta ad priorem dominum revertitur, *d. l.26. §.2. h. t.* Cæterum Nerva & Varus priori domino utilem in rem actionem dabant, *l.5. §.3. de rei vind.*

Communis fit] Non pro indiviso, sed pro regione cujusque prædii, *l.8. h. t.* eruta autem pro indiviso communis esse incipit, *l.19. comm. div. l. pen. pro soc.* Itaque in *d. l.8. §.1.* pro *& sunt pro indiviso communia prædia,* legendum est, *pro diviso.* Cujac.

COMMENTARIUS.

1. *Proprietatem arboris transplantatæ post coalitionem ita immutari, ut ne eruta quidem ad priorem dominum revertatur.*
2. *Quomodo priori domino consulatur de pretio plantæ, primum ei, qui alienam posuit in solo suo, deinde & qui suam posuit in alieno.*
3. *Pomponius cum Gajo & Iustiniano conciliatus.*

Secunda species cessionis propositæ est plantarum positarum in alienn solo: de qua ita post Gajum in *l.7. §. ult. hoc tit.* scribit Justinianus; *Si Titius alienam plantam in solo suo posuerit, ipsius erit.* Et ex diverso, *si Titius suam plantam in Mævii solo posuerit. Mævij planta erit: si modo utroque casu radices egerit: ante enim quam radices egerit, ejus permanet, cujus fuerat.* Tria sunt, quæ his verbis docemur. Primum est, plantas in alieno solo positas ejus manere cujus fuerant, usque dum radices egerint: alterum, ex quo radices egerint, solo cedere & incipere ejus esse, cujus est solum: tertium, nihil in proposita specie inter esse, utrum quis in suo solo plantam alienam posuerit, an in solo alieno plantam suam. Ratio cessionis supra est exposita: cui etiam hæc accedit, quod plantæ non tantum in solo consistant, sed ubi radices egerint, etiam ex eo solo alimentum

capiant

capiant & succum, circa quem vivere ac vegetari non possunt, *l. sed si meis 26. §. 2. hoc tit.*

Si modo utroque casu radices egerit] Idem valet si coaluerit, *§. seqq. & d. l. sed si meis 26. §. 2. eod. l. hoc amplius 9. §. Alfenus de damn. inf.* nam radicum immissione fit, ut plantæ cum terra coalescant & uniantur, ut jam earum non sit separatum à fundo corpus, *l. Q. Mucius 40. de act. emp.*. Coaluisse autem, & radices immisisse; certum indicium est, si vivit adhuc & vegetatur arbor post id tempus, quo emori & exarescere poterat; & certius etiam, si quid ex
1 se emittat, aut fructum ferat. Et sciendum est, proprietatem arboris transplantatæ, ubi semel radices egerit, ita commutari, ut nec eruta postea ad priorem dominum revertatur, *d. l. sed si meis §. 2.* Quamobrem nec ei sic consultum est, ut domino materiæ, quæ juncta est alieno ædificio: quippe quam dominus, cum eadem maneat & suo sensu ejusdem, diruto ædificio vindicare potest: *l. 2. C. de rei vind.* arbor autem quæ in alieno terræ coaluit, non manet eadem, sed fit alia & nova alieno novi soli alimento, *d. l. sed si meis §. 2.* Hinc autem est, quod qui plantam suam in alieno posuit, nec possidens retentionem habeat in hoc, ut positam sibi tollere liceat, cum nec separata ejus sit: quod contra est in eo, qui ex sua materia in alieno ædificavit, *l. sin autem 27. §. ult. l. Iulianus 37. de rei vind. l. 5. C. eod, vid. §.*
2 *præced.* Cæterum æquum est, adversus eum, qui alienam arborem in suum transtulit, de pretio saltem priori domino arboris consuli, ne sic res ei pereat alieno facto, ut nec æstimationem consequatur. Dabimus ergo ei actionem in factum ex definitione *l. in rem 23. §. item quæcunque de rei vind.* Varus & Nerva utilem in rem dabant, *l. 5. §. de arbore d. tit.* nimirum pretii consequendi gratia: nam directam in rem non habet, *l. 9. §. Alfenus de damn. infect.* Adversus eum, qui mala fide transtulit, est etiam actio furti & condictio furtiva, ut adversus furem, *§. ult. inf. de obl. quæ ex del.* Est & vindicatio & ad exhibendum, non quasi adversus possidentem, sed quasi qui desierit possidere, *l. 1. in fin. & l. 2. de ting. junct.* At si quis suam plantam posuerit in alieno, hic eadem obtinebunt, quæ diximus de eo, qui ex sua materia in alieno ædificavit. Igitur si possessione excidit, nullam de pretio arboris aut sumptibus à se factis actionem habet: nam nec in factum dari potest; quia hæc est de damno alii dato: solum hoc ei relinquitur, ut si bona fide posuit, & adhuc in possessione est, æstimationem & sumptus servet per doli mali exceptionem, *l. si quis sciens 11. C. de rei vind. l. qua ratione 9. in pr. hoc tit.* Malæ autem fidei possessori culpa objici potest, quod temere plantam posuerit in solo, quod sciebat alienum esse, *arg. §. præced.*

Vt in ejus fundum radices egerit.] Sic nimirum ut tota jam ex terra Titii alatur: quod aliquando contingere potest; veluti si veteribus radicibus exarescentibus aut putrescentibus novas arbor in vincini fundum projiciat, ita ut jam omne alimentum ex terra vincini duntaxat trahat. Consulendi hic rei rusticæ studiosi. Illud à mente & verbis Justiniani plane alienum est, quod quidam scribunt, non veterem arborem, quæ in vicino fundo posita in Titii fungum radices egerit, Titii fieri; quasi impossibile sit, ut ea omnes radices in Titii fundum agat, sic ut tota inde alatur; sed novam, quæ forte ex ramis in terram Titii depressis exurgat. Ait enim Justinianus, proprietatem arboris commutari; quod omnino de vetere arbore, quæ ante vicini erat, accipiendum est: & quod sequitur de arbore prope confinium posita, eam communem fieri, si in vicini quoque fundum radices egerit, non de alia accipi potest, quam quæ antea fuerat tota unius.

Si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit] Efficit hoc eadem ratio: sed hoc sic temporandum, si ea arbor in vicini fundum etiam integras aliquot radices egerit; nam si extremas tantum radicum partes in vicini fundum porrexerit, quamvis inde nonnihil alimenti capiat, ejus tamen manet, cujus in fundo origo ejus fuit; eo quod radices magis juxta arboris truncum spectandæ, quam partes earum extimæ. Et ita Pomponius in *l. 6. §. ult. arb. furt. cæs.* cum Gajo & Justiniano conciliandus. *D. Pac. in analys. hic*

Communis fit] Abusive. Non enim pro indiviso communis fit, sed pro regione cujusque prædii: *l. pro regione 8. hoc tit.* Cæterum eadem arbor eruta communis esse incipit pro indiviso tanquam partibus, quæ prius certis locis distinguebantur, jam invicem confusis. Eademque ratio est lapidis in confinio nati & item postea exempti, *l. arbor. 19. comm. div. l. pen. pro soc.* recteque monet D. Cujac. *hic in d. l. pro. regione hoc tit.* legendum esse, *& sunt pro diviso communia prædia;* non ut in codice Pisano legitur, *pro indiviso*, Et vero confinium non est, nisi in in fundis vicinis, qui finibus discreti sunt.

TEXTUS.
De satione.

32. Qua ratione autem plantæ, quæ terræ coalescunt, solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque, quæ sata sunt, solo cedere intelliguntur. Cæterum sicut is, qui in alieno solo ædificavit, si ab eo dominus petat ædificium, defendi potest per exceptionem doli mali, secundum ea, quæ diximus: ita ejusdem exce-

ptionis

ptionis auxilio tutus esse potest is, qui alienum fundum sua impensa bonâ fide consevit.

NOTÆ.

Bona fide consevit] Addendum hoc Cajo *d.l.9.pr.* nam bonæ fid. possessori tantum hæc exceptio competit; *d.l.11.*

COMMENTARIUS.

TErtia species accessionis superiori planè similis, est frumentorum, quæ in alieno fundo sata sunt: nemo enim unquam dubitavit, quin si in meo fundo tuum frumentum severim, segetes meæ fiant: & ex diverso, si tuum fundum meo frumento conseverim, tuæ fiant: non enim semen, quod injectum solo est, amplius inspici placuit, sed solum, in quod injectum est, & corpus unde segetes nascuntur, *l. qui scit. 25. in pr. & §.1. de usur.* Quibus autem modis domino plantæ, quæ in alieno terræ coaluit, consulitur, iisdem & domino injecti seminis. Igitur si quis suum fundum alieno semine bona fide conseverit, non poterit dominus seminis alia actione, quam in factum æstimationem consequi: adversus eum autem, qui idem fecerit mala fide, est actio furti & condictio furtiva: est & in rem & ad exhibendum, ut adversus eum, qui dolo malo desiit possidere. Quod si quis alienum fundum suis impensis conseverit, siquidem bona fide, is, si in possessione sit, poterit per retentionem impensas à se factas servare opposita doli mali exceptione, si res vindicabitur, *l.9. pr. hoc tit.* possessione vero amissa nullam impensarum nomine actionem habet. Si mala fide, ne possidens quidem vel per retentionem quicquam servare potest, *l. si quis 11. C. de rei vind. fac. l. qui alienum 14. de donat.*

TEXTUS.

De scriptura.

33. *Literæ quoque licet aureæ sint, perindè chartis membranisve cedunt, ac solo cedere solent ea, quæ inædificantur, aut inseruntur. Ideoque, si in chartis membranisve tuis carmen vel historiam vel orationem Titius scripserit, hujus corporis non Titius, sed tu dominus esse videris. Sed si à Titio petas tuos libros, tuasve membranas, nec impensas scripturæ solvere paratus sis, poterit se Titius defendere per exceptionem doli mali, utique si earum chartarum membranarumve possessionem bonâ fide nactus est.*

COMMENTARIUS.

HÆc quarta species est hujus generis accessionis. Ait, literas, licet aureas, chartis membranisve cedere, perinde ac solo cedunt quæ inædificantur aut inseruntur, ut nimirum totius corporis idem sit dominus, qui & chartæ aut membranarum fuit, eadem ratione, qua superiora, quod scilicet velut in alieno solo positæ habeantur, ac necesse sit ei rei eas cedere, sine qua esse non possunt; quæ Pauli ratio est hujus generis accessionum omnium communis, *l. in rem. 23. §.3. de rei vind.* qui etiam alibi disertè affirmat, id quod in charta mea scriptum est, meum esse, *l.3. §.pen. ad exhib.* Etsi igitur literæ aureæ sint, ut hic dicitur, & in *l.9. §.1. eod.* chartisque longè pretiosiores, tamen accessionis vice chartæ cedant necesse est: ut & purpura, licet pretiosior sit, vestimento cedit, & superficiès, quæ & ipsa plerumque pretiosior est, solo. Contra hanc tamen acquirendi rationem disputat hoc loco D. Hotomannus. Ait, absurdam esse chartæ & soli, ædificii & scripturæ comparationem: non enim sicut area ædium, ita & chartam carminis vel historiæ in ea scriptæ partem esse. Chartam ex earum rerum numero censendam, quæ usu delentur: nam eam scriptura imposita quodammodo interire & consumi: atque ob id sufficere debere, si domino æquè bona reddatur aut solvatur ejus æstimatio. Sanè perquam iniquum & absurdum videri, eum, qui fortè rationes suas aut meditationes in aliena charta scripserit, quas plurimum ejus intersit cum aliis non communicari, scripturam amittere, easque chartas à domino vindicari posse. Et quid si inventarium sit, aliudve instrumentum, in quo fortunæ alicujus positæ? Sed verum non est quod Hotomannus ait, chartam accessione litterarum perire aut consumi: totaque sua disputatione nihil aliud efficit, quam quod in proposito, si fortè tales species, qualium ille meminit, inciderint, ratio hujus juris non præcisè servanda sit. Quis autem hoc neget? Hodie etiam totum hoc jus mutatum creditur, ut jam non amplius scriptura chartæ: sed charta scripturæ cedat, chartamque ad se per prævalentiam scriptura trahat, testis post alios *Mynsing. hic.* ex nostris *Grotius lib.2. manuduct. c.8. add. Diod.Tuld. hic. c.38.*

Poterit se Titius defendere per except.] Scribenti nisi chartam possideat, scriptura sua perit: nam neque

neque vindicare eam potest, quia totum vindicaret, quod illius non est: nec ad exhibendum agere, ut scriptura separetur, quod fieri non potest. In factum quoque actionem non habet, non magis quam cæteri, qui in alieno quid posuerunt, quod solo cesserit: adeoque ipse suo sibi facto scripturam adimit, dum chartæ adjicit, cujus dominus eam à re sua accipit, ut dominus soli à solo accipit ædificata & sata, *l. si in area 33. de cond. ind. l. 11. C. de rei vind.* Tantum exceptio doli bona fide possidenti relinquitur, ut per retentionem rei impensam scripturæ consequatur, *d. l. 9. §. 1. hoc tit.* nec aliter tamen, quam si & scriptura utilis sit domino chartæ, ut ea recepta locupletior fiat propter scripturam, *arg. l. in fundo 38. de rei vind.* Cæterum non ut qui soli dominus est, alienam materiam aut plantam solo suo jungere potest, ita & qui dominus est chartæ, alienam scripturam chartæ suæ imponere. Quamobrem nec omnia, de quibus in superioribus, ad hanc speciem applicari possunt.

TEXTUS.

De pictura.

34. Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturæ cedere: aliis videtur picturam (qualiscunque sit) tabulæ cedere: sed nobis videtur melius esse, tabulam picturæ cedere. Ridiculum est enim, picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimæ tabulæ cedere. Unde si à domino tabulæ imaginem possidente is, qui pinxit, eam petat, nec solvat pretium tabulæ, poterit per exceptionem doli mali submoveri. At si is, qui pinxit, eam possideat, consequens est, ut utilis actio domino tabulæ adversus eum detur: quo casu si non solvat impensam picturæ, poterit per exceptionem doli mali repelli: utique si bonæ fidei possessor fuerit ille, qui picturam imposuit. Illud enim palam est, quod sive is, qui pinxit, surripuit tabulas, sive alius, competit domino tabularum furti actio.

NOTÆ.

34. *Nobis videtur melius*] Amplectitur sententiam Caji *in l. 9. §. 2. h. t.* propter pretium picturæ, id est, propter dignitatem & præstantiam artis. Igitur ζωγραφία efficacior est pictura litterarum.

Qui pinxit eam petat] Recta sive directa vindicatione, quæ pictori, ut domino, competit, *d. §. 2. l. 9.*

Vtilis actio] Quæ etiam non domino quibusdam casibus datur, *l. 5. §. 3. D. de rei vind.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur in pictura à communi ratione acquirendi recessum.*
2. *Quid si non Apelles aliquis, sed inferioris notæ pictor in aliena tabula pinxerit.*
3. *Quomodo succurratur domino tabulæ adversus pictorem.*
4. *Quid si pictor imaginem retinere malit, pretio tabulæ contra oblato.*
5. *In concursu adversus tertium possessorem uter præferendus.*
6. *Eum qui sciens in aliena tabula pinxit, ejusdem conditionis videri, cujus, qui sciens in alieno solo ædificavit.*

QUinta & postrema hujus generis species est pictura, quæ & ipsa ex eadem ratione tabulæ, cui imposita est, cedit. Neque quicquam de jure cessionis mutat pretium picturæ: alioqui dicendum esset, nec ædificium areæ, nec purpuram vestimento, nec literas aureas chartis cedere debere: naturale enim est, ut adjunctum cedat subjecto, hoc est, ei rei, sine qua illud esse non potest, licet majoris sit pretii, ut disputat Paulus contra nonnullos veterum, qui de pictura contra sentiebant, *l. in rem 23. §. 3. de rei vind.* Cæterum Justinianus hic insuper habita & auctoritate & ratione Pauli, veterum illorum, inter quos & Cajus noster fuit, *l. 9. §. 2. hoc tit.* sententiam amplectitur, vultque nomina- 1
tim quod iis placebat, in specie proposita subjectum cedere adjuncto, tabulam picturæ. Rationem si quæras, scribit Paulus, *d. loc.* eos, qui in pictura à communi acquirendi ratione recedendum putabant, ita sensisse propter pretium picturæ: quamvis ei hæc ratio tanti visa non sit, ut ob id diversum jus in pictura statui debuerit. Et sanè non est, si ea de solo pretio rei pictæ accipiatur: verum arbitror veteres maximè pretium ipsius artis spectasse, cujus scilicet tanta sit dignitas, præstantia atque nobilitas, ut quæ ab ea profecta sunt, etiam prærogativam aliquam in re, de qua agimus, mereantur. Sanè vocis picturæ significatio id non impedit: quippe qua non minus ars ipsa pingendi, quam res aut tabula picta denotatur: veluti cum dicimus, certare pictura, docere, exercere picturam &c. *Plin. lib. 35. c. 9. Certamen picturæ institutum est Corinthi ac Delphis* & ejusdem *lib. c. 10. Hujus* (Pamphili Macedonis) *auctoritate effectum est Sicyone, ut pueri inge-*

 nui

qui picturam in buxo docerentur. Quanto autem hæc ars in pretio atque honore fuerit, vel ex eo æstimare licet, quod dignatione liberalium censeretur, & quidem in primo gradu; eamque solos ingenuos & honestos exercere fas esset, interdicto perpetuo ne servitia docerentur, teste *Plin. d. loc.*

Alius videtur, picturam, qualiscumque sit, tabulæ cedere] Hoc est, picturam, etiam quæ maximi pretii sit, & nobilissimam, cedere tabulæ cui imposita est; licet longè viliori. Inter hos autem & Paulus noster est, *d. l. in rem 23. §. 3. de rei vind.* cujus sententia cum aliis locis, à quibus commodè separari non potuit, in contextum forte irrepsit. Qui negant Paulum ab aliis dissensisse, eos oportet esse egregios dissendentium opinionum conciliatores.

2 *Picturam Apellis vel Parrhasii*] Quid ergo, si non Apelles aliquis, aut parrhasius, Zeuxisve aut Phidias sed alius longè inferioris notæ pictor imaginem in aliena tabula posuerit? An dicemus, imaginem, quam ille pinxit, tabulæ cedere, quia Justinianus insignium tantum pictorum mentionem facit? Mihi quidem non videtur ea mens esse Imperatoris. Cum Gajus, cujus sententiam hic sequitur & approbat, simpliciter pronuntiet, placere tabulas picturæ cedere, *d. l. 9. §. 2. hoc tit.* Et sanè non satis rationi convenit, ob excellentiam alicujus artificis jus in universum mutare, quod hic factum est, Quamobrem existimo, Justinianum exempli tantum causa insignium horum pictorum meminisse, in universum autem non artificis, sed artis præstantiam, cum Cæteris spectasse: ita propemodum & *D. Tulden. hic 38. & Fabrot. ad Theoph.* De Apelle, Parrhasio, aliisque primæ notæ pictoribus antiquis vid. *Plin. dd. locis.*

Is qui pinxit, eam petat, nec solvat pretium tabulæ] Ex sententia Justiniani & Gaji competit ei, qui pinxit, adversus dominum tabulæ, recta vindicatio. Hinc quia domino tabulæ etiam vice mutua cavendum, ne cum re sua pretium quoque alieno facto amittat, placuit, eum, qui pinxit, non aliter in rem efficaciter experiri, quam si pretium tabulæ inferat, alioqui nocituram ei doli mali exceptionem, *d. l. 9. §. 2.*

Consequens est ut utilis actio domino tabulæ] At cui consequens? Nihil enim hactenus dictum, unde hoc consequatur. Imo ex eo, quod tabulam picturæ cedere dictum est, eumque, qui pinxit, dominum tabulæ fieri, contra potius colligas, priori tabulæ domino omnem omninò vindicationem negari.

3 Verum arbitror, Justinianum hoc significare velle; cum omnibus, qui rem suam sine facto suo hoc jure amittunt, actione aliqua succurratur, qua, si non rem, saltem pretium consequantur, æquissimum esse, ut subveniatur & domino tabulæ, qui rem suam similiter amisit; cumque eo nomine variæ comparatæ sint actiones pro conditione rerum junctarum veluti ad exhibendum, si separari possunt; *l. 6. ad exhib.* si non possunt, actio in factum: *d. l. in rem 23. §. item quæcunque de rei vind.* nonnunquam etiam ex æquo & bono contra severitatem juris detur utilis in rem, ut in specie *l. 5. §. de arbore eod. tit.* quæ propè abest à nostra: placere etiam hanc eadem æquitatis rationi domino tabulæ accommodari. Et fortassis hoc eo facilius, quia tabula eadem & integra manet, & hoc respectu etiam quodammodo ejusdem: nam & materia, quæ ædificio juncta est, simili ratione ejusdem manere dicitur: nec dubito, quin deleta pictura aut inducta, in pristinam causam tabula redeat, & recta possit à domino vindicari, *arg. l. si habitator 59. de rei vind. l. 2. C. eod.* contra quam existimat Cantiuncula.

Nec solvat impensam picturæ] Quid ergo, si pictor 4 imaginem retinere malit, pretio tabulæ contra oblato? uter audiendus? Haud dubiè pictor: quippe qui juris auctoritate verus dominus factus etiam directam in rem adversus possessorem dominum tabulæ actionem habet; qua scilicet efficaciter experiatur, etiamsi possessor retinere malit, paratus solvere impensam picturæ, ut rectè post Glossam communiter interpretes censent: quibus proinde etiam 5 in eo assentior; quod in concursu adversus tertium possessorem, eum qui pinxit, domino tabulæ præferunt: licet D. Donellus *lib. 4. comm. c. 36.* contra disputet, neutrúmque alteri velit præferri, sed occupantis meliorem esse conditionem; in eo errans, quod existimat, utilum in rem actionem in specie proposita ejusdem esse efficaciæ, cujus est directa, contra mentem Imperatoris & Jurisconsulti, quos manifestum est, sicut tabulam picturæ cedere volunt, ita etiam, pictorem quam dominum tabulæ, actionem directam quam utilem, potiorem esse voluisse. Disputatio autem Fabri, quando actio utilis directæ præferatur; huc non pertinet: sed locum habet in actionibus in personam, aut ubi quis à domino jus aliquod dominio proximum habet, ut emphyteuta & superficiarius.

Utique si bonæ fidei possessor fuerit, &c.] Num igitur ei, qui mala fide pinxit, hac parte juris nullo modo consultum est? Et doli quidem mali exceptio apertè hic possidenti denegatur, licet dominus tabulæ tabulam ab eo petat non oblato pretio picturæ. Cæterum omissa exceptione doli, poteritne saltem (quod Wesembecio & Bachovio placere video) excipere de dominio tabulæ, atque ita vincere oblata tabulæ æstimatione; cum mala fides non impediat quominus hisce modis per accessionem dominium quæratur? *§. si tamen 26. sup. eod.* Mihi videtur Justinianus non obscurè ei qui sciens in aliena tabula pinxit, eadem ratione exceptionem denegare,

re, quâ supra devegavit ei, qui sciens ædificavit in alieno solo; nimirum quod hic pictor operam suam & rem, quam contulit, sua voluntate amisisse intelligatur, sicut ille operam & materiam. Quod si possidenti nullam damus exceptionem, multo minus amissa possessione erit ei in rem actio adversus dominum tabulæ, quamvis pretium offerat.

TEXTUS.
De fructibus bona fide perceptis.

35. Si quis à non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet justa causa, æque bona fide acceperit, naturali ratione placuit, fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura & cura: & ideo si postea dominus supervenerit, & fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest. Ei vero qui alienum fundum sciens possederit, non idem concessum est: itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere.

NOTÆ.

35. *Vel ex donatione*] Igitur malè distinguit Pac. inter possessorem ex causa onerosa & lucrativa.

Alia justa causa] Idonea ad transferendum dominium, ut venditio, permutatio, donatio. &c.

Placuit fructus] Non industriales tantum, sed etiam nuturales, ἀσπάρτους καὶ ἀνηρότους, *l.48. D. h. t. l.78. D. de rei vind. l.13. quib. mod. us. am.* Nam b. f. possessor fructus jure soli percipit, atque eo jure, quod dominis prædiorum tributum. eive, qui agrum vectigalem habet, *l.25. §.1. D. de usur.* Obst. *l.45. D. d.t.* Resp. intelligenda est de possessoribus, qui justum titulum non habent.

Fructibus consumptis] *§.2. inf. de off. jud. l.4. §.2. D. fin. reg.* Ex contrario igitur extantes omnes restituere tenetur: quod & traditum *l.22. C. de rei vind.*

Qui alienum fundum sciens] Malæ fidei possessor cum ipsa re etiam fructus, licet consumpti sint, restituere cogitur, *d. l.22.* tenetùrque de extantibus rei vindicatione, de consumptibus condictione, *l.3. C. de cond. ex. leg.*

COMMENTARIUS.

1. *Quid sit fructus, & quotuplex.*
2. *In persona acquirentis quæ spectanda.*
3. *Quando fructus percepti intelligantur.*
4. *Præcipuam & adæquatam hujus acquisitionis causam esse possessoris bonam fidem.*
5. *Denegari possessori fructuum acquisitionem, ex quo cognovit rem alienam esse.*
6. *Nihil in proposito interesse, titulo oneroso possideat quis, an lucrativo.*
7. *Ostenditur multis cum rationibus tum exemplis, qualitatem fructuum nihil de hac acquisitione mutare.*
8. *Pomponius cum aliis conciliatus.*
9. *Bonæ fidei possessorem fructus omnes consumptos lucrari, non consumptos restituere.*
10. *An bon. fid. possessor consumptorum fructuum nomine teneatur, quatenus ex iis locupletior factus est.*
11. *Quid circa præsentem disputationem in praxi obtineat.*
12. *Malæ fidei possessorem, nullos fructus aut percipiendo suos facere, aut consumendo lucrari.*

Modos acquirendi, jure gentium commodioris doctrinæ gratia ita supra distinximus; quod quædam eo jure nobis acquirantur facto nostro & occupatione; quædam solius rei nostræ beneficio ac potestate: in quibus tamen explicandis ordinem à Compositoribus servatum hic sequi necesse fuit: & ferè jam hi modi etiam speciatim à nobis expositi sunt: omnes quidem omnino & singuli, quibus sine facto nostro sola rei nostræ vi alquirimus: quibus vero facto nostro, paucis exceptis, scilicet inventione thesauri, & apprehensione rerum, quæ à dominis vel traduntur, vel pro derelicto habentur: de quibus adhuc postea dicendum. Ad neutrum autem horum modorum videtur referri posse acquisitio fructuum ex re aliena bona fide possessa perceptorum. Neque enim fiunt bonæ fidei possessoris, jure & potestate rei suæ, unde non nascuntur; neque solo ipsius facto puta cultura, cum perceptione: nam eadem ratione fierent & malæ fidei possessoris atque ab alio percepti, agrove ab alio consito, bonæ fidei possessoris non fierent: licet perceptio in bonæ fidei possessore sit causa sine qua non. Denique nec ulla alia ratione videtur hæc forma acquisitionis defendi posse: nam cum inter cœtera, quæ potestate rei nostræ jure gentium acquirimus, vel maximè sint fructus, qui ex ea nascuntur. *l. qui scit. in pr. & §.1. de usur. l.2. & l.6. hoc tit. l.11. C. de rei vind. §. item ea 19. sup. eod.* ejusdem quoque juris rationi convenire videtur, ut iidem fructus nostri maneant, etiam cum à re, unde extiterunt, separati sunt. Nam si fructus pendentes pars sunt fundi & ejus, qui fundi dominus est, *l. fructus pendentes 44. de rei vind.* necesse est etiam separatos ejusdem manere: id enim est quod dicitur, meum esse, quod ex re mea superest, *l. solum 49. §.1. d. tit.* Et res ita habet. Cæterum hæc acquisitio istius regulæ quædam exceptio est; placuitque hic rem ipsam potius, quæ acquiritur, & personas acquirentium quam

quam modum formamve acquisitionis communem spectari. Tres igitur causæ sunt, quæ huic acquisitioni locum faciunt; res, quæ acquiritur; persona acquirentis; acquirendi ratio & modus.
1 Res, quæ acquiritur, sunt fructus. Fructus, teste Varone 4. *de ling.* à ferendo dictus est, ut sit omne id, quod res ferat. Nostri cum generalibus loquuntur, appellatione fructus omnem reditum, omnem obventionem, omneque commodum, quod vel ex re nascitur, vel per causam rei percipitur, complectuntur. Hinc nata fructuum divisio in civiles & naturales. Civiles dicuntur, qui non ex corpore rei nascuntur, sed extrinsecus per occasionem rei jure percipiuntur; cujus generis sunt usuræ, mercedes, pensiones, reditus annui: unde nec propriè fructus sunt, *l. usura* 121. *de verb. sing. l. si navis* 62. *de rei vind.* sed in fructu numerantur, quia vicem fructuum obtinent, *l. videamus* 19. *l. usuræ* 34. *l. prædiorum* 36. *de usur. l. mercedes* 29. *de her. pet.* eorumque etiam ratio habetur in judiciis petitoriis, *l. ancillarum* 27. §. 1. *&* 3. *seqq. d. tit. d. l. si navis de rei vind.* Cæterum de isto genere hic non quæritur. Naturales fructus sunt, quos natura ex re ipsa producit: eorumque duplex item potest esse consideratio: aut enim natura sola, & αὐτομάτως, spontè magis, quam diligentia hominis, proveniunt, ut poma, oleæ, nuces, lignum, fœnum: aut natura quidem adjutrice, cæterum facto magis & industria hominum: quos quia natura non producit, nisi accedat labor & industria hominis industriales vulgus interpp. appellavit; cujusmodi sunt segetes, legumina, aliaque in agris sata, *l. fructus* 45. *de usur.* unde hæc distinctio petita. Huc item nonnulli referunt fœtus pecudum, lac, pilum, lanam, *arg. l.* 7. §. *non solum* 9. *sol. matr. Wesemb. hic Don.* 4. *comment.* 25. *Menoch. de arb. cap.* 120. *num.* 26. & sane hæc absque cura & sumptu possessoris non proveniunt: sed tamen non ideo minus fructus naturales censeri oportere contendit *Pinell. in l.* 2. *C. de resc. vind. p.* 2. *c.* 4. *num.* 52. *& D. Tulden. c.* 45. *post Curtium* 2. *conject. ad frat. cap.* 44. Ego, cum Bartolo in *l. & ex diverso* 35. *de rei vind. Covar.* 1. *resol.* 3. *n.* 6. existimarem nonnihil hic tribuendum esse arbitrio judicis; quamvis id ad quæstionem propositam parum faciat. Ut ut est, de utroque hoc genere, sed solo di-
2 sputatur hoc §. In persona acquirentis duo exiguntur, ut possideat, hoc est, animo & affectu dominantis rem teneat, *l.* 13. §. 1. *de publ. in rem act.* ut possideat bona fide, id est, justam causam habeat, ob quam existimet rem ad se pertinere, *l. qui à quolibet* 27. *de cont. empt. l. bonæ fidei* 109. *de verb. sing.* Modus horum fructuum acquirendorum est perceptio: nec interest, an ipse possessor eos percipiat, an alius suo nomine, non possessoris, *l. si fructuarius* 13. *quib. mod. ususfr. amitt. l. qui scit.* 3
25. §. 1. *de usur.* Percepti autem fructus intelliguntur, simul atque à re, qua tenebantur, separati sunt: in fundo, cum se terra continere desierunt, veluti spica aut fœno cæso, uva adempta, excussa olea, nucibus & pomis dejectis aut decerptis, licet nondum collecti aut avecti sint, frumentum nondum tritum, vinum aut oleum nondum factum, *d. l. si fructuarius, & d. l. qui scit.* §. 1. *l. si ejus* 78. *de rei vind.* in animalibus, cum fœtus editus, lac expressum, lana detonsa est, *l. in pecudum* 28. *de usur. l. bonæ* 48. *in fin. hoc tit.* Nonnunquam tamen verbo percipiendi aliquid amplius designatur, quam simplex illa, quam dixi, fructuum à re separatio: quomodo accipiendum quod Paulus scribit in *d. l. bonæ*, fructus bonæ fidei possessoris fieri etiam prius quam eos perceperit; nimirum prius quam perceperit plenè & perfectè; prius quam eos collegerit, auexerit, quam spicam triverit, uvas, olivas expresserit, *d. l. si ejus* 78. *de rei vind.* Tribuitur igitur hæc acquisitio perceptioni. At quo jure, quave ratione; Naturali, ut ait Justinianus hic, nimirum propter culturam & curam possessoris percipientis. Sed enim neque sola hæc acquisitionis hujus ratio est, neque præcipua, ut patet ex iis, quæ jam disputata sunt: &, si culturæ tantum aut curæ ratio hic haberetur, hoc solum possessori concedendum esset, ut impensam & operam in colendo & curando præstitam imputet, atque ad eum duntaxat modum fructus deducere vel retinere 4
possit, si aliter ei restitutio non fiat. Principalis vero ratio in persona possessoris quærenda: ea est bona fides, quippe quæ facit, ut possessor penè pro domino haberi debeat, *d. l. qui scit.* §. 1. *de usur. d. l. bonæ fidei hoc tit.* & hinc non tantum fructus, sed & cætera ferè omnia, quæ dominis tribuuntur, eadem tribuuntur & bonæ fidei possessoribus: veluti amissa possessione actio in rem Publiciana, in his rebus quæ usucapi possunt, §. *namque si cui* 4. *inf. de act. tot. tit. de Publ. in rem act.* item quæ servi alieni & liberi homines bona fide possessi ex operis suis aut re possessoris acquirunt, §. *idem placet inf. per quas pers. cuic. atq.* In summa, bona fides, tantundem præstat possidenti, quantum rei veritas, quoties lex impedimento non est, ut ait Jurisconf. in *l. bona fides* 136. *de reg. jur.*

Quem dominum esse crediterit] In hoc potissimum versatur bona fides. Nihil autem interest, putave-

taverit eum dominum esse, qui non erat; an sciverit dominum non esse, & putaverit eum jus alienandi à domino aut lege habere, puta procuratorem aut tutorem esse, *l. bonæ fidei 109. de verb. sing. l. ult. pro empt. l. 13. §. 1. & l. seq. de Publ. in rem act. l. qui à quolibet 27. de cont. empt.* At enim si dominum esse existimet, necesse est, ut simul credat esse eum, cui rerum suarum alienatio non sit interdicta: nam si, verbi causa à pupillo, quem dominum putet, rem emerit sine tutoris auctoritate, non videtur bona fide emisse, *d. l. 13. §. 2. de Public. d. l. qui à quolibet de cont. empt.* si tutorem putet, ut credat etiam se ab eo emere: lege non prohibente, *d. l. 13. §. 2. l. lex quæ 22. C. de adm. tut.* si existimet procuratorem, ut putet, aut esse eum, cui nominatim de re tradenda mandatum sit; aut eum, cui libera negotiorum omnium administratio à domino permissa, *l. jusjurandum. 17. in fin. de jurejur. l. 9. §. nihil autem 4. hoc tit.*

Aliave justa causa] Nam cum nunquam nuda traditio dominium transferat, non aliter existimare potest rem in se transferri, quam si justa causa præcedat, propter quam traditio sequatur, *l. nunquam 13. hoc tit. d. l. 13. §. 2. de Public. in rem act.* Justam autem causam appellat justum titulum, ex quo si res à domino, eove, qui jus transferendi habet, tradetur, dominium statim in accipientem transiret, cujusmodi causæ sunt emptio, donatio, dos, permutatio, legatum, judicatum, noxæ deditio, transactio, adjudicatio, *l. 1. & seqq. de Publ. in rem act.* Nec sufficit putare, titulum intervenisse, si non intervenerit: nam ut falsa existimatio nostra usucapionem non parit, ita nec ad fructuum acquisitionem prodesse debet; nisi fortè huic nostræ opinioni causam dederit, justa & probabilis facti ignorantia, *vid. inf. de usuc. §. error. 6.*

5 *Æquè bona fide acceperit*] Neque sufficit, possessorem rem ab initio bona fide accepisse, si postea cognoverit rem alienam esse: nam ex eo tempore, ut bonæ fidei possessor esse desinit, ita quoque ei denegatur fructuum acquisitio, *l. qui bona 23. §. 1. hoc tit.* licet usucapio ipsius rei adhuc procedat, *l. pen. pro empt. l. un. C. de usuc. transf.* quippe in usucapione tantum una acquisitio est, & ideo in ea sufficit, vel initium possessionis justum esse: in fructibus autem acquirendis, ut multæ sunt acquisitiones, ita & in singulis bona fides spectanda, nec unum initium, ut in usucapione, sed singula momenta, *d. l. qui bona §. 1. l. bonæ fide 48. §. 1. hoc tit.* Contrarium tamen videri potest, quod scribit Julian. *l. qui scit. 25. §. 2. de usur.* bonæ fidei possessorem etiam eum in percipiendis fructibus intelligi, qui postea cognovit, rem alienam esse, quamdiu ea evicta non fuerit: nisi dicamus cum Glossa & Bart. Julianum nihil aliud significare voluisse, quam hujusmodi possessorem manere interim in possessione percipiendi fructus, nec in ea perceptione ab eo, qui se dominum esse intendit, pendente lite, quamdiu de scientia nondum vere constat, turbari posse: at re evicta & legitimo judicio ablata, si de restitutione & effectu acquisitionis quæratur, retroversus malæ fidei possessorem intelligi, ex quo res ab eo petita est, atque exinde fructuum nomine teneri, ut quemvis malæ fidei possessorem: & sanè hoc probabilius est, quam quod Baroni. in hunc §. Copo *lib. 2. de fruct. t. 4. c. 5.* D. Tuldeno *hic c. 48.* videtur, Jurisconf. inter se dissensisse. Ait, *acceperit*: etenim aliter nec possidet, nec putare potest, rem suum esse, licet conventio præcesserit: non enim nudis pactis, sed traditionibus, dominia rerum jure gentium transferuntur, *l. traditionibus C. de pact.* Obiter addo, bonam fidem benigna juris interpretatione in possessore præsumi: atque inde esse, quod non ipse possessor de bona sua fide docere cogatur, sed adversarius contrarium ostendere debeat, *l. quoties §. 1. de probat l. pen. C. de evict. D. Wesemb. n. 4.*

Fructus, quos percepit. ejus esse pro cultura & cura] Cum in persona possessoris concurrunt ea, quæ diximus, placet, sola perceptione, adeoque sola separatione à re, qua tenebantur, fructus possessoris fieri. Non interest quo titulo possideat, oneroso, an lu- 6
crativo: nam & eum, qui ex causa donationis rem accepit, disertè cum emptore in hac quæstione exæquat Justinianus. Sed neq; fructuum conditio quicquam, de hac acquisitione mutare videtur, & non tantum fructus industriales, sed naturales etiam, ad hanc acquisitionis speciem pertinere. Nam generaliter atque indistinctè loquitur hic imperator, & Jurisconsulti in *l. bonæ fidei hoc tit. l. si ejus 78. de rei vind. l. 13. quib. mod. us. am.* Gaji quoque ratio generalis in *l. in pecudum 28. de usur.* ideo nempe fœtum pecudum fieri bonæ fidei possessoris, quia in fructu est. Ait quidem Justinianus hic, fructus bonæ fidei possessoris fieri pro cultura & cura: at vix ulla res est, quæ sine cultura aut cura aliqua fructum ferat: coluntur enim agri, curantur pecora, putantur arbores, plantæ; oleæ attonderi & interradi gaudent, *Plin. lib. 15. c. 1* Sed & si qui fructus sine cultura aut cura proveniant. ut sylvæ cæduæ, poma, nuces, aliique fructus sylvestres, nihilo tamen minus huc pertinent. Nam ut non multo ante diximus, præcipua & adæquata acquisitionis fructuum ratio est bona fides possessoris, quæ efficit, ut tanquam dominus jure soli fructus percipiat: & consequenter ergo etiam eos percipiendo suos facit, in quos neque culturam neque curam ipse impendit: *l. qui scit §. 1. de usur.* tantum quia ἐπὶ τὸ πολὺ accidit, ut fructus sine cultura aut cura non proveniant, ratio hæc à Justiniano expres-

expressa est. Evincitur hoc, quod dico, etiam ex eo, quod mox subjicit de fructibus consumptis: ait enim, quos fructus possessor percipiendo suos fecit, de iis consumptis dominum supervenientem, & rem suam vindicantem agere non posse, hoc est, possessorem eos consumptos lucrari: aut lucratur consumptos omnes, *l.* 4. *§.* 2. *fin. reg. l. certum* 22. *C. de rei vind. §.*2. *inf. de off. jud.* ergo & perceptos interim suos omnes facit. Exemplis quoque demonstrari potest, non industriales tantum, sed etiam naturales fructus fieri bonæ fidei possessoris, simul atque à solo aut re, qua tenebantur, separati sunt. Non afferam quod de fœtu pecudum, lacte, lana scribit Gajus in *d. l. in pecudum de usur.* & Paulus, *in l. bonæ fidei* 48. *§. ult. hoc tit.* hos fructus statim fieri bonæ fidei possessoris: quia video esse, qui fructus pecudum pro industrialibus in hoc argumento habendos existimant, propterea quod, ut modo dicebamus, ex iis rebus producuntur, in quas possessori sumptus facere necesse sit: quamvis Gajus non aliam harum rerum acquisitionis rationem reddat, quam quod in fructu sint. Fortassis & uvas iidem ob eandem caussam inter fructus industriales numerabunt, ideoque quod uvam ademptam legimus statim bonæ fidei possessoris fieri, negabunt, huc pertinere. At certè oleam negare non poterunt esse vel maximè fructum naturalem; quippe quæ teste Plinio *lib.* 15. *cap.* 1. nullam omnino culturam aut curam desideret, & Virgilius *lib.* 2. *Georg.* de oleis sic scribit;

Contra non ulla est oleis cultura, neque illæ
Procurvam expectant falcem, rastrosque tenaces,
Cum semel hæ ferunt arvis.

Duobus autem locis manifestè proditum est, etiam oleam, mox cum percepta sive excussa aut lecta est, bonæ fidei possessori acquiri, *l. si fructuarius* 13. *quib. mod. usufr. am. l. si ejus* 78. *de rei vind.* Fœnum quoque opinor nemo negabit fructum esse naturalem: at non minus fœnum, quam spicam, simul atque à solo separatum est, bonæ fidei possessoris fieri, traditum est *in d. l.* 13. *quib. mod. usf. am.* Postremo omnem dubitationem tollit locus Pauli in *d. l. bonæ fidei hoc tit. in pr.* ubi sic scribit; *Bonæ fidei emptor non dubiè percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit, non tantum eos, qui diligentia & opera ejus provenerunt, sed omnes: quia quod ad fructus attinet, loco domini pene est.* Nam Glossæ ad hunc locum interpretatio & DD. qui eam sequuntur, inter quos ex recentioribus etiam est D. Bachovius, inconcinna & violenta est. Hi illa Pauli verba (*sed omnes*) ad fructus industriales coarctant, qui alterius, quam bonæ fidei possessoris opera proveniunt. Sed quis non videt, verbum (*omnes*) à Paulo non ad operantes, sed ad fructus ipsos referri, eoque denotari fructus diversæ speciei & qualitatis ab iis, quos dixerat opera possessoris provenire. Evincit hoc ipsum etiam ratio, quam mox subjicit, quia quod ad fructus attinet, bonæ fidei possessor loco domini pene sit: cujusmodi item est, quod Julian. scribit, bonæ fidei possessorem fructus jure soli percipere, atque eo jure, quod dominis prædiorum, eive qui agrum vectigalem habet, tributum est, *d. l. qui scit. §.* 1. *de usur.* unde satis manifestè apparet, præcipuam hujus acquisitionis causam non esse operam aut industriam possessoris: sed fructus omnes, qui ex solo nascuntur, etiam ἀσπάρτους & ἀνηρότους eo pertinere. Et vero si percipiendo sibi acquirit etiam ab alio satos, in quos neque culturam, neque curam ullam impendit, cur non etiam naturales, quos plerumque cura illius facit, si non ut nascantur, saltem ut conserventur? Unus juris locus est, qui interpp. adegit, ut in hac 8
acquisitione fructus naturales ab industrialibus distinguerent: is est Pomponii, *l. fructus* 45. *de usur.* Quærit eo loco de conjuge possessore rei à conjuge donatæ: & ait, conjugem fructus ex ea re perceptos illos tantum suos facere, qui ex operis ejus provenerunt: cæterum si pomum decerpserit, vel sylvam ceciderit, ejus eum fructum non fieri, sicuti nec cujuslibet bonæ fidei possessoris: quia non ex facto ejus is fructus nascatur. Hic jurisconsultum satis apertè sic loqui arbitrantur, ut fructus naturales ad bonæ fidei possessorem non pertinere existimet: quod tamen non ita est. Non enim ait, nullius bonæ fidei possessoris eum fructum fieri, sed non cujuslibet: quæ enunciatio non est generalis, sed particularis, ut ostendit nota particularis attributionis, quæ hic est negatio universalis. Qui dicit non cuivis homini licet adire Corinthum, is tacite fatetur alicui hoc contingere. Et cum idem *JCt. l.* 6. *pr. Pand. de cont. empt.* ait non cujusque rei venditionem & alienationem esse, id non hanc habet sententiam, nullius rei esse venditionẽ, quod falsum esse vel pueri sciunt, sed quorundam duntaxat rerum non esse, nempe earum, qvas vel natura, vel jus gentium, vel mores civitatis commercio exemerunt, cœterarum autem rerum esse *l.* 34. *§.* 1. *D. d. tit.* Igitur in hac enuntiatione; *Non omnis aut non quilibet bonæ fidei possessor fructus naturales suos facit*, cum consequens non omni antecedenti attribuatur, sed solummodo ejus parti alicui, satis apparet, Pomponium non eodem jure in proposito omnes bonę fidei possessores censere, & tacitè duo genera talium possessorum facere; unum eorum, qui fructus naturales suos non faciant, alterum, qui faciant. Atque ita est. Non enim omnis bonæ fidei possessor fructus naturales percipiendo suos facit; sed is solum, ut ante dictum est, qui justo titulo possidet, causamque justam habet, cur existimet rem ad se pertinere: qui autem justo titulo destituitur, quamvis in jure errans se dominum factum

factum putet, naturales fructus suos non facit, ne cui juris ignorantia in compendiis prosit, *l.4. l.7. & 8. de jur. & fact. ign.* licet alioqui non malæ, sed bonæ fidei possessor existimari debeat, quicunque dolo caret, etsi in jure errat, *arg. l. ubi lex. 24. l. si fur. 32. §. 1. de usuc. l. sed etsi 25. §. scire de her. pet. add. Gædd. ad l. bonæ fidei 109. de verb. sign.* nec sequitur; injustè seu titulo invalido possidet, ergo mala fide. Possessor prædii minoris sine decreto alienati possidet injustè, bona tamen fide possidet, si ignorans rem minoris esse, aut in jure errans rem emit, fructusque industriales propter bonam fidem suos facit, *l. 2. C. si quis ign. rem. min.* Talis etiam est possessor fundi dotalis à marito alienati, item rei litigiosæ, & qui à falso tutore emit, *l. 13. §. ult. de publ. in rem. act.* Nam ubi lex impedimento est, bona fides in compendiis possessori non prodest, *l. 1. §. de verb. sign.* Toties autem impedimento est, quoties possessorem vult teneri in quantum locupletior factus est, ut possessorem hæreditatis, *l. 25. §. consuluit 11. de her. pet.* item in casu *l. 8. C. de don. int. vir. & ux.* & denique qui ex ea causa possidet, quæ postea ad non causam redacta est, *l. 3. de cond. ind.* Atq; de hoc genere bonæ fidei possessorum locus Pomponii accipiendus est: quippe qui & soli similes sunt iis, de quibus illic quæritur, & in lucris cæterorum bonæ fidei possessorum jure non censentur: ita fermè & *Wesembec. hic. Pinel. ad l. 2. C. de resc. vend. part. 2. cap. 4. num. 59. Fachin. 1. contr. 57. Paul. Buss. ad d. l. 45. Timæus Fab. disput. anniversf. 14. thes. 5. Tulden. c. 50. hic.*

De fructibus ab eo consumptis agere non potest] Hoc idem traditur *§. 2. inf. de off. jud.* & Paulus in *l. 4. §. 2. fin. reg.* ait, bonæ fidei possessorem fructus consumptos lucrari. Unde sequitur ex contrario, de non consumptis, hoc est, extantibus adhuc, licet à solo separatis, dominum agere posse, eosque bonæ fidei possessorem non lucrari: quod & expresse traditum est *l. certum 22. C. de rei vind.* quam ob causam Africanus consumptos demum suos facere bonæ fidei possessorem scribit *l. quæsitum 40. hoc tit. & Paul. l. 4. §. lana 19. de usuc.* consumptos vel usucaptos: quia hi soli re evicta non restituuntur. Dubitandum autem non est, quin ut omnes, tam naturales quam industriales, consumptos bonæ fidei possessor lucratur, ita vice versa omnes, tam industriales quam naturales, non consumptos teneatur restituere, *arg. hujus §. & dd. loc.* nam quod maritus non restituit fructus industriales licet adhuc extent, in specie *l. fructus 45. de usur.* id hanc rationem habet, quod maritus eos permittente jure sibi acquisivit ex voluntate uxoris donatricis. Ergo, inquies, falsum est, quod hactenus probare conati sumus, sola perceptione fieri fructus bonæ fidei possessoris. Et vero falsum esset, si hæc eidem rei attribuerentur ὡσαύτως & eadem ratione. Sed sciendum est, duplicem esse dominii acquisitionem; unam perpetuam & citra voluntatem aut factum domini irrevocabilem; alteram temporalem & revocabilem ex causa superveniente, quæ dominii causam tollat: quale jus est mariti in re dotali, quod soluto matrimonio ab eo recedit; & hæredis fiduciarii, quod cedente die fideicommissi in fideicommissarium transit: item hæredis in re sub conditione legata, *l. non ideo 66. de rei vind. l. generaliter 29. §. 1. qui & à quib. man.* & tale quoque in proposito jus est bonæ fidei possessoris in perceptis necdum consumptis fructibus usque ad evictionem. Nimirum causa hujus acquisitionis præcipua est bona fides: quippe quæ efficit, ut possessor proinde quasi dominus jure soli fructus suos faciat, quamdiu de vero domino non constat: at eo superveniente ac rem suam vindicante, jam causa illa, & simul jus, quod dixi, cessare incipit, cogiturque possessor fructus omnes, qui modo tempore evictionis extant, officio judicis restituere: neque enim sublato jure, quod in solo habebat, possessorem defendere potest; ut fructus retineat, sola ratio culturæ & curæ: sed ad id solum prodesse, ut opposita doli mali exceptione sumptus servet, consequaturque, ut dominus aut pretium ejus, quod impensum est, solvat, aut si id nolit, patiatur sumptus cum fructibus pro rata pensari, proque illis partem fructuum possessorem retinere, *arg. l. si à domino 36. §. ult. de her. pet.* Ipse Paulus non obscurè hoc innuit *d. l. bonæ fidei hoc tit.* illis verbis; *suos interim facit*, ne quis credat, sola perceptione fructus sic fieri possessoris, ut nunquam postea sint restituendi. Neque vero existimandum est, frustra constitutum esse, ut interim bonæ fidei possessor fructus sola perceptione suos faciat: nam & ratio bonæ fidei hoc exigit: nec sine effectu est; prodest enim bonæ fidei possessori ad hoc, ut si fructus ab alio percepri sint & possideantur, eos tanquam suos vindicare possit, tribuitq; ei jus fructibus, pro arbitrio suo utendi, eos pro utilitate aut necessitate familiæ distrahendi aut consumendi; cujus rei hic iterum effectus, ut domino rem suam evincenti consumptorum nomine non teneatur, quorum alioqui æstimationem restituere deberet. Nonnihil tamen hac in re nobis negotii facit, quod Gajus respondet *l. in pecudum 28. de usur.* ea quæ in fructu sunt, statim pleno jure fieri bonæ fidei possessoris & fructuarii: nam quod statim pleno jure acquiritur, id non potest dici consumptione demũ irrevocabiliter acquiri. Ad hoc igitur quid respondemus? nimirum eum, qui cum de acquirendo agitur, dicit bonæ fidei possessorem fructuum, simul ac percepti fuere, statim dominum fieri pleno jure aut in solidum, non continuo negare, jus illud ex causa esse revocabile: neque

de-

de eo laborare debuit Gajus in comparatione fœtuum pecudum cum partu ancillæ, qui in fructu non est, & ideo usucapione demum acquiritur. Sic idem Gajus *l. generaliter* 29. §. 1. *qui & à quib. man.* scribit, servum sub conditione legatum, pendente conditione pleno jure heredis esse: quem tamen constante deficiente demum conditione fieri hæredis irrevocabiliter. Illud non magni momenti est, quod bonæ fidei possessor dicitur idem jus habere quod dominis prædiorum tributum est & plus etiam juris, quam habet fructuarius, *l. qui scit* §. 1. *de usur.* nam si hoc simpliciter verum esset, ne naturales quidem fructus extantes restitueret: & loquitur expresse jurisconsultus de jure fructus ab initio acquirendi.
10 De consumptis porro quæsitum est, an non saltem bonæ fidei possessor ad restitutionem eorum teneatur, quatenus ex iis factus est locupletior. Et verius est eum non teneri. Nam primo textus omnes, qui de consumptis fructibus loquuntur, generaliter & sine ulla distinctione negant, eorum nomine bonæ fidei possessorem teneri, & Impp. in *l.* 22. *C. de rei vind.* ajunt eum teneri nomine extantium duntaxat, quasi de consumptis inquirendum non sit. Adhæc tantum tribuit bon. fid. possessori consumptio, quantum usucapio, *l.* 4. §. *lana* 19. *de usuc.* at usucaptorum nihil restituitur: & postremo, quod bene notandum est, dicitur bonæ fidei possessor fructus consumptos lucrari, *l.* 4. §. 2. *fin. reg.* quod utique falsum esset, si eos, quatenus locupletatus esset, teneretur restituere: nemo enim sine lucro locupletatur. Non obstat, quod in judicio petitionis hæreditatis bonæ fidei possessor teneatur in quantum locupletior factus est, *l. sed & si* 25. §. *consuluit* 11. *l. illud* 40. §. 1. *de her. pet.* *l.* 1. *C. eod.* Non enim eadem in proposito judicii universalis & rerum singularum petitionis ratio est. Nam petitio hæreditatis non tantum in rem est, sed etiam præstationes personales habet, *l.* 7. *C. de pet. her.* *l.* 25. §. 18. *eod.* atque ut mitius cum possessore agitur in petitione hæreditatis, quam in rei singularis vindicatione, (quippe Senatus ita possessori pro herede consuluit, ut si quid dilapidaverit aut perdiderit, dum sua se re abuti putat, non teneatur) ita vicissim æquum est, ut præstet, si quid lucri ex hereditate consecutus sit: eiq; sufficere debet, si damno non afficiatur, *d. l.* 25. §. *consuluit.* Adhæc nec titulum habet possessor hereditatis, & fructus ab eo percepti statim in numerum rerum hæreditariarum recipiuntur, ipsamque augent hæreditatem, ut nec ab initio quicquam hic suum faciat, consumptum postea lucretur: unde fit, ut eodem jure, quo ipsa corpora hæreditaria & fructus, petantur, atque in restitutionem hæreditatis veniant. *l. item veniunt* 20. §. 3. *l. post senatusconsult.* 28. *l. illud* 40. §. 1. *de hær. pet. l.* 1. *& l.* 2. *C. eod.* In particularibus autem judiciis non solet res in locum pretii aut contra succedere, *l.* 7. *in fin. qui pot. in pign.* Nec multum absimilis est ratio condictionis indebiti soluti, in quam fructus veniunt jure obligationis, & hoc quatenus is, qui accepit, ex his locupletior factus est, *l. indebiti* 15. *l. si non sortem* 26. *l. libertus* 12. *l. in summa* 65. §. *pen. l. pen. de cond. ind.* ita fere & *Ant. Fab.* 4. *conj.* 17. *Diod. Tulden. hic c.* 44. *& seqq.* *Perez. ad tit. C. de rei vind. n.* 17. *& seq.* Quod ad praxim attinet, testis est Pinel. in *l.* 2. *C. de resc. vend. p.* 2. *c.* 4. *n.* 60. ita nunc ubiq; in judiciis usu servari, ut possessor bonæ fidei in universum à fructibus ante inchoatum judicium perceptis absolvatur, neque de consumptis unquam quæratur, locupletior ex iis factus sit, necne. Sed & nunquam inquiri de iis, qui similiter ante rem in judicium deductam percepti sunt, utrum bonæ fidei possessor eos consumpserit, an vero adhuc extent, tantumque servari formam *l. certum* 22. *C. de rei vind.* in fructibus perceptis post litis contestationem: quod & rationem habet, scilicet ut litium ambages vitentur: & placet D. Nic. Tuldeno in *annot. ad prax. rer. civ. Damhoud. c.* 104. *n.* 13. Idem quoque sentire videtur D. Grot. 2. *manuduct.* 6. cum scribit, bonæ fidei possessorem in perceptione fructuum similem esse fructuario, *add. Grœnevv. de ll. abrog. ad l.* 22. *C. de rei vind.* 11

Ei vero qui alienum fundum sciens] Fructuum jure soli acquisitio non tribuitur cuivis possessori, sed possessori bonæ fidei duntaxat: nam malæ fidei possessor, ut nullum jus in solo habet, ita nec ullos fructus aut percipiendo interim suos facit, aut consumendo lucratur; sed cogitur cum ipsa re etiam fructus, licet consumpti sint, restituere, ut *hic & d. l.* 22. *C. de rei vind.* Sed neque per retentionem, opposita doli mali exceptione, sumptus à se factos servare poterit, si res vindicabitur, arg. eorum, quæ tradimus *sup. ad* §. *ex diverso* 30. *& aliquot seqq. eod.* exceptis sumptibus factis fructuum quærendorum gratia. *l.* 36. *in fin. & l. seq. de her. petit.* Nec illud refert, ab initio quis mala fide possederit, ac postea possidere cœperit: nam & hic ex eo tempore, quo cognovit rem alienam esse, fructus suos facere desinit, *l. qui bona* 23. §. 1. *l. bona fidei* 48. §. 1. *hoc tit.* Postremo huc pertinent possessores omnes post litem contestatam, §. 3. *inf. de off. jud. d. l. certum* 22. *C. de rei vind. l.* 2. *C. de fruct. & lit. exp. l.* 4. §. 2. *fin. reg.* quoniam post motam controversiam possessores omnes in causa fructuum pares sunt, & quasi prædones tenentur, *l. sed & si* 25. §. *si ante* 7. *de her. pet. l. nemo* 10. *C. de long. temp. præsc.* ac proinde & si fructus à bonæ fidei possessore ante judicium percepti sunt, sed post litem demum contestatam consumpti, nihilominus eo nomine condemnabitur; quia id omne restituendum est, quod habiturus esset petitor, si tempore judicii accepti restitutio facta fuisset, *l. præterea* 20. *de rei vind.* 12

vind d.l.2. de usur. l.ædiles 25. §.antepen. de ædil.edict. In summa possessores malæ fidei, qualis item habentur post litem inchoatam omnes, fructus omnes cum ipsa re restituere debent, *d.l. certum C. de rei vind.* teneanturque eo nomine de extantibus rei vindicatione, de consumptis condictione, scilicet ad æstimationem, quæ vice rei fungitur, *l.3. C. de cond. ex leg. l.4. §.2. fin. reg. l.4. C. de crim. expi. her.* Tenentur vero non tantum de perceptis, verum de iis quoque, qui non percepti honestè percipi potuerunt : in quo persona non possessoris, sed petitoris spectatur : neque hic possessori patrocinari debet, quod titulo possideat : quippe titulus à dolo non excusat : negligentia autem possessoris dolosi domino nocere non debet, quo minus consequatur, quod consequi potuisset, si ipsi licuisset rem possidere, *vid. l. fructus 33. l. si navis 62. §.1. de rei vind. l.5. C.eod. §.2. inf. de off.jud. l.ait prætor. §. & fructus 20. quæ in fraud. cred. l.4. C. unde vi, l. sed etsi 25. §.4. de her.pet. l.1. C. eod. Cop. lib.2. de fructib. tit. 4. c. 2. Bus. ad l.20. de her. pet, Tulden. hic c. 53.*

TEXTUS.

A fructuario & colono perceptis.

36. Is vero, ad quem usus fructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficitur, quam si ipse eos perceperit. Et ideo licet maturis fructibus, nondum tamen perceptis decesserit, ad hæredes ejus non pertinent, sed domino proprietatis acquiruntur. Eadem ferè & de colono dicuntur.

NOTÆ.

36. *Si ipse perceperit*] Vel alius ejus nomine, *l.13. quib. mod. us. am. l. 25. §.1. de usur.* Quod si spontè deciderint, aut alius eos suo nomine separaverit non ante ejus fiunt, quam possessionem eorum nactus sit, *l.12. §.ult. de usufr.*

Ad hæredem ejus non pertinent] Hoc consequens est superiori : & apertè traditum in *l.13. quib. mod. us. am. l.8: d. ann. legat.* erratque Cujac. hæredi fructus tribuens pro rata temporis, quo usus fructus stetit.

Eadem fere de colono] Ferè non παρέλκεται, ut putat Th. nam hæres coloni in conductionem succedit, *§.ult. inf. de locat. l.10. C. eod.* At in eo conveniunt, quod colonus quoque non aliter fructus suos faciat, quam si ipse eos perceperit, *l.60. §.5. D. de locat. l.61. §.8. D. de furt.* Non obstat, quod furti actionem habet, *l.26. §.1. d.t.* nam & fructuarius [illegible], *l.12. §.ult. de usufr.* & omnes, quorum [illegible] factum non esse, licet domini non sint, *§. [illegible] inf. [illegible]*

obl. quæ ex del. Igitur malè Accurs. Mynf. Pac. plus hic colono tribuunt, quam fructuario.

COMMENTARIUS.

1. *Fructus, qui spontè deciderunt, aut quos alius suo nomine à re separavit, fructuarii demum fieri, cum possessionem eorum nactus est.*
2. *Ius percipiendi fructus ad hæredem fructuarij non transire, licet majore parte anni usus fructus steterit & fructuarius maturis jam fructibus decesserit, & cur non idem in fructibus rei dotalis.*
3. *Quid juris circa pensiones, si res fructuaria locata sit.*
4. *In quo colonus & fructuarius discrepent aut conveniant.*

Disputatio de fructibus à bonæ fidei possessore perceptis occasionem Justiniano dedit, ut de jure, quod hic fructuarius & colonus habent; obiter aliquid subjiceret. Hi in eo à bonæ fidei possessore differunt, quod fructus percipiunt ex voluntate domini, fructuarius jure servitutis sibi constitutæ, colonus ex conventione : unde nec perceptorum fructuum quicquam restituunt. Quia autem jus in solo non habent, nec possident, sed alieno tantum nomine rem tenent, *§. de iis autem vers. fructuarius per quas pers. cuique acq. §. possidere 5. inf. de interd. l.10. l.12. de acq. poss.* non ut bonæ fidei possessores, fructus acquirunt jure quasi dominii aut soli, sed suo ipsorum duntaxat facto & perceptione : quanquam hæc distinctio nostrorum morum simplicitati non convenit, ut notat *D. Cypr. Regn. cens. Belg.*

Quam si ipse eos perceperit] Fiunt quidem fructuarii etiam sola perceptione, hoc est, statim atque à solo, aut re, qua tenebantur, separati sunt, puta spica aut fœno cæso, una adempta, excussa olea, lana detonsa, lacte mulso. Cæterum non aliter, quam si ipse eos, vel alius ejus nomine separaverit, *l. si fructuarius 13. quib. mod. us. am. l. qui scit. 25. §. 1. de usur.* Quod si spontè deciderint, aut alius eos suo 1
nomine separaverit, non prius fructuarii fiunt, quam eorum possessionem nactus sit : unde si fur maturos fructus decerpserit, aut desecuerit, domino fundi condictione tenetur, non fructuario, licet is actionem furti habeat, *l. arborib. 12. §.ult. de usufr.* quæ aliter se habent in bonæ fidei possessore, ut docuimus *§. præc.* Planè in fœtu animalium eadem fructuarii & bonæ fidei possessoris hic ratio est, statimq; ut editus est, fructuarii fit, *l. in pecudum 28. de usur.* quippe frustra expectes ut separetur, quod invita natura separari non potest : jubente ea satis separatur sine cujusquam facto.

Licet maturis fructibus, &c.] Hoc item consequens est ei, quod dixit. Nam si fructuarii non aliter fructus fiunt, quam si eos perceperit ipse vel alius ejus nomine, heredi suo, quos non percepit, relinquere

non potest: nec jus percipiendi fructus ad hæredem transit: quia morte fructuarii, ut omnia, quæ personæ cohærent, extinguntur, *§. pen. inf. de usufr. l. 3. §. ult. quib. mod. usuf. am. l. 8. §. 3. de lib. leg.* quod iterum contra est in bonæ fidei possessore, qui jus, quod in solo habet, ad heredem transmittit, *d. l. qui scit. §. 1. de usur.* At ex contrario percepti omnes etiam immaturi pleno jure fructuarii fiunt, & ad heredem ejus transeunt, *l. si absente 48. §. 1. de usufr. l. pen. de usufr. leg.* Ait, *maturis fructibus, nondum tamen perceptis.* Eadem sententia est, *d. l. si fructuarius quib. mod. us. am. l. 8. de ann. leg.* Quamvis igitur maxima parte anni ususfructus steterit, & fructuarius suis impensis fundum fructuarium conseverit, si is messe nondum facta, licet segete messi jam matura, decesserit, nihil in eo, quod terra tenetur, heres ejus juris habet, *d. l. si fructuarius*: sed tantum deducet impensas fructuum quærendorum gratia factas; quia fructus non intelligitur, nisi quod deductis impensis superest, *l. 7. solut. matr. Peck. lib. 5. de testam. conjug. c. 24. n. ult.* Nec iniquum videri debet, quod dominus fundi ad lucrum, fructuarii labore sumptu partum vocetur: quippe cum contra fructuario, quamvis minima parte primi aut postremi anni steterit ususfructus, in solidum tribuantur fructus percepti, etiam pro ea parte, qua ususfructus non cœperat, aut postea finitus est, *l. si pendentes 27. de usufr.* nec aliud usus horum temporum servat, contra quam censet D. Cyprian. *ubi supra.* Non obstat exemplum mariti in fructibus rei dotalis, quos placet soluto matrimonio dividi inter maritum aut ejus heredes & uxorem pro rata temporis, quo matrimonium stetit, sive fructus à marito sint percepti, sive non sint, *l. 7. §. 1. & seqq. sol. matr. l. un. §. cumque 9. C. de rei ux. act.* Etenim fructus dotis non ideo marito cedunt, quia eos percepit, sed propter onera matrimonii, quæ sustinere cogitur, *l. 7. in pr. de jur. dot. l. pro oneribus 20. C. eod.* Et igitur licet non perceperit, pro modo tamen temporis, quo matrimonium stetit, fructus dotis maritum sequi debent: quoniam tamdiu sustinuit onera matrimonii. Contra vero pro reliquo tempore, cujus onera non sustinuit, nihil ferre debet licet fructus perceperit. D. Paul. Buf. *ad d. l. 7. §. 1. & seq. sol. matrim.* De pensione rei fructuariæ locatæ quæsitum, an si fortè ususfructus aliqua tantum parte anni steterit, eam nihilominus integram fuuctuarius heresve ejus percipere debeat, an pro rata temporis dividi cum proprietario. Et refert utrum res fructuaria locata talis sit, unde singulis annis semel fructus nascitur & percipitur, puta fundus; an talis, cujus fructus non in alio consistit, quam in ejus rei usu, sive commoditate, quæ ex eo usu quotidie percipitur; cujusmodi res sunt ædes, quarum fructus in eo, ut inhabitentur: item servi, quorum fructus in operis. Fundo locato, si colonus fructus perceperit, merces totius anni debetur fructuario ejusve hæredi, etiamsi ususfructus finitus sit multo ante tempore, quam ea merces ex locatione pendi debebat, *l. defuncta 58. de usuf.* In aliis vero rebus à fructuario locatis, quarum fructus in solo earum usu consistit, si intra tempora locationis ususfructus interierit, non majore ex parte pensio ad fructuarium heredemve ejus pertinet, quam pro rata temporis, quo ususfructus mansit; quod superest, pertinet ad proprietarium, ut responsum est locatis operis servi, *l. si operas 26. d. tit.* Cur tam variè? Nimirum quia fructuarius, nec minus, nec plus per conductorem consequi debet, quam si ipse re fructaria usus esset. Igitur sicut fructuarius si fundum non locasset, ipse fructus percepisset, suosque omnes fecisset, ita pro fructibus, quos colonus, qui causam percipiendi ab eo habet, integros percepit, integra pensio ei debetur, quam & integram ad heredem transmittit, etsi nondum finito tempore locationis decesserit. Et convenienter si fructuarius decesserit, fructibus per colonum nondum perceptis, heredi ejus nihil ex pensione debebitur. Quod si decesserit parte fructuum percepta, parte nondum collecta, solutio pensionis fieri debet hæredibus fructuarii pro rata perceptorum: proprietario pro rata eorum, qui percepti non erant. Ubi vero pensio pro quotidiano rei usu debetur, non potest deberi longius, quā is usus præcesserit, nec longius is usus præcessisse dici, quam steterit usus fructus: & alioqui plus consequeretur fructuarius per inquilinum, quam si ipse re usus esset: quod est absurdum, eleganter D. Don. 10. *comm.* 9. estque hæc communis & usu recepta sententia, *vid. Ioan. del. Castillo tract. de usuf. 77. & seq. Diod. Tuld. ad. tit. de usufr. inf. c. 7. Paul. Buf. ad. d. l. 58. de usuf. Christin. vol. 2. decis. 176. n. 16. & ibi citat. Grot. lib. 2. introd. c. 39. diss. Cujac. 4. Feud. 30. & lib. 24. obs. 21.*

Eadem ferè & de colono dicuntur.] Duo de fructuario dicta sunt; eum non aliter dominum fructuum fieri, quam si ipse eos perceperit, non alius; item mortuo fructuario fructus pendentes, quantumvis maturos, non ad heredem fructuarii pertinere, sed acquiri domino proprietatis. Nunc ait, quæ de fructuario dicta sunt, ea ferè & de colono dicenda esse. *Τὸ fere* non παρέλκει, ut putat Theophilus, sed cautè adjectum est, ne quis putet eandem utriusque per omnia in proposito rationē esse. Nam certè longè alia causa est hæredis coloni atque fructuarii. Non enim sicut morte fructuarii finitur ususfructus, ita morte coloni finitur cōductio, sed mortuo intra tempora conductionis colono, hæres ejus in eam succedit, *§. ult. inf. de locat l. 10. C. eod.* Et cum fundus conducatur mercede annua constituta pro modo fructuum,

ctuum, qui singulis in eo annis nasci solent, insignis injuria colono ejusve hæredi fieret, si locator pensionem simul & fructus perciperet: atque hinc etiam est, quod in prædiis rusticis, si tempore non expresso locatio facta sit, in annum facta intelligatur, per *l.* 13. *§. ult. locat.* Si quid igitur hic est, quod tam de colono, quam de fructuario dici possit, illud sit necesse est, quod colonus similiter ut fructuarius, non aliter fructus suos faciat, quam si ipse eos perceperit: sin autem alius eos suo nomine à terra separaverit, non colono, sed domino fundi acquirantur; cui etiam ob id soli condictio competat: quod & verum est, aperteque traditum *l. cum plures* 60. *§. messem.* 5. *locat.* nec obscurè colligitur ex *l. si servus* 61. *§. locavi* 8. *de furt.* Non est contrarium quod Paulus respondet *l. si apes* 26. *§.* 1. *d. tit. de furt.* colonum cum eo, qui fructus stantes surripuit, furti agere posse. Nam & fructuarius potest, *l.* 2. *§. ult. de usufr.* quippe furti actio omnibus competit, quorum interest furtum factum non esse, licet rei surreptæ domini non sunt, *§. furti* 13. *inf. de obl. quæ ex del. l. eum qui* 14. *§. qualis* 14. *de furt.* Nec alio pertinet ratio Pauli, quamvis his verbis exprimit, *quia ut primum decerptus esset, ejus esse cœpisset*, quàm, ut ostendat, ideo actionem furti colono dari, quia ejus interfit fructum ab alio decerptum non esse, eo quod coloni esse cœpisset, ut primum ab ipso esset decerptus. Fallitur igitur Accursius, qui etiam hoc casu plus juris tribuit colono, quam fructuario, colonique fructus fieri existimat, quocunque modo à solo separati sint, traxitque in eundem errorem Mynf. Schneid. & Pacium in *not. marg.* sed hic se corrigit in Analysi. Aliud sane ex parte dicendum videtur de colono partiario, qui instar socii est, *l. si merces* 25. *§. vis major.* 6. *locat.* & proinde pro parte sua instar domini: idque innuere videtur Paulus *d. l.* 26. *§.* 1. cum dicit colonum, *qui nummis colat*; quod scilicet colonus partiarius fructibus à fure defectis aut decerptis non modo actionem furti, ut is qui nummis colit, sed furti etiam condictionem pro parte sua habeat.

TEXTUS.

Quæ sunt in fructu.

37. In pecudum fructu etiam fœtus est, sicuti lac, pilus, & lana: itaque agni, hædi, & vituli, & eqvuli, & suculi, statim naturali jure domini fructuarii sunt. Partus vero ancillæ in fructu non est: itaque ad dominum proprietatis pertinet. Absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse: qvum omnes fructus rerum natura gratia hominis comparaverit.

NOTÆ.

37. *Statim naturali jure*] Cajus, *statim pleno jure fiunt bonæ fidei possessoris & fructuarii, pleno jure*, id est, plena & solida proprietate.

Partus in fructu non est] *d. l.* 28. *§.* 1. *d. l.* 68. *de usufruct.* sed in fructu hominis operæ sunt, *l.* 3. *&* 4. *de op. serv.*

Absurdum videbatur] *d. l.* 28. *§.* 1. *d. l.* 68. eadem quoque Stoicorum sententia fuit, à quibus auctores nostri ferè imbuti. Lucret. Aliam rationem affert Ulpian. *l.* 27. *D. de hær. pet.* quia ancillæ non ad hoc comparantur, ut pariant, sed ut serviant. Meminit hujus quæstionis Cic. 2. *de fin.*

COMMENTARIUS.

1. *Ratio Gaji, cur non placeat partum ancillæ in fructu esse, examinata, & concinnior prolata ex Ulpiano.*

Qua ratione & modo fructus suos faciat tum bonæ fidei possessor tum fructuarius, ostensum est *§§. proximè præcedentibus* exemplo fructuum, qui in fundis aut agris nascuntur. Quoniam vero etiam hominum & pecudum suus fructus est, quem & ipsum bonæ fidei possessori & fructuario eadem ratione acquiri juri naturali conveniens est, ideo ne quid hic dubii relinqueretur, ἐν παρόδῳ ostendere voluit, quænam in hominum & pecudum fructu habenda sint, quæ non sint: & ait, in pecudum fructu non tantum esse lac, pilum & lanam, sed fœtum etiam: atque ob id agnos, hædos, vitulos, equulos & suculos statim ut editi sunt, naturali jure fructuarii fieri: addit Gajus, & bonæ fidei possessoris, *l. in pecudum* 28. *de usur.* est enim utriusque hic eadem ratio. In hominum autem fructu quæ sint, non definit, sed partum ancillæ negat in fructu esse: & ideo, inquit ad dominum proprietatis pertinet, sicut & Gajus *d. l.* 28. *§.* 1. Nimirum uterque hoc significare voluit, ut non fœtus in fructu pecudum est, ita & partum ancillæ in hominis fructu ponendum: in hominum fructu ea duntaxat esse, quæ ex operis eorum percipiuntur, *l.* 4. *de oper. serv.* aut si quid acquirant ex re fructuarii, ejusve qui eos bona fide possidet, *§.* 4. *& seq. inf. per quas pers. cuiq. acq.* ac proinde etiam hæc sola ut fructus fructuario & bon. fid. possessori acquiri: partum non acquiri, fructuario nunquam, bonæ fidei possessori non aliter, quam si eum usuceperit, *d. §.* 4. *& seqq. l.* 4. *§. si ante* 18. *de usurp. & usucap.*

Absurdum enim videbatur] Vetus fuit quæstio an partus ad fructuarium pertineret: cujus meminit Cic. 2. *de finib.* ubi ait, principes civitatis, P. Scævolam & N. Manilium existimasse, hominem in fructu esse, Brutum dissensisse: cujus sententia obtinuit, teste Ulp. in *l. vetus* 68. *de usufr.* Cur autem non placuerit, partum in fructu esse, ejus rei hanc ratio- 1

 nem

nem reddit Gajus *d. l.28. §.1. de usufr.* Imp. hoc loco, quod absurdum visum sit, hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura gratia hominis comparaverit: quæ ratio ducta est ex contrariis: quasi dicant, natura non potest eadem res & fructus esse, & id, quod fruitur: relata hæc sunt: relatorum unum nunquam potest esse alterum. Etenim ut verum fatear, nunquam hæc mihi ratio satis solida visa fuit. Cur enim magis absurdum hominem in fructu hominis esse, quam hominem homini servire? Aut cum servos pecudibus Romanæ leges exæquent, *l.2. §.2. ad leg. Aquil.* cur cum in fructu pecudum fœtus sit, absurdum est in fructu ancillarum partum esse? Nec est in his ulla ἀντίθεσις, *Fructus hominis causa comparati sunt*, &, *Homo est in fructu hominis.* Non enim hic idem eidem subjecto attribuitur, sed diversis. Quamobrem melior est, certè huic loco magis convenit, illa Ulpiani ratio, sumpta à fine & usu, quia ancillæ non ad hoc comparantur ut pariant, sed ut serviant, *l. ancillarum 27. de her. pet.* Id autem solum in fructu alicujus rei esse intelligitur, & ad fructuarium pertinere, quod percipitur ex eo usu ad quem res parata est, vel natura, vel patrisfam. instituto, *l.9. §.5. & seqq. l.10. l.11. l.12, in pr. l.13. §.4. & seqq. l.15. de usufr.* Quapropter, etsi nihil interest, partus in fructu sit, nec ne; ad proprietarium pertineat an ad fructuarium; uti neque ancillæ, quæ utique servire cogitur: ratio tamen habenda fuit honesti ac decori, cavendumque ne stupris vilitetur dignitas humana arg. *l. justissimè 44. de ædil.edict.* Jam vero ancillas fœturæ gratia habere, quin turpe & probrosum sit, nemo negare potest. Cæterum nihil amplius efficit hæc ratio, quam ut ne partus fructuario aut bonæ fidei possessori acquiri debeat: In cæteris enim partibus juris in fructu sive reditu aut causa etiam partus computatur, *l.8. l.14. de usur. l. Falcidiæ 24. §.1. ad l. Falc. l. quæsitum 91. §. ult. de leg.1.*

TEXTUS.
De Officio fructuarii.

38. Sed si gregis usumfructum quis habeat, in locum demortuorum capitum ex fœtu fructuarius submittere debet (ut & Juliano visum est) & in vinearum demortuarum vel arborum locum alias decet substituere. Rectè enim colere & quasi bonus paterfamilias debet.

NOTÆ.

38. *Ex fœtu submittere*] Ex fœtura gregem supplere, & sufficere prolem, *d. l. 68. §. ult.* cum 2. *ll. seq. de usufr.*, fiuntque capita substituta domini, ea quibus substituuntur, fructuarii, *d. l.69.* Basil. 16. *tit.1. in fin.*

COMMENTARIUS.

1. *Inter onera, quæ fructuario incumbunt, unum esse ut rem fructuariam tueatur, & quid ea tuitio desideret.*

Longius à via digreditur Imperator: sequendum tamen, quocunque trahit. Cum fructus omnes, sive ex re nascantur, sive per causam rei jure percipiantur, fructuarii lucro cedant, æquum est, ut is vicissim onera rei fructuariæ adjuncta agnoscat, juxta regulam naturæ, *l.10. de reg. jur.* Inter onera autem, quæ fructuario incumbunt, hoc unum est, ut rem fructuariam tueatur, *l. usufructuarius 44. de usufr.* Hæc autem tuitio cum exigat, ut rem, quam accepit, integram & in suo statu conservet, quantum cura & reparatione fieri potest. ideo & curam ac diligentiam rei servandæ adversus imminentia pericula adhibere debet, & quidem talem, qualem diligens paterfam. suis rebus adhibere solet, *l. sed cum 65. eod. l.1. in fin. l. seq. usufr. quem. cav.* & suo sumptu sarcire ac reparare, quæ vitii aliquid contraxerunt, aut discesserunt à priori integritate; puta si quid reficiendum est, sarta recta præstare animalia ægrota curare, gregem ex fœtu supplere, in locum arborum demortuarum alias substituere: in summa rectè colere, atque ut bonus paterfam. uti, *l.7. §.2. & 3. l.23. §.2. l. agri 18. l. sicut 45. l. sed cum 65. l. vetus 68. in fin. & 2. ll. seqq. de usufr. l.7. C. eod.*

Gregis usumfructum] Ait *gregis*, nam si non gregis aut universitatis ususfructus nomine collectivo legatus sit, sed singulorum capitum, veluti centum ovium, nihil supplere cogitur fructuarius, *l. quid ergo 70. §.3. de usufr.* quippe in his, quæ numero certa sunt & designata, non est augmento locus: & tot sunt tunc usufructus, quot sunt capita fructuaria, quorum uno mortuo usufructus iste extinguitur.

Demortuorum capitum] Ait *demortuorum.* Ulpianus *d.l. vetus in fin. defunctorum*, hoc ideo, quia si vi externa capita aliqua ex grege perierint, incendio puta, aut ruina stabuli; aut prædonum impetu, hos casus fructuarius præstare non debet, nec in locum amissorum alia substituere, arg. *l. arbores 59. de usufr.*

Ex fœtu submittere] Ait *ex fœtu.* Neque enim de suo gregem supplere fructuarius cogitur, sed ex agnatis capitibus, hoc est, natis ex eodem grege, *d.l. vetus in fin. eod.* Proinde si ex grege nondum ulla nata sint prioribus demortuis, aut si oves abortierunt, aut fœtus perierunt, priusquam submitti possent, nihil supplere debebit fructuarius. In locum quoque eorum capitum, quæ vel senio, vel vitio corporis inutilia facta sunt, alia ex fœtu submittenda, *l. vel inutilium 69. eod.*

Submit-

Submittere debet] Submissionis effectus hic, ut substituta capita statim domini fiant, sicuti post substitutionem priora sive demortua vel utilia & vitiosa, fiunt fructuarii. Hæc enim ex natura fructus desinunt esse proprietarii, *d. l. vel inutilium 69. de usufruct.*

Vinearum demortuarum vel arborum] Ait hic item *demortuarum*, sicut Paulus *l. agri 18. eod.* nimirum ideo, quia in locum arborum vi tempestatis eversarum alias substituere non tenetur, *l. arbores 59. eod. tit.* quippe usufructuarius omnia quidem, etiam quæ sine culpa ejus contingunt, sed sola rei & interna incommoda ac detrimenta sustinet: quæ autem vi contingunt externa; nec à re ipsa proficiscuntur, placet ad onus fructuarii non pertinere, ex regula & jure communi de casibus fortuitis, *l. contractus 23. de reg. jur. l. quæ fortuitis C. de pign. act.* Ulpianus in *l. 7. §. ult. de usufr.* scribit, fructuarium cogi & adserere arbores: quod Græcis est κεντρίζειν, id est, forare medullam arboris sterilis, & in eam fœcundæ calamum immittere; insitionis species pro genere. Qua forma Papinianus dixit adserere prolem pro adoptare, sicut scilicet inforatione surculus truncum adoptat, *Cujac. 11. obs. 36.*

Recte enim colere] Non satis officio suo fungi videri debet usufructuarius, nisi eum ita colat, ut ne deterior fiat causa ususfructus; omniaque faciat, quæ faceret in re sua: sicut cautione fructuaria continetur, *l. 1. §. cavere usufr. qu. cav.*

TEXTUS.

De inventione Thesauri.

39. *Thesauros, quos quis in loco suo invenerit, Divus Adrianus naturalem æquitatem sequutus ei concessit, qui eos invenerit. Idemque statuit, si quis in sacro aut religioso loco fortuito casu invenerit. At si quis in alieno loco, non data ad hoc opera, sed fortuito invenerit, dimidium domino soli concessit, & dimidium inventori. Et convenienter, si quis in Cæsaris loco invenerit, dimidium inventoris, & dimidium esse Cæsaris statuit. Cui conveniens est, ut si quis in fiscali loco, vel publico, vel civitatis invenerit, dimidium ipsius esse debeat, & dimidium fisci, vel civitatis.*

NOTÆ.

39. *In sacro aut religioso*] Utroque scilicet privato; nam & sacra quædam privata, *l. 9. §. 1. D. ad leg. Jul. pecul.* Aliud, si in hujusmodi locis publicis: ita cape *l. 3. §. pen. D. de jur. fisc.*

Sed fortuito] Ut puta si quis colendi agri causa fodiens humum, aurum defossum inveniat, nullo adhibito perscrutandi studio, quod sive permissu domini merito vetitum, *d. l. un. C. de thesaur.* add. *l. 63. §. pen. & ult. hoc tit.*

Dimidium fisci] De variis moribus legibusque circa thesauros, vid. eruditissimum Grot. *2. de jur. bell.* 8. Peregrin. 4. *de jur. fisc. c. 2.*

COMMENTARIUS.

1. *Thesauri appellatione significari quasvis opes repositas: tum etiam ipsum locum, in quo asservantur, & ratio nominis.*
2. *In quæstione proposita quid eo verbo nostri intelligant, & quo referenda hæc acquisitio.*
3. *Locum proprium hic intelligi etiam eum, in quo alius usumfructum habet: secus si jus emphyteusis aut feudi.*
4. *A divis fratribus nihil mutatum esse ex eo jure, quod de thesauro in loco sacro aut religioso reperto divus Adrianus constituit.*
5. *Cur cætera res hujus generis etiam in alieno quæsitæ occupantium fiant, thesaurus non item. & num. 8.*
6. *Cur thesaurus non totus cedat inventori, ut res cæteræ, quæ nullius.*
7. *Distinctio rerum Cæsaris, fisci, publicarum & civitatis.*
8. *Summa juris de thesauris constituti, & quid moribus hodiernis obtineat.*

Partes propositæ tractationis, quæ à Justiniano passim sparsæ sunt, commodioris doctrinæ causa ad duo summa capita revocari posse, ad occupationem scilicet, & rei nostræ potestatem, supra diximus in explicatione *§. singulorum eod.* & progressi ostendimus, singula, in quæ incidimus, ad alterutrum horum capitum pertinere. Nihil quod nobis potestate rei nostræ quæratur, superest; ad factum & occupationem nostram pertinent, inventio thesauri, apprehensio rerum, quæ à dominis vel traduntur, vel pro derelicto habentur; in quibus porro explicandis hic titulus consumitur.

Thesauros] Thesaurus Græcis & Latinis idem est, quod Persis *gaza*, nimirum quælibet divitiæ, quas in usum futurum asservavimus aut recondimus. Nam & pecunia nuper deposita, & cujus dominus non ignoratur, passim thesaurus appellatur, etiam apud nostros, ut in *l. item Labeo 22. fam. erc. l. thesaurus 15. ad exhib. l. peregre 44. de acq. poss.* ac de tali quoque thesauro accipienda *l. 3. §. Neratius d. tit. de acq. poss.* ut recte existimat Gothofredus, injuria notatus à Bachov. *vid. Duar. ad d. §. Neratius* Locus quoque, in quo opes asservantur, τὸ γαζοφυλάκιον, thesaurus appellatur. Plutarch. *in Solon.* Ἐκέλευσεν αὐτῷ τοὺς θησαυροὺς ἀνοῖξαι τῶν χρημάτων. Hinc per translatio-

lationem Cic. 1. *de orat.* memoriam dicit esse rerum omnium thesaurum. Atque hæc significatio etiam rationi nominis convenit. Quamvis enim *Connan.* 3. *comm.* 4. & *Don.* 4. *comm.* 14. thesaurum inde dici putant, quod *εἰς αὔριον, in crastinum*, sit repositus, ut sit θέσις εἰς αὔριον: propius tamen vero est, vocem esse conjunctam ἐκ τοῦ θήκης καὶ αὔρου, ut sit, conditorium pecuniæ. Hoc enim nomine veteres Græci pecuniam vocabant, qua qui abunda-
2 bat, *αὐρὸς* dicebatur, teste Hesychio. Cæterum in quæstione de acquirendo rerum dominio, cum agitur de thesauro occupatione acquirendo, Jurisconsulti thesaurum appellant eam duntaxat pecuniam, quæ olim condita, nunc, cum reperitur, à quo condita, aut cujus sit, ignoratur, *l. nunquam* 31. *§.* 1. *hoc tit. l. un. C. de thesaur. lib.* 10. *l. à tutore* 67. *de rei vind.* convenienter nimirum argumento, quod tractant: cum non alius thesaurus sit idoneus, qui hoc modo acquiratur, quam qui dominum non habeat: nec repugnat comunis & popularis loquendi consvetudo. Igitur in quæstione proposita thesaurus definitore Paulo in *d.l.* 31. est vetus quædam depositio pecuniæ, cujus non extat memoria, ut jam dominium non habeat. Cui descriptioni similis est illa Leonis in *d.l. un.* thesaurum interpretantis, condita ab ignotis dominis tempore vetustiore mobilia, & Cassiodori *lib.* 6. *var. c.* 8. definientis depositivam pecuniam, quæ longa vetustate compententes dominos amisit. Atq; hinc jam etiam liquet, thesaurum quoque pertinere ad regulam juris gentium de rebus nullius: quãquam non per omnia in thesauro occupando & nostro faciendo idem servatur, quod in cæteris rebus, quæ nullius sunt. Nam cæteræ hujus generis res, quovis loco occupatæ totæ fiunt occupantis: thesaurus autem extra locum proprium repertus pro parte tantum dimidia. Sed & res cæteræ quæ nullius sunt, fiunt occupantis, etiamsi data opera quæsitæ sint in alieno: thesaurus in alieno quæsitus nullo modo: Quod quamobrem tam variè placitum intelligetur non ita multo post.

Quos quis in suo loco invenerit] Sive data opera quæsitos, sive forte fortuna: tantum magicæ artes ad thesaurum in suo inveniendum prohibentur:
3 quas & ubique excipi oportet, *d. l. un. C. de thesaur.* Ait, *in loco suo* Proprium locum accipere debemus etiam eum, in quo alius usumfructum habet, *arg. pr. inf. de her. inst.* Proinde si in eo loco proprietarius thesaurum invenerit, in suo invenisse intelligi debet & totum sibi quæsisse. Si alius, pars dimidia inventoris, pars altera proprietarii erit. Idemque dicendum est, si usufructuarius invenerit: quoniam thesaurus in fructu non computatur, *l. si is qui* 53. *§.* 3. *hoc tit.* Unde etiam est, quod thesaurus à marito in prædio dotali inventus pro parte dimidia tantum mariti lucro cedat, pro altera dimidia sit restituendus, quasi in alieno inventus, *l.* 7. *§. si fundum* 12. *sol. matr. Moller.* 4. *sem.* 27. Ager autem vectigalis sive emphyteuticus magis est, ut emphyteutæ proprius existimetur, ejusque, qui dominium utile, quam qui directum habet. Nam ad emphyteutam pertinet plenissime rei utilitas, & pari jure, quo dominus rem tenet ac possidet; adeoque adversus ipsum etiam directum dominum utilem in rem actionem habet, *l. sciendum* 15. *§.* 1. *qui satisd. l.* 1. *§.* 1. *si ag. vect. l. qui scit.* 25. *§.* 1. *in fin. de usur.* Longè igitur distat emphyteuta à fructuario: emphiteuta jus habet in corpore & substantia rei, fructuarius non item. Hinc est, quod fructuarus in edicto *Qui satisdare cog.* pro possessore non habetur, emphyteuta contra *d. l.* 15. *§.* 1. *qui satisd. cog.* quod arbores vi ventorum dejectæ ad emphiteutam pertinent, non ad fructuarium, *l.* 12. *de usufr.* Si quid servo in quo quis usufructus, legatum aut donatum sit, id non fructuario sed domino proprietatis acquiritur, *§.* 4. *infr. per quas pers. cuique acq.* si servo emphyteutæ, ipsi emphyteutæ. Quam ob causam dubitandum non est, quin si ipse quoque emphyteuta in prædio in emphyteusin sibi concesso thesaurum similiter invenerit, totum eum sibi soli rectè vindicet: eademque planè ratio est Vasalli, qui thesaurum receperit in fundo feudali, *arg. c. un. de invest. de re al. fac. lib.* 2. *feud. Mynsi. Schneid. Wes. post Gloss. & DD. comm. hic. Nic. Burgun. ad consvet. Fland. tr.* 12. *Christ. vol.* 6. *decis.* 21. *n.* 19. *& seqq.*

Adrianus naturalem æquitatem secutus] Hoc est, secutus regulam juris naturæ sive gentium, de rebus, quæ nullius sunt, occupanti concedendis, *§. feræ* 12. *sup. eod.* Nimirum cum etiam thesaurus numeretur inter ea, quæ nullius sunt, æquum esse censuit Adrianus, etiam in thesauro occupato regulam istam servari; & quidem per omnia, si quis invenisset amico Hercule in suo: quippe qui & alia ratione ita repertum vindicare posse videatur, vel tanquam beneficium & commodum rei suæ, vel quod simile vero sit, eum à majoribus suis conditum esse: hæc enim ratio facit, ut in alieno reperti dimidium concedatur domino soli.

Idemque statuit, si quis in sacro aut religioso] Quod hic Adrianum constituisse refert Justinianus, id à fratribus Principibus civili ratione mutatum esse existimant *Accurs. Ang. Porc. Fab. Schneid. hic Duar. de acq. rer. dom. c.* 3. *Don.* 4. *comm.* 14. Sic enim scribit Calistrat. *l.* 3. *§. pen. de jur. fisc. Si in locis fiscalibus, vel publicis, religiosisve, aut monumentis thesauri reperti fuerint, divi fratres constituerunt, ut dimidia pars fisco vindicaretur*, quam scientiam veram quidem esse fatetur Covar. in *c. peccatum de reg. jur.*

in

in 6. p. 3. relect. §. 2. num. 3. sed ille constitutionem divorum fratrum à Justiniano iterum abrogatam contendit, qua parte illa derogaverat edicto divi Adriani. Neutrum probabile mihi videtur. Nam si
4 edictum Adriani rescripto Antonini & Veri sublatum fuisset utique non quid ille, sed quid hi de thesauris in loco sacro religiosve inventis constituissent, Justinianus commemorasset: & cum simpliciter referat edictum Adriani, non facta mentione rescripti fratrum imperatorum, vix est, ut dici possit, hic aliquid novi juris ab eo constitutum esse. Arbitror commoda explicatione *d. l. 3. §. pen.* cum hoc nostro §. conciliari posse: quamvis id neget Ant. Matth. Constituit Adrianus, thesaurum ejus esse, qui eum invenisset in loco suo: addidit, idem esse, etiamsi in loco sacro aut religioso repertus sit; nimirum ejus itidem esse, cujus est fundus, in quo loca ista sunt, perinde quasi in suo adhuc reperisset. Nam etsi loca sacra & religiosa nullius verè in bonis sint, ejus tamen aliquatenus sunt, cujus in usu & fundo sunt, & quodammodo juris privati, *arg. l. 5. & seq. de relig. l. sacril. 9. §. 1. ad leg. Iul. pec. l. in modicis 24. de contr. empt.* neque potest sine injuria vel in Deos ipsos Deorum beneficio privari, qui vel ipsi, vel quorum majores partem fundi sui divinis usibus dicaverunt. Quid divi fratres in *d. l. 3. §. pen. de jure fisci?* Constituerunt, inquit Callistratus, ut thesauri in locis fiscalibus vel publicis religiosisve aut monumentis reperti pro parte dimidia fisco vindicarentur. Titulus ipse & rerum conjunctio ostendunt, loqui Impp. de locis religiosis similibus publicis, in quibus scilicet fiscus jus habet, aut qui fisci quodammodo sunt, puta quod ad fiscum fortè pervenerunt; juxta *l. 6. eod. tit.* vel quæ publice civium funeribus destinata sunt, cujusmodi tenuiorum tumulos in suburbanis fuisse auctor est Aggen. Urbicus. In his locis eodem jure uti fiscum volunt, quo utitur in rebus publicis juris profani, aut quo utuntur privati in loco suo sive profano sive religioso. Et vero ob loci religionem aut sanctitatem nihil novi juris hic constitutum fuisse, argumento est, quod Leo Imp. in *d. l. un. C. de Thesaur.* simpliciter distinguit; an quis in suo loco repererit, an in non suo, nulla facta mentione sacri aut profani, quasi hoc nihil ad rem faciat: idque ex Ælio Spartiano etiam certius colligas, qui itidem sine ulla rerum distinctione refert, Adrianum de Thesauris ita cavisse, ut *si quis in suo reperisset, ipse potiretur: si quis in alieno dimidium domino daret: si quis in publico, cum fisco æqualiter partiretur.* Nulla igitur est pugna inter *d. l. 3. §. pen.* & hunc §. nostrum, quem de loco religioso privato accipi oportet, svadente id ipsum quoque rerum in eo conjunctione & discretione: manifesteque labitur Bachovius, qui ob conjunctionem loci religiosi & sacri negat hanc interpretationem admitti posse, eo quod nulla loca aut ædes sacræ privatæ dici possint? hoc enim falsum esse, & sacella privata propriasque suas ædiculas veteres habuisse, vel unus Paulus eum docere poterat in *l. sacrilegi 9. §. 1. ad leg. Iul. pec.* ita propemodum & *Conn. 3. Com. 4. Charond. 1. verisim. 21. Robert. rec lect. 5. Cantiunc. & Wesemb. hic.*

Fortuito casu] Thesaurus, quem inveni in loco meo sive fortuitum sive quæsitum, meus est: sin ille locus meus sacer est vel religiosus, non alias meus erit, quam si fortunæ quasi munere mihi oblatus fuerit, nullo adhibito perscrutandi studio: quod procul dubio ideo placuit, ne detur occasio violandorum sepulchrorum & aperiendi urnas defunctorum, si etiam studiosè quæsitum inventumque suum quisque faciat, sibique habeat.

At si quis in alieno] Cæteræ res, quæ nullius sunt, 5
occupantium fiunt, etiamsi data opera in alieno quæsitæ sint, ut de feris bestiis in fundo alieno investigatis & captis diximus: thesaurus in alieno quæsitus & inventus ne pro parte quidem fit inventoris, sed totus domino reddi jubetur, *d. l. un. C. de thesaur.* Ratio diversi juris hæc est, quod qui feram in alieno capit, aut rem, puta pro derelicto habitam, tollit, nihil fundo aut fundi domino nocet: ad thesaurum vero perveniri non potest sine effossionibus & manifesto damno fundi, in cujus visceribus thesaurus abditus jacet. Aliena autem effodere sine permissu domini, inque iis latentes rimari opes, merito vetitum, & pœna, non præmio dignum. *d. l. un. l. 2. C. Theod. de thesaur.*

Dimidium domino soli] Thesaurus in alieno loco casu inventus, dum quis arat, aut quid aliud in eo operis facit, pro dimidio inventoris fit, pars altera dimidia conceditur domino soli, *l. si is 63. §. pen. & ult. hoc tit. d. l. un. C. de thesaur.* Cur vero, inquis, 6
non totus cedit inventori, sicuti cæteræ ejusdem generis res occupantis totæ fiunt, loco quocumque occupatæ, ut feræ bestiæ, res pro derelicto habitæ, gemmæ & lapilli inventi in littoribus? Nimirum quia illæ veræ nullius sunt, thesaurus non est; quippe quem nemo eo animo abscondit, ut eum in numero rerum suarum esse nolit, sed ut tutiore loco custodiat: tantum ideo nullius esse dicitur, quia cujus sit non apparet: nam etsi dominum per rerum naturam habeat, hæredem scilicet ejus, qui eum defodit, quamvis per longissimam successionem primo domino succedentem: apud nos tamen non habet; quia à nobis dominus ignoratur: ob quam incertitudinem itum est ad hanc partitionem, ut pars una inventori, pars altera domino loci adjudicaretur. Tametsi enim pro inventore dici poterat, thesaurum, ut rem nullius, totum ei, qui invenit, tribui opor-

oportere, propterea quod de his, quæ non apparent, perinde judicandum sit, quasi non essent; *l. in lege 77. de contr. empt.* dominum tamen loci & sua & par ratio defendit, qui contra sibi thesaurum vindicans, dicere potest, nihil esse veresimilius, quam quod à majoribus suis profectus sit: in proprio enim, quia tutius, non in alieno thesauros condi: adhæc fundi in quo tanto tempore asservatus est, quodammodo beneficium esse: quam ob causam cum Impp. Gratianus, Valentinian. & Theod. partem quartam duntaxat domino loci assignassent, *l. 2. C. Theod. de thes.* merito Imp. Leo. abrogata eorum constitutione, ad æqualitatem partitionis & veterum constitutionum normam rem revocavit.

In Cæsaris loco &c.] Distinguit Imp. loca Cæsaris à locis fiscalibus, & hæc à publicis, publica à locis civitatis, Res Cæsaris dicuntur bona Principis pa-
7 trimonialia. Res fisci sunt, veluti bona proscriptorum, vectigalia, commissa, bona caduca; quæ quidem & ipsa quasi propria & privata sunt Principis, *l. 2. §. 4. ne quid in loc. pub.* sed ut Principis, & ratione imperii. Publica loca appellat, quæ in usu publico sunt populi Romani, veluti areæ, insulæ, agri, viæ itineraque pubica, *d. l. 2. §. 3.* Loca civitatis, quæ usibus civium in municipiis & singulis civitatibus deserviunt, *§. universitatis sup. eod.* quæ à publicis eodem sensu hic separat, quo Ulp. bona civitatis ab iis, quæ populi Romani sunt, *l. 15. de verb. sing.* Spartianus omnia ista loca designavit uno verbo publici. Hæc obiter in præsentia: subtilius rerum Cæsaris, fiscalium, & publicarum discrimem exquiremus, *§. ult. inf. de usuc.*

8 *Dimidium fisci vel civitatis*] Sive in loco alieno privati alicujus, sive in loco Cæsaris, aut publico fisci vel civitatis thesaurus repertus sit, medietatem duntaxat inventor consequitur, pars altera repertorum ad eum pertinet, qui loci dominus est, aut jus imperiumve in eo habet: & quod diximus de loco privato, non aliter partem in eo reperti inventoris fieri, quam si fortuito & aliud agens invenerit, alioqui totum restituendum esse ei, cujus est locus, hoc noc minus obtinere debet in locis publicis, ut in his etiam consulta opera quæsitus & inventus similiter totus pertineat ad Principem vel civitatem. Non enim magis fas esse credendum est, publica loca effodere & scrutari, quàm privata aliena, fac. constitutio Frederici *lib. 2. Feud. tit. 56. quæ sint regal. in fin.* Quod si inventor partem thesauri ad fiscum pertinentem suppresserit, totum cum altero tanto cogitur solvere. Deferre autem se nemo cogitur si pars fisco non debeatur, *l. 3. §. ult. de jur. fisc.*

9 Summa juris de thesauris edicto D. Adriani constituti hæc est, ut si quis thesaurum in suo reperisset, sive quæsitum sive nihil tale cogitans, totum sibi haberet: si quis in alieno, non data ad hoc opera, dimidium domino daret, partem alteram duntaxat ipse consequeretur: si quis in loco publico, itidem non data opera cum Principe aut civitate æqualiter partiretur. Si quis autem scrutatus in alieno sive privato sive publico thesaurum invenisset: is totum hunc domino loci, eive, ad cujus curam vel imperium locus pertinet, reddere cogeretur. Ab hoc jure cum procedente tempore recessum esset, ut constat ex *tit. C. Theod. de thesaur.* reductum illud est à Leone Nepote, *l. un. C. Instin. eod.* iterumque vigore suo privatum, restitutum à Leone Philosopho. *Nov. Leon. 51.* A Frederico nil mutatum, *tit. quæ sint. reg.* At nunc in plerisque locis thesauros, ut & alia pleraque ἀδέσποτα, Principes sibi vindicant, & quidem in solidum, quocunque in loco reperti fuerint: estque id nunc jus commune & quasi gentium. Nam & in Germania, & Gallia, & Anglia, & Hispania, & Dania id observatur, teste *D. Grot. 2. de jur. bell. c. 8. n. 7. add. Peregrin. lib. 4. de jur. fisc. c. 1. Covar. in relect. c. peccatum de reg. jur. in 6. part. 3. §. 2. Lebret. lib. 3. de la souveraineté, c. 6. Christin. vol. 1. decis. 16.* Theodoricus quoque rex thesauros quocunque loco repertos publico vindicari jussit. *Sine damno* enim, inquit, *inventa perdit, qui propria non amittit.* Cassiodorus *4. var. 34. & 68.* Apud nos tamen jus hoc incertum esse dicitur; nam patronos quidem fisci contendere thesauros quocunque in loco inventos ad fiscum pertinere, ut in plerisque aliis regionibus nunc obtinere diximus: cæterum alios contra putare, sequendam nobis esse in hoc negotio constitutionem juris Romani; propterea quod neque quicquam de eo cautum reperiatur legibus propriis, neque doceri possit, Romani juris vigorem apud nos desvetudine usuque contrario enervatum. *Grot. 2. manud. ad Iurisp. Bat. c. 4.* Itaque in hoc dubio contra fiscum facilè responderim, *arg. l. non puto 10. de jur. fisc. add. Groenvv. de ll. abrog. hic.*

TEXTUS.

De traditione. 1. Regula ejusque Ratio.

40. *Per traditionem quoquè jure naturali res nobis acquiruntur: nibil enim tam conveniens est naturali æquitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi: & ideo cujuscunque generis sit corporalis res, tradi potest, & à domino tradita alienatur. Itaque stipendiaria quoque & tributaria prædia eodem modo alienantur.*

tur. Itaq; ſtipendiaria quoque & tributaria prædia eodem modo alienantur. Vocantur autem ſtipendiaria & tributaria prædia, quæ in provinciis ſunt: inter quæ nec non & Italica prædia, ex noſtra conſtitutione nulla eſt differentia: ſed ſiquidem ex cauſa donationis, aut dotis, aut qualibet alia ex cauſa tradantur, ſine dubio transferuntur.

NOTÆ.

40. *Per traditionem*] Ex Cajo *l.9. §.3. h.t.* Sola autem conventione dominium non transfertur, veluti ſi inter nos convenerit, ut mea res eſſet tua, licet ex juſta cauſa, puta, quia eam tibi vendidi, *l.20. C. de pact.*

Noſtra conſtitut.] *D.l.un.C.de uſuc.transf.* ubi tollitur vetus rerum & dominiorum diſtinctio. Etſi autem provinciales pleno jure dominii non erant; habebant tamen jus aliquod dominio proximum, prædiaque ſua alienare poterant, & hæredibus relinquere, & ſervitutem his imponere, l.3.*C.de ſervit.*

Ex cauſa] Nunquam enim nuda traditio dominium transfert, ſed ita, ſi venditio aut alia juſta cauſa, id eſt, titulus ad dominium transferendum habilis, præceſſerit, *l.31. h.t.* ſaltem opinione tradentis.

COMMENTARIUS.

1. *Citra traditionem dominia rerum jure gentium non transferri, & quam rationem hoc habeat.*
2. *An ad transferendum dominium requiratur vacuæ poſſeſſionis traditio.*
3. *Reſponſum Triphonini ſub tit. de fund. dot. expoſitum.*
4. *Traditione non transferri dominium, niſi juſta cauſa, ſaltem opinione tradentis, præceſſerit, propter quam traditio ſequatur.*
5. *An & quando diſſenſio in cauſis tradendi & accipiendi impediat dominii translationem.*
6. *De veteri diſcrimine dominiorum nonnulla.*
7. *Quale jus olim poſſeſſores prædiorum provincialium habuerint.*
8. *Stipendium & tributum univocè dici.*
9. *Provincialium qui vectigales, qui ſtipendiarii ſive tributarii appellati.*

HÆc quoque acquiſitionis ſpecies ad generalem occupationem referri debet: nam cum traditione rem acquiri dicimus, non intelligimus ſolum factum tradentis, ſed ex effectu magis etiam rei traditæ acceptionem atque apprehenſionem; quippe ſine qua traditio non perficitur, hoc eſt, dominium non transfertur aut acquiritur, *l. in omnibus 55. de obl. & act.* Differt autem hic modus acquirendi à ſuperioribus ejusdem generis, quod earum rerum, quæ nullius ſunt, jure gentium acquirendarum ratio præter apprehenſionem nihil deſiderat, quia occupantur ſine cujusquam injuria; quæ ex hoſtibus capiuntur, invitis dominis ad nos transeunt jure belli: in ſpecie autem propoſita non ſatis eſt nanciſcendi dominii cauſa, rem apprehendiſſe, niſi & voluntate domini in hoc tradita ſit; quod omnino hic exigit ratio juris gentium, *d. l. in omnibus l. 2. de his qui ſui vel al. jur. l. id quod noſtrum de reg. jur.* Et quia nemo eo animo eſt, ut velit rem ſuam in alium transferre ſine cauſa, inde eſt, quod, cum in cæteris omnibus juris gentium acquiſitionibus modus acquirendi idem ſit & cauſa ſive titulus, (verbi cauſa occupatio feræ beſtiæ eſt & modus acquirendi & titulus) ea in hac ſpecie perpetuo diſtinguantur. Modus acquirendi eſt traditio vel potius rei traditæ acceptio & apprehenſio; titulus, veluti emptio, permutatio, donatio, cæteræque cauſæ, ex quibus re à domino tradita dominium in accipientem tranſit, ſin minus, jus uſucapiendi, *l. nunquam 31. hoc tit. l.1. & ſeqq. de publ. in rem. act.*

Per traditionem] Traditio vel vera eſt, quæ naturalis datio appellatur, *l. nonſtatim 8. de pecul.* & in re mobili eſt de manu in manum translatio, in re ſoli poſſeſſionem inductio; vel ficta; quæ commoditatis cauſa fit vel brevi manu, vel actu aliquo corporis, aut nota ſive ſymbolo, quod veram traditionem repræſentet. Non minus vero ficta & ſymbolica traditione dominium in accipientem tranſit, quam vera & naturali, *§. interdum & ſeq. inf. eod.* At 1
citra ullam traditionem nudis & ſolis pactis dominium non transfertur, etiamſi id agatur in negotio gerendo, ut transeat: verbi cauſa, placuit inter nos, ut mea res eſſet tua; licet id placuerit ex juſta cauſa, puta quia eam tibi vendidi, non ante tamen tua erit, quam à me tibi tradita ſit, *l. traditionibus 20. C. de pact. l. ſi ager. 50. de rei vind. l. quotiens l.pen. C. eod, l.6. C. de hær. vel act.vend.* Cur vero ad dominium transferendum non placet ſufficere nudam convenientium voluntatem? Nimirum quia nemo ex ratione juris gentium facto ſuo rem, ſive ea nullius ſit, ſive alterius, acquirit, niſi cujus poteſtati & manui ſubjecta ſit; quod ita quisque conſequitur, ſi eam apprehenderit, ſi poſſeſſionem ejus nanciſcatur, *arg. l.1.§.1. de acq. poſſ.* Non aliter autem poſſeſſio rei alienæ apprehendi, & per eam poteſtati noſtræ res ſubjici poteſt, quam ſi dominus eam tradiderit, in cujus tam diu poteſtate eſt & manet. Diſſ. tamen D. Grot. 2. *de jur. bell. c.6. & 8.* contendens ex ratione juris naturæ ſeu gentium, nihil amplius ad translationem dominii requiri, quam ſolam voluntatem domini rem ſuam alteri in hoc addicentis: jure autem & ratione civili inſtitutum eſſe ſecuritatis dominiorum cauſa, & occurrendi temerariis alienationibus, ut tunc demum dominium à priore domino abeat, cum is alteri rem tenendam & poſſidendam

dam tradiderit: quod quia à multis gentibus receptum, jus gentium impropriè dicatur. Sed posito eo, quod diximus, & quæ veterum sanè omnium sententia fuit, traditione, non nuda conventione, dominium jure naturali sive gentium acquiri, quæsi-
3 tum porro ab interpp. est, an in proposito ad dominium transferendum sufficiat, rem qualiterqualiter tradidisse, dum ea tradita sit vacua ab omni detentore, qui apprehensionem impediat; an vero ad eam rem necesse sit, tradere rei vacuam & plenam possessionem. Breviter, an res ab alio possessa ita alicui tradi possit, ut dominium in eum transeat. Finge ita; Fundum tibi vendidi, qui ab alio bona fide possidebatur, & dum fortè possessor peregre abest, eum tibi tradidi dominii transferendi causa, tu in eum ingressus es eo animo, ut capias, quod traditur, & dominus fias. Quæritur, an quia vacua possessio tibi tradita non est, ac ne possessio quidem, nihilominus tibi fundus jure gentium acquiratur. Et putavi aliquando cum DD. Longobardis, *Placent. Ioan. Azon. Accurs. Odofred. Bart. Bald.* quos sequitur *D. Don.* 4. *comment.* 19. acquiri: neque alienam absentis possessionem obstare domino, quominus ille rem suam transferat in eum, cui ejus rei corpus prehendendum & tenendum dat, sine cujusquam impedimento. Cæterum nunc in contrarium moveor, & quidem maximè illa ipsa ratione, qua ille utuntur ad probandam necessitatem traditionis. Ajunt enim, ideo ad acquisitionem & translationem dominii necessariam esse traditionem, quia ratio juris gentiū exigit, ut quod facto nostro acquiritur, prius potestati nostræ subjiciatur. At vero res potestati nostræ subjecta dici non potest, cujus plenam possessionem, eamque, quæ avelli non possit, nacti non sumus, *l. non videtur* 22. *de acq. poss. l.* 4. *§. tunc in potestatem* 12. *de usuc. l.* 13. *§.* 2. *de verb. sign.* neque potest in nos tranferri possessio justa ejus rei, quam alius possidet, quamdiu possidet, & vel animo retinet possessionem *l.* 3. *§. ex contrario* 5. *&* §. 7. *l.* 6. *§. ult. de acq. poss.* Sunt vero & alia hujus rei argumenta non pauca. Nam cum unum idemque genus sit, & actus idem traditionis, qua transfertur dominium & præstatur causa usucapionis, *arg. l.* 11. *§.* 1. *de act. empt. l. fundum* 46. *§.* 1. *de evict. §. pen. inf. per. quas pers.* non magis convenit, re à domino tradita dominium transferri sine translatione possessionis, quam re tradita à non domino jus usucapiendi. Adhæc si dominium nobis acquiri potest directo sine possessione, poterit & per procuratorem eodem modo. Quid enim interest, mihi res tradatur, an mea voluntate alteri meo nomine accipienti? Planè nihil *l. restitua* 37. *ad sen. Trebel.* At certum est, per procuratorem dominium nobis non acquiri, nisi per consequentiam possessionis per eum nobis adeptæ, *l. traditio* 20. *§. ult. hoc tit. d. §. pen. inf. per quas pers. l.* 1. *& l.* 8. *C. de acq. poss.* Quia etiam ipsa traditio non propter se, sed propter possessionem videtur requiri, cum ubi sine traditione possessio obtineri potest, traditio non desideretur, *l.* 9. *§. interdum inf. eod.* His accedit & veterum manifesta auctoritas, quibus tradere, cum de transferendo dominio quæritur, nihil aliud est, quam potestatem facere rei habendæ & possidendæ; traditio nihil aliud, quam possessionis datio atque translatio, *l.* 3. *§.* 1. *de act. empt* Hinc illa re tradita, possessionem amitti, *l. si ager.* 50. *de rei vind.* retenta possessione, nihil traditum intelligi, *l. servi* 16. *de per. & comm. rei vend.* Hunc denique pertinet textus *l. cum res* 12. *C. de probat. l. qui prædium* 13. *C. de distr. pign.* & maximè *l.* 8. *C. de act. empt.* item *l. hæc si* 47. *de rei vind.* quo loco disertè scribit Paulus, non aliter dominium rei absentis nobis acquiri, quam si possessionem ejus nacti simus ex voluntate domini. Etenim, inquies, nihil commune habet possessio cum dominio, *l.* 12. *§.* 1. *de acq. poss.* Quid tum postea? Nam nec titulus sive causa, nec nuda apprehensio & detentio habet: quæ tamen illi ipsi in proposito requirunt, qui hoc objiciunt. Separata quoque est causa possessionis & usucapionis, *l.* 2. §. 1. *pro empt.* nemo tamen inde colligit, usucapionem sine possessione procedere. Nihil ad rem facit quod dominium retineri potest sine possessione: non enim tam facilè quid acquiritur, quam quæsitum semel retinetur. Possessio non acquiritur nisi animo & corpore, animo retinetur solo, *l.* 3. *§.* 1. *& §. saltus* 12. *l.* 6. *in fin. de acq. poss.* Feræ bestiæ non aliter nostræ fiunt, quam si eas ceperimus: manent nostræ semel captæ, quamvis effugerint, quam diu cum spe 3
recuperandi eas persequimur, *§. feræ* 12. *sup. eod.* Unus locus est, quo præcipuè moventur, qui dominium etiam sine possessione acquiri posse contendunt, *l. si fundum* 16. *de fund. dot.* Ajunt in eo responso mulierem à Triphonino proponi, quæ fundum, quem Titius possidebat & propè jam usuceperat, marito in dotem dedit eo effectu, ut fundus dotalis fieret, atque ex eo tempore ad prohibitionem legis Juliæ pertinere inciperet, maritoque acquiretur vindicatio quæ omnia arguant, dominium istius fundi marito quæsitum fuisse, per *l. in rem* 23. *de rei vind. junct. l. dotale* 13. *§.* 2. *de fund. dot.* cui tamen possessio acquiri non potuit, cum alius fundum possideret. Unde porro effici putant, fundi istius dominium simplici ratione ac nudo brutoque corporis contractu in maritum translatum fuisse. Sed eorum, quæ colligunt, nihil ex isto responso necessario sequitur. Etenim in dotem quoque data dicuntur, quæ non protinus tradita sunt, sed doti tantum destinata, *l. si rem* 14. *& l. seq. de jur. dot.* & cur prædium dotale constitui minus rectè dicatur, quod mulier instru-

mento

mento dotali profitetur se in dotem dare, quam ususfructus & jura prædiorum constitui dicuntur pactionibus & stipulationibus? *§. 1. infr. de usufr. §. ult. inf. de servit. præd.* Sed & jus vindicandi marito competere potest nondum translato rei in dotem datæ dominio, cessione videlicet actionis, *arg. l. ult. C. her. vend.* quam in specie â Tryphonino proposita intervenisse sive actionem ipsam in dotem datam omnino credibile est, cum ipsam rem tradere, quam alter possidebat & tenebat, mulier non potuerit. Lex Julia vetat alienari vel usucapi fundum dotalem. Hæc prohibitio legis Juliæ pertinet quidem maximè ad fundum jam traditum & marito acquisitum: quippe qui propriè dotalis est, *d. l. dotale l. 13. §. 2. de fund. dot.* & dotalis constituitur non qualiquali traditione, sed ea, quæ & possessionem transferat, *l. 5. in fin. sol. matr.* Cæterum, ut Tryphoninus significat, pertinet ea lex etiam ad fundum nondum traditum, sed doti tantum destinatū aut instrumento promissum, translata actione ad dominium vindicandum: propterea credo, quod qui actionem ad rem vindicandam habet, propè abest ab eo, qui habet rem ipsam, *l. qui actionem de reg. jur.* Juvat hanc in interpretationem locus ipse, in quo cum nulla fit mentio traditionis, tum quod maritus dicitur fundum à Titio petere debuisse; argumento est Titium ipsum fuisse & mansisse in possessione, nihilque marito ne corporaliter quidem traditum & tenendum datum. Planè sufficit tradentem verè possidere, licet alius in possessione sit, hoc est, rem detineat: nam jus detentionis non impedire, quominus simplici traditione possessio & per eam dominium transferatur, ostendit *l. 14. & tot. tit. quæ in fraud. cred.* nec obstat, quod dicitur *in l. 2. §. 1. de act. empt.* vacuam possessionem emptori traditam non intelligi, si creditores bona possideant: hoc enim ad obligationem venditoris pertinet, quæ hoc exigit, non tantum ut res præstetur vacua ab omni vero possessore, sed etiam ab alio omni, qui jus aliud, vel detentionem habeat, cujusmodi habent creditores, qui morante porro debitore etiam secundum decretum petere & impetrare possunt. Illud meminisse oportet, disputare nos de acquirendo rerum dominio jure gentium: nam quin jure civili multis ex causis sine possessione acquiratur, veluti aditione hæreditatis, agnitione bonorum possessionis, legati fideicommissi, dubium non est. Utilitatis quoque causa jure singulari in quibusdam causis receptum, ut cui possessio non acquiritur aut acquiri non potest, ei simplici apprehensione acquiratur dominium, eo, qui tradit amittente possessionem, *vid. l. acquiruntur 10. §. 4. l. liber. 19. junct. l. homo 54. hoc tit. l. etiam invitis 32. eod. junct. l. peregre. 44. §. 1. de acq. poss. l. 13. de donat. add. Cont. lib. 1. disput. 8. Hotoman. illust. quæst. 11, Bronch. 3. ass. 81.*

Voluntatem domini] Est enim suæ quisque rei moderator & arbiter, *l. in re mandata 21. C. mand.* Cæterum ut quis velle rem suam transferre intelligatur, duo hæc concurrere debent; ut sciat rem suam esse, quam transferre cogitat; ut justam causam habeat, cur velit, puta quia vendidit, dare promisit, &c. Illud, quia nemo, qui errans in dominio rei suæ, suam esse ignorans, eam pro aliena tradit, hoc animo est, ut eam transferat, *l. si procurator. 35. hoc tit. arg. l. 15. de jurisd.* Ajo. *in dominio rei suæ:* nam si quis non erret in re sua, non in ea, de qua transferenda agitur; sed in re alia, puta in causa debendi; hic error alienationi non obstat: & ideo indebiti per errorem soluti nulla vindicatio est. Hoc, quia nemo rem suam alicui tradit transferendi gratia, nisi causam habeat, cur id faciat. Hinc illud Pauli; *Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si ven-* 4
ditio aut alia justa causa præcesserit propter quam traditio secuta sit, l. nunqua 31. hoc tit. Nec dicat quisquam, id requiri superfluè, cum si nulla causa adsit, præsumi debeat donatio, *arg. l. Campanus 47. de oper. lib.* quoniam hoc tunc solum locum habet, cum res consulto data est, *l. cujus per errorum 53. de reg. jur.* Illud non refert, revera præcesserit causa, an opinione tradentis, ut patet in solutione indebiti. Sed quæstionis est, si ego ex una causa tibi tradam, tu ex alia accipias, an hæc in causis tradendi & accipiendi dissensio impediat dominii translationem. Et siqui- 5
dem in tradēte nulla sit causa dominii transferendi, vel in capiente nulla nansciendi; ut si ego deponam apud te pecuniam, tu quasi mutuam aut donatam accipias, aut è converso, si ego tibi dem pecuniam quasi mutuam, tu quasi commodatam accipias ostentandi causa; certum est, dominium non transferri, *l. si ego 18. §. 1. de reb. cred.* Non enim hic concurrit affectus ex utraq; parte contrahentium, quem ad translationem dominii requirimus *l. in omnibus 55. de obl. & act.* At si, utrinque subesse existimetur causa idonea, ex qua dominium transferatur; veluti si tibi dem fundum tanquam à me debitum ex testamento, tu quasi ex stipulatu debitum accipias, vel si ego tibi tradam pecuniam donandi animo, tu accipias quasi creditam, hic quia ex utraque causa id pariter agitur, ut dominium transferatur, puto traditionem efficacem esse: idque & Julianus generaliter probat *l. cum in corpus 36. hoc tit.* Videtur autem à Juliano dissentire Ulpianus in specie posteriore, cum pecuniam tibi dedi quasi donaturus, tu quasi mutuam accipis, *d. l. si ego 18. pr. de reb. cred.* Primum negat hic esse donationem: sed hoc etiam ex sententia Juliani. Deinde ait, nec mutuam esse: nec hoc quidem negaverit Julianus, quia mutuo data non est. Sed quod addit postea, *magisque nummos accipientis non fieri* in eo dixeris eum dissidere à

à Juliano, qui generaliter definit, dissensum in causis transferendi non obstare translationi, cum in corpus, quod traditur, consentimus: & hanc regulam etiam eodem exemplo declarat *d. l. cum in corpus*, quod proponitur, ab Ulpian. *d. l. si ego de reb. cred.* D. Contius, 1. *disp.* 9. & Bachov. *in Treutl. disput. de mutuo. thes.* 4. negant hoc dissidium componi posse: & sane ferri non potest, quod Alciatus 5. *parerg.* 15. *Pac.* 3. *quæst.* 67. *Gilb. Reg.* 2. *enant. ultim.* putant, diversas esse horum locorum species, pecuniam creditam apud Julianum interpretantes debitam, contra usum verborum & manifestum sensum Jurisconsulti. Si qua est componendi ratio, ea est, quam affert *Connan.* 3. *comm.* 7. *& Don.* 3. *com.* 18. *& ad d. l. si ego de reb. cred.* nimirum Verba hæc Ulpiani, *magisque nummos accipientis non fieri*, duplicem posse pati interpretationem: posse sic accipi, ut nummi omnino non fiant accipientis: posse etiam sic ut non fiant perfectè, non irrevocabiliter, ex comparatione scil. acquisitionis rei donatæ, *arg. l. aliud est capere* 71. *de verb. sing. l. cum quis* 38. §. 3. *de solut.* fiant tamen eo effectu, ut etiamsi adhuc extent, vindicari nequeant, consumpti nec afficaciter condici. Atque hoc posteriore modo verba Ulpiani accipienda esse propter generalem Juliani definitionem. Et videtur aliquo modo svadere hanc interpretationem etiam ratio ab Ulpiano subjecta, *cum alia opinione acceperit*, quippe qui donatum sibi tanquam mutuum accipit, non eo animo est, ut dominus non fiat, sed ut non fiat simpliciter & sine obligatione restituendi tantundem, tanquam ex causa donationis. Fusius hæc exequor *lib.* 2. *sel. quæst. c.* 35.

Cujuscunque generis sit] Modo ne talis, cujus alienatio prohibita, ut fundi dotalis: aut ne causa, ex qua traditur, jure improbata, ut donatio inter virum & uxorem. Ait autem, *cujuscunque generis*, ut significet, non solas nunc res nec mancipi, ut olim, simplici traditione & nudo naturali actu pleno jure transferri: sed etiam res mancipi; cujusmodi erant prædia & prædiorum jura in Italico solo; servi & quadrupedes, quæ torso collove domantur, & olim non abalienabantur ex jure Quiritium sine actu civili, sine nexus aut cessionis in jure solemnitate, *vid. Ulpian. tit.* 19. *in fragm. Revard. ad leg.* 12. *tab. c.* 16.

Corporales res] Nam res incorporales propriè traditionem non recipiunt, *l.* 3. §. *si iter. de act. empt. l. servus* 43. §. 1. *hoc tit.* uti nec possessionem, *l.* 4. §. *si viam* 27. *de usurp. & usuc.* sed est in his, quod vice traditionis fungatur patientia domini, & vice apprehensionis possessionisque sit usus illius cui dominus hujusmodi jus quæsitum vult, *l. ult. de serv. l.* 3. *in pr. de usufr. d. l.* 3. §. *si iter de act. empt. l.* 2. §. *ult. de prec.*

A domino] Qui scilicet liberam rerum suarum administrationem habeat. Nihil autem interest, utrum ipse dominus rem suam alicui transferendi causa tradat, an voluntate ejus alius, procurator puta aut creditor, §. *nihil autem inf. eod.* §. 1. *inf. quib. al. lic.* aut etiam alii, qui jure pro dominis habentur, ut tutores & curatores, *l. bonæ fidei* 109. *de verb. sing. l. non omni* 16. *& l. lex.* 22. *C. de adm. tut.*

Tradita alienatur] Non minus videlicet pleno jure, quam si mancipata aut in jure cessa esset, sublata antiquo discrimine dominii, *l. un. C. de nud. jur. Quir. toll.* Etenim duo antiquitus fuere dominiorum genera; naturale unum, quod in bonis; alterum civile sive legitimum, quod ex jure Quiritium appellabatur, & vel nudum erat, vel plenum. Si, verbi causa, civis Romanus à cive Romano servum emisset, isque ei traditus esset, neque tamen mancipatus aut cessus in jure, annove ab eo possessus, is servus in bonis quidem emptoris erat; ex jure vero Quiritium non erat, sed eo jure manebat venditoris, quamdiu mancipatus, in jure cessus, aut usucaptus non esset. Jus hoc Quiritium sibi asserebat, qui vindicabat hac vulgata formula; *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo l.* 1. *de rei vind.* Hinc & illa judicis dati formula apud *Cic* 4. *in Verr. Si paret fundum Capenatem, quo de agitur, ex jure Quiritium P. Servilii esse*, vide sis. *Theoph. tit. de libert. Ulp. d. tit.* 19. *Brisson.* 4. *antiq.* 22. *Ræward. d. cap.* 16. Erat autem ejus, qui in bonis habebat, causa potior, quam domini ex jure quiritiarii: nam si servus alterius in bonis, alterius ex jure Quiritium esset ex omnibus causis acquirebat ei, cujus in bonis erat, *Ulp. d. tit.* 19. §. *pen.* Qua de causa Justinianus nudum hoc & inane Quiritium jus sustulit, *d. l. un. C. de nud. jur. Quir. tol.* 6

Tributaria prædia eodem modo alienantur] Dixit, res omnes, cujuscumque generis sint, traditione alienari, hoc est, ut omnes exponunt, non minus res mancipi, quam nec mancipi. Hinc infert etiam, eodem modo alienari prædia provincialia. Atqui hæc prædia fuere res nec mancipi: res autem nec mancipi etiam veteri jure nuda traditione abalienabantur, Ulp. *d. tit.* §. 6. Unde videtur ex contrario sic inferendum fuisse; *Itaque Italica quoque prædia eodem modo alienantur.* Verum alio respicere Imperatorem, ex sequentibus apparet, ad exæquationem videlicet juris prædiorum provincialium & Italicorum, cujus ipse primus auctor est, *l. un. C. de usufr.* Olim agri & prædia in provinciis non erant pleno jure possessorum, sed usu & fructu duntaxat: summo autem jure propria erant populi Romani: quippe quæ prædia cum primum jure belli una cum possessoribus in jus & ditionem populi victoris venissent, hoc est, publica facta essent populi Romani, sæpè provincia- 7

libus

libus seu veteribus dominis denuo utenda & fruenda concedebantur, imposito annuo vectigali aut tributo in argumentum retentæ proprietatis aut summi juris. Unde est quod prædia ista à possessoribus mancipio dari non poterant, nec ab alio usucapi, sed longi duntaxat temporis possessione illud, quod dixi, jus in iis acquiri: de quo uberius *tit.6.* Poterat & nuda traditione jus idem in quosvis alios transferri, salva scilicet semper manente proprietate populo aut Principi. Igitur quod de hisce prædiis ait, eodem illa modo alienari, sic accipiendum est, alienari plenè & perfectè, simplicique traditione transferri in accipientem verum & justum dominium, idem nimirum, quod nunc quisque dominus in re sua qualibet habet, sublata rerum & dominiorum distinctione, *d. l.un. C. de nud. jur. Quir.toll. d. l.un. C. de usuc. transf.* Atque hinc patet, constitutione Antonini, qui provincialibus omnibus jus civitatis dedit, *l. in orb. de stat. hom.* effectum non esse, ut solum provinciale ejusdem juris esset cum solo Italico. Primus enim Justinianus differentiam sustulit; voluitque eodem jure prædia omnia censeri, *d.l.un. C.de usuc. transf. & hoc text.* Obiter addo jus illud vetus provincialium possessorum non fuisse jus personale, quale est ususfructus: sed reale & proximum dominio, cujusmodi est emphyteuticum, & quod vulgo appellatur dominium utile. Nam & possessiones suas hæredibus relinquere & cuivis extraneo in jure cedere, Ulp. *d. tit.19. §.8. Theoph. hic.* & servitutem his imponere poterant, *l.3. C. de serv.*

Sunt autem stipendiaria & tributaria prædia, quæ in provinciis] Nemo hinc colligat, prædia omnia, quæ in provinciis erant, vectigalia fuisse. Certum enim est, multas civitates beneficio populi aut Principum jus habuisse Latii sive Italiæ, & sine eo jure colonias nonnullas provinciales & civitates immunes fuisse, *l.1. l.pen. l.ult. de. Cen. Cic.3. in Verr. Plin. lib.3. nat. hist.c.3. & 11.* Sed hic sensus est, prædia quæ in provinciis sunt, quæ stipendium aut tributum pendunt, stipendiaria dici & tributaria, uti possessores eorum dicuntur stipendiarii & tributarii. Tributum, si Theophilo credimus, inferebatur Principi, stipendium populo. Hinc provinciæ Cæsaris tributariæ, populi stipendiariæ. De quo tamen dubito, magisque puto
8 verba ista dici συνωνύμως. Nam constat, Principes sensim sibi provincias omnes seposuisse, neque diu ratam mansisse partitionem illam provinciarum, quam cum populo Augustum fecisse refert *Suet. c.7.* Certè tempore Justiniani, ut fisci & ærarii, ita & stipendii & tributi nulla fuit differentia. In libris Pand. aliquando separantur, ut in *l.7. §.2. de usufr. l. neque 13. de imp. in res dot. l. aufertur 46. §. qui compensationem de jur. fisc.* Sed tamen συνώνυμα esse ex auctoritate Pomponii refert Ulpian. *l. si ager. 27. §.1. de verb.sign. Stipendium,* inquit, *à Stip: appellatum est, quod per stipes, id est, modica æra colligatur. Idem hoc etiam tributum appellari Pomponius ait. Et sanè,* inquit, *appellatur à contributione tributum, vel ex eo, quod militibus tribuatur*, ita & Festus in voce *Tributum.* Varro autem *lib.4. de ling.* sic dictum scribit, quod *tributim à singulis pro portione census exigebatur.* Neque solum initio, ut ex Cic. Cæs. Liv. Plin. Gellio discimus, stipendium & tributum promiscuè appellata est ea pecunia, quæ populo imperabantur & colligebatur in publicum, ut ex ea miles sustentaretur: sed etiam apud posteriores, Sveton. Eutrop. Sextum Ruffum, promiscuum eorundem verborum usum reperias, ut observavit *D.Cujac.7. obs.3.* In eo sanè aliqua differentia est, quod plerumque stipendium, non tributum, appellamus æs, quod ex tributo militibus solvitur: unde stipendia facere &c. Petilius Cerealis apud *Tacit. lib.4. hist. Neque quies,* inquit, *gentium sine armis, neque arma sine stipendiis, neque stipendia sine tributis haberi queunt.* Verum hoc ad præsentem disputationem non pertinet. Illud verum esse osten- 9
dit antiquitas, quod D. Hotomannus hic notat, provincialium alios vectigales fuisse, alios stipendiarios sive tributarios. Vectigales, qui incertum vectigal solvebant, ut decimam partem frugum; unde Decumani dicti, & eorum ager decumanus, de quibus multa Cicero *3. in Verr.* Stipendiarios, qui certum vectigal in pecunia vel etiam in frumento pendebant. Quod, tributum seu stipendium, & teste Cicerone *5. in Verr.* Stipendiarium dicebatur. Quanquam vectigalis appellatio latius patuit, easque etiam pecunias comprehendit, quæ vel prætorii, vel scripturæ, vel salis, aut vicesimæ nomine exigebantur, de quo in præsentia non quæritur, *l.ult. §.species 8. de publican.* consule *Sigon.1. de jur. civ. Rom.16. Freig. in lib.3. Cic. in Verr. Gœd. ad l. inter publica 17. §.1. & l. si ager. 27. de verb. sign.*

TEXTUS.

2. Limitatio.

41. Venditæ vero res & traditæ non aliter emptori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato: quod quanquam cavetur lege duodecim tabularum, tamen rectè dicitur & jure gentium, id est, jure naturali, id effici. Sed si is qui vendidit, fidem emptoris sequutus fuerit, dicendum est, statim rem emptoris fieri.

COMMENTARIUS.

1. *Cur ex cæteris causis dominium traditione statim transeat, ex causa emptionis non aliter, quam si pretium solutum sit, &c.*
2. *Satisfacere & solvere item fidejubere & expromittere, quomodo differant.*
3. *An præsumatur venditor fidem emptoris secutus ex eo, quod simpliciter rem tradiderit.*
4. *Ad translationem rerum immobilium quæ jure civili Batavorum desiderentur.*

QUod hic traditur, proprium est emptionis. Ex alia causa si quis rem suam sciens tradiderit, statim eam facit accipientis, neque amplius quicquam ad translationem dominii requirimus: in emptione vero & tertium exigitur, ut pretium solutum sit, aut necessitas ejus solvendi in præ-
1 sentia remissa. Cur vero tam variè? Nimirum quia in cæteris qui rem suam scientes ex justa causa tradunt, veluti ex causa donationis, dotis, legati, &c. voluntas transferendi manifesta est: in venditore non est, si nihil amplius de voluntate ejus constet: quippe qui ex communi hominum sensu hac lege & conditione potius rem, quam vendidit & tradidit, transferre voluisse censeri debeat, si pecunia sibi soluta sit, (hanc enim spectat, & protinus sibi numerari velle videtur, qui rem vendit) quam animum habuisse rem suam purè & simpliciter in emptorem transferendi. Constat autem, ejus quod sub conditione datur aut traditur, dominium in accipientem non statim transire, *l.8. de reb. cred.*

Vel alio modo ei satisfecerit] Traditur hoc idem *l. quod vendidi 19. de contr. empt. l.5. §.pen. de trib. act.*
2 *fact. l.ut res 53. de cont. empt.* Satisfaciendi verbum generalius est, quam solvendi. Qui solvit, utique & satisfacit: at non omnis satisfactio solutio est. Satisfacit & qui non liberatur, veluti si quis fidejussorem vel pignora det: solutione vero obligatio tollitur. Ait, *ei satis fecerit*; nimirum venditor volenti, & fidejussorem vel pignus loco solutionis accipienti: neque enim cogitur creditor admittere satisfactionem vice solutionis *l.6. §.1. quib. mod. ping. l.10. de ping. act.* non magis quam solutionem alius rei, quam quæ debetur, *l.2. §. de reb. cred. l.16. & seq. C. de solut.*

Expromissore] Hoc nomine etiam fidejussor hic intelligi videtur, ut in *l.4. §.3. de re jud.* Certum enim est, tam fidejussore, quam expromissore dato, rem emptoris fieri, *d. l. ut res 53. de contr. empt.* Enimvero cum propriè loquuntur Jurisconsulti, fidejussorem, quem alio nomine adpromissorem vocant, *l. si vero 64. §.4. sol. matr. l. in omnibus 43. de solut.* separant ab expromissore, ut *in d. l.53. de contr. empt. l. qui libertinus 37. §. ult. de op. libert.* Expromissor is propriè dicitur, qui alienam obligationem novandi animo in se suscipit, *l. ult. de sen. Mac. d. l. qui libertinus 37. §.4. de op. lib.* & simpliciter reus appellatur, *l. 7. §. servus 8. de dol. mal. l. si vero 64. §.4. sol. matr.* nempe quia promissor debitorem liberat & vice ejus se solum debitorem constituit. Fidejussione autem nulla fit novatio aut primi debitoris liberatio: sed fidejussoris obligatio, ut pignus, accessio est principalis obligationis, *§. fidejussores 5. inf. de fidejuss. l. in omnibus 43. de solut.*

Quanquam cavetur lege 12. tabb.] Pleraque quæ lege 12. tabularum cauta sunt, rationem civilem habent, formulasque & solemnia spectant, ut liquet ex fragmentis, quæ à viris doctis collecta in manibus studiosorum versantur: non tamen omnia. Nam quod placet rem venditam non aliter emptoris fieri, quam si pretium venditori solutum sit, aut satis eo nomine factum, id jure & ratione naturali, ea quam dixi, efficitur: & tamen id ipsum quoque lege duodecim tabb. cautum. Non rectè igitur sic collegeris; Id cautum est lege civili; ergo est juris merè positivi; aut ergo id non efficitur jure gentium sive naturali.

Fidem emptoris secutus fuerrit] Id est, fidem emptori de pretio habuerit sine ulla satisfactione, *d. l. 19. de cond. empt.* ἐπειδὴ ἐκεῖνος ἐπίστευσε καὶ τῇ ψιλῇ ὁμολογίᾳ αὐτοῦ, quod ex circumstantiis æstimandum; veluti si dies solutioni dicta sit, *l.3. C. de pact. int. empt. & vend.* aut si, cum emptor pecuniam ad manum non haberet, venditor dixerit, I,
licet: nunc non requiro; postea dabis. Plane si nul- 3
la mentio facta sit de pretio postea solvendo, ex eo solo quod venditor rem tradidit, conseri non debet fidem emptori habuisse, ut hic locus & *d. l.19.* apertissimè ostendunt. Adeoque regula illa, quam hic ex communi opinione Schneid. tradit; *In dubio qui rem venditam simpliciter emptori tradit, sequi videtur fidem emptoris; nisi contrarium apparet:* convertenda est, & sic concipienda; *In dubio qui rem emptori tradit, non videtur sequi fidem emptoris, ni-*
si emptor contrarium doceat. Atque ita communiter 4
DD. suo tempore tenuisse refert Jo. Fab. & probant Wesemb. & Bachov. Jure civili Batavorum ad translationem sive alienationem prædiorum, censuum, decimarum, aliarumque rerum immobilium non sufficit ea privatim tradita esse licet à domino qui plenam rerum suarum administrationem habet: sed necesse est, ut earum rerum traditio fiat publicè & eorum judice ejus loci, in quo sitæ sunt: privatim aut apud alium judicem facta nullius momenti habetur; exceptis bonis feudalibus, quorum traditio facienda eorum domino feudi ejusve vicario & paribus curiæ. Hoc enim cum antea quibusdam dunta-

duntaxat in locis ex consvetudine observaretur, generali lege sancitum est à Carolo Quinto anno 1529 Ab Ordinibus additum, ut hujusmodi traditiones actis insinuarentur, hoc est, referrentur in literas publicas, & si ex causa venditionis aut permutationis fierent, quadragesima pretii aut justæ rei æstimationis in usum publicum fisco penderetur, *fac. art. 37. Ord. pol. D. Grot. lib. 2. man. cap. 5. & ibi Græn.*

TEXTUS.
3. Ampliatio.

42. Nihil autem interest, utrum ipse dominus tradat alicui rem suam, aut voluntate ejus alius, cui ejus rei possessio permissa sit. Qua ratione si cui libera universorum negotiorum administratio permissa fuerit à domino, isque ex his negotiis rem vendiderit, & tradiderit, faciet eam accipientis.

COMMENTARIUS.

1. *Distinctio, quæ vulgo fit inter procuratorem, cui simpliciter rerum omnium administratio commissa est, & procuratorem cum libera, ut loqvuntur, latè improbatur.*

Cum ad dominium traditione transferendum necesse sit, ut dictum est, ut res tradatur à domino, hoc nunc ex Cajo *l. 9. §. nihil autem hoc tit.* declarat Imp. atque sic esse accipiendum ait, ut nihil intersit, utrum dominus ipse per se rem alicui tradat, an alius voluntate ejus: quippe quod quis per alium facit, dum ei mandat aut jubet, ut faciat, id ipsum eum facere videri, *l. 5. §. 3. de adm. tut. l. 1. §. dejecisse de vi & de vi arm.*

Cui ejus rei possessio permissa est] Hotom. restituit, *cui ejus rei potestas permissa est*, quod quidem sensum habet commodiorem: sed tota hæc adjectio abest à Gajo, & paraphraste Græco. Unde suspicor, glossema esse, quod in textum reptavit? ob eamque causam etiam à Cujacio hoc omissum.

Si cui libera universorum bonorum] Si nominatim alicui mandatum sit, ut rem tradat, nemo ambigit, quin si mandato perseverante id faciat, dominium ejus rei transferatur in accipientem, *l. solutum 11. §. ult. de pign. act. l. restituta 37. in fin. pr. ad Sen. Treb. l. fundi 33. de acq. poss.* nec ulla hic exceptio est: quoniam in speciali mandato non potest dubitari de voluntate domini. An autem & mandati generalis hæc vis sit, ut procurator, cui universorum bonorum administratio permissa est, possit rem ad administrationem suam pertinentem sine exceptione alienare, aut in alium transferre, quæri solet. DD. comm. duo genera ejusmodi procuratorum faciunt; unum eorum, quibus simpliciter rerum omnium administratio commissa est: alterum, quibus commissa est libera, nominatim sc. hoc adjecto & procuratorem cum libera (sic loqvuntur) etiam jus rem alienandi habere contendunt, modo ne id fiat animo donandi: eum autem, cui simpliciter administratio mandata est, nihil alienare posse, præter fructus aut res alias, quæ facilè corrumpi possunt. verum hæc distinctio, ut commentitia & veteribus incognita, à *Duar. ad l. 1. §. per procuratorem 20. de acq. poss. Donell. 4. comm. 15. Vaud. 1. quæst. 47.* & aliis nonnullis doctis viris rejicitur. Et vero si ex mandato æstimandum, quid cuique liceat in re aliena, dicendum omnino videtur, parem esse debere horum procuratorum potestatem; nec quod alteri non licet, id alteri in re dominica licere. Quid enim interest, simpliciter alicui bonorum universorum administratio mandata sit, an mandata adjecto verbo libera? Non magis hæc differunt, quam hæres simpliciter institutus, & institutus ex asse. Administratio quantumvis simpliciter tradita, nihilominus libera tradita intelligitur: quippe quam liberè exercere liceat in rebus omnibus, nec minus liberè, quam si specialiter de singulis mandata esset, excepto si quid generali cujusmodicunque mandato non continetur: qualia sunt, donatio, *l. 7. de donat.* manumissio, *l. servus 13. de manumiss.* rei dominicæ pro alio obligatio, *l. 1. §. 1. quæ res pign. dat.* liberatio pignoris aut hypothecæ, *l. 7. §. 1. quib. mod. pign. solv.* item quævis alia juris dominici remissio, *l. mandato 60. de procur. l. præses, C. de transact.* alienatio quoque rerum domini, quam non exigit ratio administrationis, *l. procuratorem tutorum 63. de procur. junct. l. 12. & ult. de cur. fur. l. procuratorem 16. Cod. de procur. l. 1. §. 1. de off. procur. Cæs.* Hinc cui simpliciter rerum gerendarum provincia demandata est, rem domini in judicium deducit, *l. 12. de pact.* quod illis tantum licet, qui domini loco habentur, *l. tutor 22. & l. 27. de adm. tut.* potest exigere & accipere, *l. 11. de pact. l. qui hominem 34. §. 3. de solut.* creditoribus solvere, *l. quodlibet 87. eod tit.* novare, *l. 20. §. 1. de novat.* potest transigere, pacisci, jusjurandum deferre, *d. l. præses. C. de transact. d. l. 12. de pact. l. jusjurandum 17. §. ult. de jurejur.* modo ea faciat in re dubia & probationibus deficientibus, *arg. l. tutor. 35. d. tit. de jurejur.* Potest rem domini pignori dare, si mandatum accepit ab eo, qui sub pignoribus solebat mutuas pecunias accipere, *l. 12. de pign. act.* potest vendere ea, quæ servando servari non possunt *l. procurator. 63. de procur.* & quatenus negotiorum exigit administratio, etiam alia quædam ob magnam utilitatem alienare, *arg. l. 12. & l. ult. de cur. fur.* Non debet plus licere ei, cui libera administratio permissa est: ut enim maximè libera sit, administratio tamen est, nihil amplius. Quod

Quod igitur de hujusmodi procuratore traditur, posse eum aliud pro alio permutare, *l. procurator. 58. de proc.* hoc & in superiore verum est: in utroque autem sic accipiendum, si conditio & ratio administrationis id flagitet: eodemque modo etiam accidebet, quod hoc loco & apud Gajum *d. l. 9. §. 4. eod.* relatum est, procuratorem cum libera rem ex negotiis sibi commissis vendendo & tradendo facere accipientis. Planè potest mandatum ita concipi, ut post generalem clausulam quædam etiam specialiter exprimantur, quæ, alioqui aut non concessa, aut non tam planè concessa intelliguntur, ut in specie *l. creditor. 60. §. Lucius. mand.* Argumentum quod ab administratione peculii sumptum ad distinctionum suam probandam DD. afferunt, nullum est, & distinctio administrationis peculii in simplicem & liberam ex *l. 10. C. quod cum eo qui in al. pot.* ipsa quoque suspecta, confer *l. si convenerit 18. §. ult. de pign. act. l. si quis 41. §. ult. de rei vind. l. pen. §. 3. de div. & temp. præsc. l. 13. in fin. de cond. ind. l. libera. 48. pr. & §. 1. de pecul. l. ult. de novat. l. contra 28. §. 3. de pact. l. 8. §. an. pacisci. 5. quib. mod. pign.* Atque hoc etiam Vaudus animadverit *d. loc.* qui etiam contendit, plus licere filiofam. aut servo liberam peculii administrationem habentibus, in administratione rei peculiaris, quam procuratori universorum bonorum in rebus mandatis; propterea quod peculium est quasi proprium patrimonium servi filiivefamilias, à substantia & rationibus domini patrisve separatum atque abstractum, *l. 5. l. peculium 39. de pecul.* quod longè diversum sit in procuratore. Ad hæc unam eademquæ servi & domini, unam patris & filii personam videri, *l. 10. de opt. leg. l. ult. in fin. C. de impub. subst. §. 4. & §. post mortem 12. infr. de inut. stip.* Utcumque sit, certe alienationem, ut donent, aut jus aliquod gratuito remittant, vi generalis mandati non habent. *l. 3. §. si servum 8. de don. int. vir. & uxor. l. 1. §. 1. quæ res ping. dat. l. 7. de donat. l. 3. §. 2. verf. si filiusfam. de Sen. Mac. l. contra juris 28. §. 2. de pact.*

TEXTUS.

De quasi traditione. Si traditio ex alia causa præcesserit.

43. Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam: veluti si rem, quam tibi aliquis comodaverit, aut locaverit, aut apud te deposuerit, postea aut vendiderit tibi, aut donaverit, aut dotis nomine dederit. Quamvis enim ex ea causa tibi eam non tradiderit, eo tamen ipso, quod patitur tuam esse, statim tibi acquiritur proprietas, perinde ac si eo nomine tibi tradita fuisset.

NOTÆ.

43. *Perinde ac si eo nomine*] Fictione scilicet brevis manus, ut una actio hic occultetur, *l. 3. §. pen. D. de don. int. vir. & ux.* Fingitur res ex priore causa restituta, & ex posteriore denuo tradita.

COMMENTARIUS.

Dictum est in explicatione *§. per traditionem sup. eod.* dominia rerum transferri non nudis pactis, sed traditione. Nihil autem interesse, verè traditio fiat & naturaliter, an fictè & per repræsentationem. Fictæ traditionis usus in rebus incorporalibus necessarius est; utpote quæ natura traditionem non recipiunt, *l. servus 43. §. 1. hoc tit.* pro traditione autem in his, est utendi concessio, *l. ult. de serv. l. 3. de usufr.* In aliis rebus propter commoditatem recepta, quo expeditior esset ratio commerciorum: & in his rebus fingitur traditio intervenire, si ea vel nota sive symbolo aut alia re quapiam repræsentetur, vel res geratur brevi manu. De ea, quæ symbolo fit, dicetur §. proximo. Fictione brevis manus traditio fit, cum vel rem meam, quæ apud te sit ex alia causa, tibi vendo aut dono: ad quam speciem pertinent exempla hoc §. proposita ex Gajo *l. 9. §. interdum eod.* vel cum eum, qui mihi dare volebat, aut debebat, jussero tibi dare, *l. 3. §. pen. & ult. de don. int. vir. & ux.*

Nuda voluntas] Non quæ planè & per se nuda sit, aut præter consensum nihil habeat, quemadmodum, cum dicimus, ex pacto nudo actionem non nasci, nudum intelligimus, quod simpliciter nudum est, hoc est, tale, quod præter conventionem nihil causæ habeat ad obligandum eum, qui pactus est, *l. 7. §. 4. de pact. l. 10. C. eod.* Nam cum ne actio quidem ex hoc genere pacti competat ad dominium adipiscendum, plusquam manifestum est, dominium ex eo transferri non posse. Non etiam quæ nuda sit ab omni traditione: quomodo nuda pacta accipimus, cum traditionibus in genere opponuntur, *l. traditionibus C. de pact.* & pignus nuda conventione contrahi dicitur, qua convenit ut res pignori sit sine ulla traditione, *l. 1. de pign. act.* Sed nuda ex comparatione ejus rei, cui hoc loco opponitur, id est, nuda à vera & naturali traditione, quæ causam transferendi sequatur. Nam si nuda sit ab omni non tantum reali, sed etiam ficta & symbolica traditione, sola voluntas dominium transferre non potest. Eodem sensu quarundam rerum possessio animo apprehendi dicitur, *l. antepen. de acq. poss.* nimirum oppositivè ad actualem & naturalem apprehensionem.

Commodaverit, locaverit, aut apud te deposuerit] Vel etiam pignori tibi dederit, *l. 9. §. 1. de publ. in rem act.* Nec videberis causam possessionis tibi mutare, qui ne possidebas quidem, *l. 3. §. sed si, 20. de acq. poss.*

poss. Sed & si rem meam possideas, & eam tibi vendam aut tibi habere jubeam, fiet tua, quamvis possessio apud me non fuerit, *l. si servus* 21. *§. hoc tit. l.* 10. *de donat. l. si rem* 62. *de evict.* Ad hoc genus fictæ traditionis etiam pertinet species *l.* 3. *§. pen. & ult. de don. int. vir. & ux.* si id quod alius mihi dare volebat, jusserim Titio dari; quamvis fictio nonnihil dissimilis & inter tres personas.

Perinde ac si eo nomine tibi tradita esset] Apparet, hic actum aliquem adsciscі sive fingi, qui pro traditione sit; cum causam transferendi nulla sequatur traditio secundum ordinem naturæ: & ideo in proposito dicitur res pro tradita haberi, *d. l. si rem de evict. & hoc §.* dominium transferri nuda voluntate. Fictio sive cogitatio talis est: creditur res tibi commodata aut apud te deposita, domino, qui eam postea tibi vendidit aut donavit, restituta, atque ab eo mox ex ea causa tibi tradita. Quod à Consultis ideo excogitatum est, quia hoc modo celerius & sine inutili circuitu ad finem propositum perveniatur, *d. l.* 3. *§. pen. de don. int. vir. & ux.* Unde in simili, si debitorem meum jusserim tibi dare, fingitur brevi manu acceptum à me, & tibi datum; ut una actio hic occultetur, *d. l.* 3. *§. pen. & ult. l. licet* 43. *§.* 1. *de jur. dot.* Eadem fictio intervenit & in iis, quæ singulariter circa pecuniam creditam recepta esse scribit Ulpian. *l. singularia* 15. *de reb. cred.* sive res geratur inter tres personas, veluti si Titium pecuniam, quam mihi debebat, jusserim Sejo mutuo dare: sive inter duas, puta si convenerit, ut pecuniam, quam tu mihi ex mandati causa debes, crediti nomine retineas. In utraque enim hac specie fingitur mihi data pecunia, & à me ad te aut ad Sejum profecta: quanquam Africanus stricti juris retinentior fictionem istam non videtur admittere in specie posteriore, *vid. l. qui negotia* 34. *mand.* ejusque interpretem Cujac. 8. *ad African.* Sunt tamen qui putant, absentiam debitoris impedire fictionem brevis manus, quasi factum fingi non possit jure, nisi & per rerum naturam fieri potuerit, *per l. falsus* 43. *§.* 2. *de furt.* & ideo Ulpiani sententiam admittendam censent, si debitor præsens sit & paratus pecuniam numerare: Africani, in debitore absente, aut qui pecuniam ad manum non habeat: quippe disertè Africanum loqui de eo, qui epistolam misit ad creditorem, ac proinde de eo, qui absit. *D. Don. in d. l. singularia de reb. cred. n.* 22. *& seqq.* ut ut sit, hoc jure nunc utimur, ut absentia hujusmodi fictiones non impediat. Plura diximus *lib.* 1. *select. quæst. c.* 40.

Textus.

De traditione clavium.

44. *Item si quis merces in horreo depositas vendiderit, simul atque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem.*

Notæ.

Tradiderit emptori] Apud horreum, *d. l.* 74. in re præsenti, *l.* 1. *§. pen. D. de acq. poss.*

Commentarius.

Hoc §. agitur de eo genere fictæ traditionis, quæ nota aliqua aut symbolo veram repræsentat; cujus una species proponitur, si mercibus certo loco conclusis, quas dominus mihi traditas velit, claves ejus loci mihi tradantur, *ex d. l. qua ratione §. item si hoc tit.* Sunt autem hujus generis & aliæ species, veluti traditio instrumenti, quo tradito res ipsa, de qua alienanda in eo agitur, tradita & translata intelligitur, *l.* 1. *C. de donat.* Trabium & tignorum obsignatio pro eorum traditione valet, *l. quod si* 14. *§.* 1. *de per. & comm. rei vend.* Item custodis appositio, si res non facilè loco moveri possint propter magnitudinem ponderis *l. antepen. de acq. poss.* Potest & sine nota actus aliquis traditionem repræsentare: nam si in re præsenti & aperta dominus eam se mihi tradere dicat, ego sim hoc animo ut velim possidere hic placuit me possessione nancisci oculis & affectu, perindeque hoc haberi, ac si pedem finibus intulissem, corpore ac manu rem apprehendissem, *l.* 1. *§. pen. l. quod meo* 18. *§.* 2. *de acq. poss.*

Simul atque claves horrei tradiderit] Clavibus horrei aut cellæ traditis, etsi merces inclusæ, frumentum, vinum, oculis & sensibus non subjiciantur, earum tamen rerum possessio & dominium nobis acquiritur, haud secus ac si res ipsæ conditæ nobis traditæ essent, *d. l. qua ratione §. item si d. l.* 1. *§. pen. l. clavibus* 74. *de contr. empt.* Cæterum hoc ita, si claves traditæ sint apud ipsum locum: in quo res conditæ sunt, *d. l. clavibus.* Nam & symbolica traditio talis esse debet, ut per eam res potestati nostræ statim subjiciatur: quod non fit, si alibi claves tradantur: & ideò rectè hoc expressit Theoph. ἐὰν παρεστὼς τῷ ὡρείῳ.

Textus.

De Missilibus.

45. *Hoc amplius, interdum & in incertam personam collata voluntas domini transfert rei proprietatem: ut ecce, prætores & consules cum missilia jactant in vulgus, ignorant quid eorum quisque sit excepturus: & tamen quia volunt, quod quisque acceperit, ejus esse, statim eum dominum efficiunt.*

Commentarius.

Etsi regulariter in translatione dominii non minus persona accipientis, quam tradentis certa esse debet, ut affectus ab utraque parte contrahentium concurrat, *l. in omnibus 55. de obl. & act.* evenit tamen interdum, ut dominium per traditionem transeat in personam accipientis incertam, veluti cum missilia jactantur aut sparguntur in vulgus, quod exemplum hoc loco proponitur, *& l. 9. §. pen. eod.* Etenim qui pecunias suas ita spargit aut projicit, in nullius certæ personæ destinationem fertur, & plane ignorat, quis quid earum rerum sit accepturus. Utique tamen qui palam est, velle eum, quod quisque ex sparso apprehenderit, id sibi habere, æquissimum est & naturali rationi consentaneum, ratam haberi domini voluntatem, *arg. §. per traditionem sup. eod.* Poterat videri, quod ita sparsum est, pro derelicto habitum, & ideo apprehendenti cedere jure occupationis rerum nullius: sed magis est, ut ex voluntate domini traditum sibi accepisse dicamus, cum in eum finem pecunia sparsa sit, ut statim apprehenderetur, & quantum apprehensum esset, fieret apprehendentis; quo animo non est is, qui rem pro derelicto habet.

Prætores & consules] Desunt hæc apud Gajum: & vix est ut reperias, magistratus populi Romani consules aut prætores missilia sparsisse. Principes id factitasse legimus apud Sveton. *in August. c. 98. in Caligul. c. 18. in Neron. c. 11.* Ut consules sparserint, è Græcorum consvetudine fluxisse videtur: quam Marcianus non sine causa sustulit, *l. 2. C. de consul. & non sparg. pec. lib. 12.* revocavit ad certum modum Justinian. *Nov. 105. c. 2. §. 1.* qua constitutione permittitur volentibus consulibus missilia spargere & muneribus honorare populum, dum ne id sæpius faciant, quam septies in anno, & in septem processionibus: nec aurum populo spargant, quod soli datur imperio. Hæc constitutio iterum abrogatur à Leone, ususque missilium consulibus in totum interdicitur, *Nov. Leon. 94.*

Textus.

De habitis pro derelicto.

46. *Qua ratione verius esse videtur, si rem pro derelicto à domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici. Pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abjecerit, ut id in numero rerum suarum esse nolit: ideoque statim dominus ejus esse desinit.*

Commentarius.

1. *Quæ requirantur, ut res pro derelicto habita censeatur.*
2. *Pro derelicto habita statim nostra esse desinere; alterius autem non fieri, nisi possessio eorum apprehensa fuerit.*

Res pro derelicto habita statim nostra esse desinit & nullius fit, ideoque secundum jus de rebus nullius occupanti conceditur. Pertinet igitur hic modus acquirendi ad inventionem, ut supra quoque monuimus §. *item lapilli eod.* Ad traditionem referri non potest, ut species superior: quia qui rem pro derelicto habet, quamvis intelligatur voluisse eam ejus fieri, qui primus eam sustulerit aut occupaverit, *l. 5. §. 1. pro derel.* non tamen ea mente eam abjicit aut deserit, non laborat ut alius eam accipiat, quod facit is, qui pecuniam spargit. Sparsio species donationis est, & liberalitas, qua, qui spargit, populum demereri studet: abjectione autem aut desertione hoc saltem agitur, ut ne res amplius in bonis sit.

Quod dominus ea mente abjecerit] Duo exigit hæc 1 definitio, ut res pro derelicto habita censeatur: primum ut quis rem suam amplius esse nolit: tum ut quam non vult amplius suam esse, eam abjiciat aut deserat: alterutrū si desit, dominium non amittitur. Fac ergo, rem à domino abjici aut deseri, non ea tamen mente, ut eam à se amoveat, ut amplius suam esse nolit: nihil hic amittitur, *§. seq.* Fac è converso, nolle amplius suam esse, nisi eam abjiciat, aut si immobilis est, ab ea discedat hoc animo, ut eam amplius habere nolit: dominus esse non desinit: in quo dominium differt à possessione, quæ solo animo amittitur, *l. si quis 17. §. 1. de acq. poss.*

Ideoque statim dominus esse desinit] Res pro derelicto habita statim ut abjecta aut deserta est, nostra esse desinit: quia iisdem modis res desinunt esse nostræ, quibus nostræ fiunt, *l. 1. pro derel.* Unde rectè à Juliano notatur Proculus, qui putabat dominium rei pro derelicto habitæ tunc demum à nobis abire, cum ab alio occupata esset, *l. 2. §. 1. d. tit.* sic enim fieret, ut si quis eam rem furandi animo abstulisset, furtum commisisse intelligeretur: quod est absurdum, *l. falsus 43. §. 5. de furt.* Quod si dominus non sit, à quo res derelicta est, non fit statim occupantis; sed poterit, qui occupavit, eam usucapere, *l. 4. pro derel.* Illud constat, pro derelicto habita, ut cætera, 2 quæ nullius sunt, non acquiri ei, qui primus ea videre cœpit & notare oculis, sed qui primus possessionem eorum nactus sit. Sic Acanthos insula deserta adjudicata fuit Chalcidensibus, qui priores intraverant, non Andriis, qui priores jaculum immiserant, *Plutarch. qu. Græc. 29.* quoniam possessionis initium, est corporis ad corpus adjunctio: qualis circa

res

res mobiles maximè fit manibus; circa res soli, pedibus. *D. Grot. mar. lib. c. 2.* Sunt qui pro derelicto habita fisco nunc adscribenda tradunt *D. Cyprian. Regn. cens. Belg. hic post Zypæ notit. jur. Belg. tit. de jur. fisc.* quibus non assentior, per ea, quæ nos *ad §. 39. sup. eod. & Grœnevv. de ll. abrog. ibid.*

TEXTUS.

De jactis in mare levandæ Navis causa. Item de his quæ de rheda currente cadunt.

47. Alia sanè causa est earum rerum, quæ in tempestate levandæ navis causa ejiciuntur: hæ enim dominorum permanent: quia palam est, eas non eo animo ejici, quod quis eas habere nolit, sed quo magis cum ipsa navi maris periculum effugiat. Qua de causa si quis eas fluctibus expulsas, vel etiam in ipso mari nactus, lucrandi animo abstulerit, furtum committit. Nec longè videntur discedere ab his, quæ de rheda currente, non intelligentibus dominis cadunt.

NOTÆ.

47. *Furtum committit*] Hujus loci interpretem habes Ulpian. *d. l. 43. §. pen. & §. 4. cum aliquot seqq. D. de furt.*

COMMENTARIUS.

1. *Quæ levandæ navis gratia ejiciuntur, non eo animo abjici videri, quod quis ea habere nolit.*
2. *Eum, qui alienum quid in via jacens lucri faciendi causa tollit, furti obstringi, licet ignoret cujus sit.*
3. *Quid, si nemo rem inventam post proclamationem repetat.*
4. *An præmium indicii honestè peti possit.*
5. *Quid circa res ejectas aut naufragio perditas hodiernis moribus obtineat.*

EX iis, quæ præcedenti §. dicta sunt, intelligi potuit, pro derelicto habendum non esse, quod dominus non ideo abjecit, quia amplius suum esse non vult, sed alia mente: ac proinde id ejus, qui abjecit, manere, nec fieri apprehendentis. In hoc §. declaratur exemplo rerum in tempestate levandæ navis causa ejectarum.

1 *Non eo animo ejici, quod quis eas habere nolit*] Qui oborta tempestate levandæ navis gratia res aliquas projiciunt, non hanc mentem habent, ut eas pro derelicto habeant: quippe si invenerint, ablaturos; & si suspicati fuerint, in quem locum ejectæ sunt, requisituros: sed ut levata nave maris periculum effugiant. Perinde igitur hoc est ac si quis onere pressus in viam rem abjecerit, mox cum aliis reversurus, ut eam auferat, *l. 8. ad leg. Rhod.* quam ob causam res ita jactas dominorum permanere rectè hic concludit Justinianus cum Gajo *in l. 9. §. ult. hoc tit.* & Paulo *l. 2. in fin. ad leg. Rhod. fac. l. si quis merces pro derel. l. interdum 21. §. 1. de acq. poss. l. quæcunque 58. hoc tit.* Cum his tamen Ulpianum committit Hotomannus, existimans, eum à cæteris omnibus dissensisse, ac putasse, jactum fieri animo derelinquendi, aut saltem credendum esse, plerumque eo animo fieri, & quasi periturum sit, quod jactatur: sic enim scribit in *l. falsus creditor. 43. §. pen. de furt.* Respondet Wesembecius, Ulpianum eo loco de jactu spontaneo loqui, de eo videlicet, qui simpliciter nec urgente ulla necessitate res aliquas in mare projicit: hunc in hac actione merè voluntaria credibile esse pro derelicto velle habere id, quod videtur ut periturum jactare. Quam responsionem, licet eam ut ineptam explodat Bachovius, locus ipse non parum juvat, nam ex fine *d. §. pen.* manifestum est, Ulpianum distinxisse inter id, quod simpliciter & non simpliciter jactatum sit.

Cum ipsa navi maris periculum effugiat] Mercator nunquam mercium suarum jacturam faceret, nisi speraret majus se malum hoc pacto declinaturum, mortem nimirum. Facit igitur hoc ἑκὼν ἀέκοντί γε θυμῷ, ut hæc actio mixta sit ex spontaneo & invito. Invita est, si causam spectes, quæ extrinsecus impellit, ut jactura fiat: spontanea, si causam proximam & principium internum, consilium mortis evitandæ. Quin etiam plus voluntarii quam inviti hujusmodi actiones habent: nisi enim voluntate consentiente fierent, in exequendo ministerium non præberent membra corporis. Consule *Aristot. 3. eth. 1.*

Lucrandi animo] Secus est, si hoc animo, ut rem salvam faceret & restitueret domino, aut si, putans, simpliciter sive sponte jactatam prove derelicto habitam, *d. l. falsus creditor. §. pen. & §. sed si 6. de furt.* Bene hoc intellexit Dæmones in Rudente Plautina, qui vidulum à servo suo in mari repertum alienum esse judicat, non suum, *act. 4. scen. 2.*

Quæ de rheda currente cadunt] Comparantur res 2
in tempestate ejectæ cum his, quæ iter facientibus decidunt de curru, aut quæ imprudentibus excidunt in via, quas certum dominorum permanere, eumque qui alienum quid jacens in via lucri faciendi causa tollit, furti obstringi: in tantum ut nihil intersit, sciverit, an ignoverit, cujus essent: nihil enim ad furtum minuendum facit, quod, cujus sit, ignoret, *d. l. falsus, §. qui alienum*, quippe cum omnes scire debeant, quod suum non est, hoc ad

alios modis omnibus pertinere, *l. ult. C. unde vi.* At si non ut lucretur, sustulit, sed redditurus ei, cujus id esse postea apparverit, furti non tenetur. Proinde si nescit, cujus sit, rectè probeque faciet, si libellum proponat, continentem, invenisse se, & redditurum ei, quid suum id esse demonstraverit: hoc enim facto palam ostendet, se non tulisse eam rem animo
3 furandi, *d. l. falsus §. sed si 7. & seq.* Quid ergo, si post hujusmodi libellum propositum, aut (sicubi consvetudo) post insinuationem præconis voce factam, nemo sese offerat, qui rem inventam ut suam repetat? Poterit inventor, si pauper est, eam sibi ceu munere Dei collatam retinere: sin dives est, bene & piè fecerit, si in usus & alimoniam pauperum eam convertat, ita *Bart. ad d l. falsus §. qui alienum Fab. Can-*
4 *tiunc. Schneid. hic.* Qui hoc obiter etiam tractant, an is, qui rem alienam invenit & indicavit, si nihil impensæ ejus gratia fecit, præmium indicii honestè petere possit: & ajunt, non posse, quamvis ultro oblatum honestè accipiatur: quod etiam satis apertè significat Ulp. *d. l. falsus §. quid ergo 9.* ubi pro eo, quod in vulgatis editionibus omnibus atque in ipso etiam Pisano codice legitur, *Quid ergo, si εὕρετρα, quæ dicunt, petat,* &c. Budæus ex vestigiis exilibus antiqui exemplaris, ut ipse ait, restituit; *Quid ergo, si ea, quæ dicunt Græci μήνυτρα, petat*, sed nulla necessitate: nam εὕρετρον non minus Græcum est, quam μήνυτρον, atque ut hoc præmium indicinæ, ita illud præmium inventionis significat. Illud non ambigitur, posse, si res nondum reperta est, ejus perquirendæ nomine & peti honestè indicium & accipi, *fac. l. 4. §. si tibi de cond. ob. turp. ca.* Hac eadem in causa sunt etiam bona naufragorum; & peculiaris etiam pœna in eos, qui quid eorum in littus expulsum surripuerunt, nova lege constituta est, publicatio omnium bonorum, *auth. navigia. C. de furt.* quæ desumpta est ex constitutionibus Frederici Secundi *de statutis & consvetudinib. contra ecclesiæ libertatem editis tollendis coll. 10.* De rebus in tempestate ejectis aut naufragio perditis, inque littore inventis aut extractis è mari, idem in hac regione antiquitus jus fuit, quod nunc Principum ferè omnium maris accolarum commune est, fisco statim ut vindicarentur: adeoque ipsa etiam fragmenta & tabulas quassatarum scopulisque illisarum navium. Cæterum aucta navigatione inque dies magis magisque increscente, visum est placitumque Ordinibus hujus provinciæ, ut suas cuique res ruptas deperditasque repetere liceat; modo id faciat intra annum & sex septimanas, impensæque refundantur, quæ fortè factæ sunt ab harum rerum susceptoribus. Hoc tempore elapso publicantur, & fisco acquisitæ esse intelliguntur, *placit. Van de Zeedristen, Phil. 2.* qui tamen facilè patitur eas redimi, *Grot. 2. manuduct. 4.* Graviter in præcipitem illam publicationem rerum ad littus ejectarum *lib. 1. de repub. c. 10.* invehitur Bodinus: *Barbarum id quidem, inquit, & antiquis inusitatum, ut, cujus opes ac fortunæ naufragio miserè perierint, & quem nostris opibus sublevare debeamus, ejus reliquias, quas ad littus ejectas bona fide restituti oportebat, turpe diripi patiamur. Sic tamen,* inquit, *vivitur, ut, qui portus habent, eam crudelitatem in cives tum in peregrinos exequantur. Ius quæris? Error jus facit: at si non peccatur errore, sed scientia, scelus est, quod erroris specie prætenditur.* Mera sanè injuria est, nulla probabili causa præcedente suum alicui auferre: atque ob id antiquis semper religiosum fuit bona naufragorum fisco addicere. Extat constitutio Constantini in *C. Iustin. tit. de naufrag. lib. 11.* in hæc verba; *Si quando naufragio navis expulsa fuerit ad littus, vel si quando aliquam terram attigerit, ad dominos pertineat; fiscus meus sese non interponat. Quod enim jus habet fiscus in aliena calamitate, ut de re tam luctuosa compendium sectetur?* Bene Euripides *in Helena*;

Ναυαγὸς ἥκω ξένος, ἀσύλητον γένος.

Dion Prusæensis *orat. 7.* de naufragio locutus: Μὴ γὰρ εἴη ποτε, ὦ Ζεῦ, λαβεῖν μηδὲ κερδᾶναι κέρδος τοιοῦτον ἀπὸ ἀνθρώπων δυστυχίας. Potest etiam huc accommodari locus Cassiodori, *lib. 4. var. 7.* ubi sic scribit; *Crudelitatis genus est, ultra naufragium velle desævire, & illos ad dispendia cogere, quibus inopem vitam probantur immania elementa dedisse, add. auth. navigia, C. de furt. Gail. 1. obs. 18. Gudelin. lib. 5. de jur. nov. cap. 10. Christin. vol. 5. decis. 64. Grot. de jur. bell. & pac. lib. 2. c. 7. in pr. Grœnevv. de legib. abrog. ad l. 1. C. de naufrag. & ibi alleg. Mornac. ad l. 2. in fin. l. 4. §. 1. l. 9. & ibid. not. nostras ad Pet. Peck. de leg. Rhod.* Doctiss. Salmasius *cap. 5. de mod. usur.* putat, non Constantinum, sed Antoninum auctorem esse memoratæ constitutionis sub *tit. C. Iust. de naufrag.* id stylum ostendere, & veteres libros testari, nec relatam esse sub eod. tit. in Cod. Theodosianum, quod & D. Contius antea observavit. Ea autem constitutione Antonium abrogasse legem Rhodiam, qua parte naufragia fisci esse, & ad publicanos pertinere sanxerat, τὰ ναυάγεια τῶν τελωνῶν εἶναι. atque esse hanc constitutionem posteriorem rescripto ejusdem Antonini, quod extat *in l. ἀξίωσις, de leg. Rhod.* quo naufragos ad legem Rhodiam remisit. Ostendit etiam, rescriptum istud multis modis corruptum esse; & in d. constitutione pro, *vel si quando reliquam terram attigerint*, ut omnes libri scripti habent, legendum, *vel si quando reliqua terram attigerint.* Nec dubium, quin *in d. l. ἀξίωσις 9. de leg. Rhod. pro* ὑπὸ τῶν δημοσίων, ex ejusdem Salmasii sententia, quam & Grotius probat, reponendũ sit, ὑπὸ τῶν δημοσιωνῶν, id est, τελωνῶν, à publicanis.

TITU-

TITULUS II.

De rebus corporalibus & incorporalibus.

Continuatio.

Uæ de acquirendo jure gentium dominio dicta sunt titulo præcedenti, ea pertinent duntaxat ad acquisitionem earum corporalium. Sunt autem & res quædam incorporales, quæ & ipsæ in patrimonio sunt, & suis quoque modis, prout earum fert natura, tum jure gentium tum civili singulis acquiruntur. Non est igitur principalis divisio quædam rerum privatarum, sive earum, quæ in bonis aut patrimonio sunt. Gajus hanc principali continenter subjecit, *l.1. §. 1. de rer. div.* unde hunc transtulit Justinianus.

TEXTUS.

Secunda rerum divisio.

Quædam præterea res corporales sunt, quædam incorporales. Corporales hæ sunt, quæ sui natura tangi possunt; veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, & denique aliæ res innumerabiles. Incorporales autem sunt, quæ tangi non possunt: qualia sunt ea quæ in jure consistunt, sicut hæreditas, usufructus, usus, & obligationes quoquo modo contractæ. Nec ad rem pertinet, quod in hæreditate res corporales continentur: nam & fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt: & id quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia: nam ipsum jus hæreditatis & ipsum jus utendi fruendi, & ipsum jus obligationis corporale est. Eodem numero sunt & jura prædiorum urbanorum & rusticorum, quæ etiam servitutes vocantur.

NOTÆ.

Quædam præterea] Totus hic titulus descriptus est ex Cajo *l.1.§. 1.D.de rer.div.*

Pecunia] Hic apertè pecunia inter res corporales numeratur, ut & apud Cajum *d. l.* 1. & nihil notius est, quam nummos æquè ac cætera corpora vindicari posse, *l.14.de reb. cred.§.ult. inf. quib. al. lic.* opponuntur interdum corpori, *l.46. D.de cond. ind. l.5.pr. de imp. in rem. dot. l. ult. de adim. leg.* at tunc non omne corpus simpliciter, sed certum intelligi debet, *l.68.D.ad sen.Treb. l.10. C. de accept.* & in quo præter corpus nihil consideratur.

Ipsum jus hæreditatis] Cajus *ipsum jus successionis* à quo & hæreditas definitur successio in universum jus, quod defunctus habuit, *l.24.de verb.sign.* sed hæc impropriè: nam succedere non hæreditatis est, sed hæredis. Hæreditas autem est res acquisitioni subjecta, & quæ hæredi per successionem acquiritur. Jus vero dicitur, quia universitatem denotat, patrimonium defuncti cum oneribus; non res singulas seorsim, *l. 119.l.208.d.t.* Hæc plana præ iis, quæ alii.

COMMENTARIUS.

1. *Inter res corporales etiam nummos rectè numerari.*
2. *Ea, quæ in jure consistere dicuntur, non esse mera entia rationis.*
3. *Quo sensu hæreditas, usufructus, obligatio, jura dicantur: & rebus ipsis opponantur.*
4. *Hæreditatem propriè neque successionem esse, neque jus succedendi, neque rem, quæ succedit, sed jus, quod per successionem acquiritur.*
5. *Iura prædiorum quo adspectu servitutes dicantur.*

S*Vi natura tangi possunt*] Hoc est, quæ sub tactum cadunt, quas si præsentes sint, corpore & manu apprehendere, cæterisque sensibus percipere possumus. Ait autem, hujusmodi res esse fundum, hominem, &c. fundum, puta Tusculanum; hominem, Stichum: res, nimirum singulares & substantias primas. Nam secundæ sive universalia à sensibus remota sunt, *Aristot. 1. analyt. c.31.* Utrum autem universalia sint merum opus intellectus & figmenta phantasiæ, an quid realem essentiam habens & revera subsistens in rebus singulis, philosophorum disputatio est.

Aurum, argentum] Non tantum rude, sed etiam signatum, nummi aurei aut argentei, licet contra disputet D. Hotomannus *illust. quæst.* 15. Nam oppositum est in apposito, sive contradictio in adjecto, si quis dicat argentum signatum corpus non esse. 1 Spectatur quidem in pecunia maximè valor publicus, *l. 1. de contr. empt.* & respectu hujus valoris nummus nonnunquam opponitur iis rebus, in quibus præter corpus nihil consideratur, ut in *l. qui hæredis 46. de condict. ind.* Cæterum qui nummos & pecuniam

niam negant aliud esse aut significare, quam valorem & quantitatem, næ illi vehementer falluntur: utique enim & materialiter pecunia considerari potest, cum materia pecuniæ, argentum, aurum, fundamentum sit valoris: de quo belle & docte Salmasius *lib. de usur. pag.* 455. Et corpora etiam in pecunia cogitari posse, non quantitatem duntaxat, testis est Papinian. *l. si is* 94. §. 1. *de solut.* Quin Justinianus hoc ipso tit. & Gajus *l.* 1. §. 1. *de rer. div.* expresse pecuniam inter res corporales numerant. Denique quid notius est, quam nummos æque ac cætera corpora vindicari posse? Nihil me movet, quod apud Pomponium *l. si pœnæ* 19. §. 2. *de cond. ind.* legitur; Si falso existimans me debere nummos solvere, qui partim alieni, partim mei fuerint, ejus summæ partem dimidiam, non corporum, me condicere: nam & si frumentum meum cum alieno, commixtum, cui non debebam, per errorem solvissem, responderet Jurisconsultus, non dimidiam partem corporum, sed quantitatis condicendam: neque tamen ex eo quisquam colligeret, frumentum rem esse incorporalem: sed habet hoc hanc rationem, quia confusim corpora mea & aliena solvi, non ut certas species, sed existimans, me debere certam quantitatem. Quid, quod eo ipso, quod ait me non condicere partem corporum, fatetur corpora esse. Nihil etiam quod Ulpian. *l.* 5. *in pr. de imp. in res dot.* scribit, deminutionem dotis per impensas necessarias fieri ipso jure, ubi non sunt corpora, sed pecunia: neque enim corpora pecuniæ opponit, ut non corpori: sed eadem ratione, qua eodem loco corpora opponit corpori æstimato, quod utique nemo dixerit rem esse incorporalem; & nimirum, ut res, quæ in specie restituendæ sunt, iis rebus opponuntur, quæ in genere functionem recipiunt. Constat enim, pecuniam esse rem fungibilem, cujusmodi res eodem jure ac obligatione in dotem dantur, qualis est in mutuo, ut scilicet soluto quandoque matrimonio, maritus non eadem corpora, quæ accepit, reddat, sed tantundem, *l. res in dotem* 42. *de jur. dot.* Idem respondendum ad *l. ult. de adim. leg.* Alibi cautius summa aut numerata pecunia non simpliciter corpori, sed certo corpori opponitur, *l. si hæres* 68. *pr. ad Sen. Treb. l.* 10. *de accept.*

Qualia sunt, quæ in jure consistunt] Res omnes, quæ tangi aut demonstrari non possunt, sed animo tantum cerni atque intelligi, incorporales quidem sunt: verum non omnium earum rerum consideratio Jurisconsulti propria est. Nam & angeli, & spiritus, & animæ res sunt incorporeæ. Illa quoque quæ à Cicerone in *Topic.* enumerantur, usucapio, tutela, gens, agnatio, quamvis harum rerum tractatio ad Jurisconsultum pertinet, non sunt tamen hujus loci, in quo de iis rebus agitur, quæ acquiri possunt, & patrimonium nostrum augent. Usucapio autem non est res, quæ acquiritur, sed causa & modus acquirendi; uti & gens & agnatio: gente enim & agnatione hæreditas obvenit. Tutela onus est & munus publicum. Quid est ergo, quod ait, *quæ in jure consistunt? Ius est*, inquit Wesemb. *intellectus seu recta ratio. Quæ igitur in jure consistunt, ut alia omnia, quæ sunt rationis, ea tantum intelliguntur*, inquit, *non sunt.* Ita loquitur Wesembec. quasi existimet ea, quæ in jure consistere dicuntur, esse mera entia rationis & intentionalia duntaxat: quomodo & D. Tuningius, qui ea dicit esse notiones & intelligentias; quas Platonici *Ideas* vocant: neque aliud judicium Donelli fuit *lib.* 5. *com.* 1. Sed quæso quid tam absurdum est, quam dicere, hæreditatem, bonorum possessionem, usumfructum, servitutes prædiorum, pignus, obligationes, actiones, figmenta esse intellectus, natura nihil esse? Amabo te, si tibi luculenta hæreditas relicta sit, aut opulenti patrimonii ususfructus somniumne esse putabis phantasiæ aut ideam Platonicam? quanquam sunt ἀψηλάφητα καὶ ἀμεταχείριστα. Sic autem habendum est, res hujusmodi in jure consistere dici & his corpora opponi, non quia revera & natura non sint, aut extra considerationem juris non subsistant, sed quia à jure quodammodo existentiam suam, hoc est, certam ac definitam formam acceperunt: quippe jus civile harum rerum naturam quasi pro arbitrio formare potest; cujusmodi potestatem in rebus corporalibus non habet. Atque hoc sensu accipiendum, quod Fab. & Ang. tradunt, ea dici in jure consistere, quæ à jure substantiantur, creantur & nominantur. Habent enim utique & veram suam essentiam, suntque omnino entia realia, sicut & quævis alia accidentia: ita propemodum & D. Bachovius.

Sicut hæreditas, ususfructus, usus, & obligationes] Hæc omnia hactenus quidem recte conjunguntur, quatenus jura sunt sive res incorporales. Cæterum dissimilis harum rerum ratio est, quatenus rebus ipsis opponuntur, ut mox ostendemus. Hæreditas universitatem bonorum significat, in quæ hæres succedit: & quia appellatione sua universim bona omnia & jura defuncti, etiã quibus ille aliis tenebatur, comprehendit, hac consideratione non inepte jus dicitur, *l. hæredit.* 119. *l. pecuniæ* 178. §. 1. *l. bonorum* 208. *de verb. sign.* Unde Papinian. *l. hæreditas* 50. *de her. pet. hæreditas*, inquit, *etiam sine ullo corpore juris intellectum habet*, add. *l.* 3. *de bon. poss.* Obligatio quatenus à parte debitoris consideratur, jus non est, sed vinculum juris, quo ille adstringitur ad dandum aliquid aut faciendum, *inf. de oblig. in pr.* A parte autem creditoris, qui debitorem ita adstrictum habet, non male jus dicitur, quod ex contractu acquiratur & numeretur in bonis. Etenim jus illud non est jus in re, sed tantum ad rem,

tu-

tribuens creditori actionem in personam duntaxat, non rei vindicationem, & ideo tractatio de obligationibus, earumque acquirendarum modis non est hujus loci, in quo Justiniano propositum est docere, quibus modis acquirantur jura in rem dominio non absimilia, sicut ipse apertè significat in *§. ult. de us. & hab.* & de obligationibus demum tractare incipit *tit. 14. l. 3.* In usu & usufructu, quatenus uterque ut jam constitutus & acquisitus consideratur, plus est: sunt enim hæc jura in re, quæ usuario & fructuario pariunt actionem confessoriam, quæ in rem est, *§. 2. inf. de act.* De horum constitutione & acquisitione agitur *tit. 4. & 5. hujus libri.*

Nam ipsum jus hæreditatis, &c.] Nemo est, qui non intelligat, usumfructum non esse idem, quod sunt ipsi fructus; cum sit jus fruendi, id est, percipiendi fructum rei. Obligationes quoque, nemo tam fungus est, qui non videat aliud esse, quam res in obligationem deductas. Quis enim putat, rem, quæ veniit, obligationem esse? At quo pacto hæreditas à rebus singulis hæreditariis secernatur, non usque adeo obvium. Quod Justinianus ait, ipsum jus hæreditatis incorporale esse, Gajus *l. 2. §. de rer. div.* dixit, ipsum jus successionis tale esse: & Africanus, *l. bonorum 208. de verb. sign.* hæreditatis appellatione jus successionis, non singulares res demonstrari. Quid ergo? estne hæreditas jus successionis? Si figuratè id accipias pro eo jure, quod per successionem acquiritur aut acquiri potest, concedo esse. Si propriè, nego. Quid enim aliud est jus successionis, quam jus succedendi? At jus succedendi ex testamento aut lege est, idque hæres habet priusquam hæreditatem adeat: hæreditatem autem non ante habet, quam eam adierit, *l. delat. 151. de verb. sign. §. ult. de her. qual. tot. tit. de acq. her.* Jus succedendi decedens intra annum transmittit ad hæredes suos; hæreditatem vero non transmittit, *l. cum in antiquioribus 16. C. de jur. del.* Aliud igitur est jus successionis, aliud hæreditas. Sed estne hæreditas ipsa successio? Sanè à nostris definitur successio in universum jus, quod defunctus habuit, *l. nihil. 24. de verb. sign. l. hæreditas 62. de reg. jur.* Verum & hoc impropriè dici de hæreditate fa-
4 tendum est: non enim ipsa hæreditas, sed susceptio hæreditatis, successio est; quippe succedere non hæreditatis, sed hæredis est: unde hæres passim universi juris successor appellatur. Ad eundem modum bonorum possessio definitur jus persequendi patrimonii, *l. 3. §. 2. de bon. poss.* nec tamen ipsa id jus est, sed agnita id tribuit bonorum possessori. Hoc ita esse cum per se liquidum est, tum confirmatur ex eo, quod de bonorum possessione, quæ effectu nihil aliud est, quam hæreditas Ulpian, *d. l. 3. in pr.* scribit, bona accipienda, esse universitatis cujusque successionem, qua succeditur in jus demortui, suscipiturque ejus rei commodum & incommodum. In jus demortui succedit, & commodum atque incommodum suscipit non hæreditas aut bonorum possessio, sed hæres aut bonorum possessor. Atque, ut verbo dicam, hæreditas, ut res cæteræ, objectum est acquisitionis, & res, de qua acquirenda agitur; successio, modus per quem illa acquiritur: jus succedendi; jus, quo delata acquiriri & obtineri potest. Quamobrem nec Theophilus rectè hæreditatem definit esse jus, quod alieni patrimonii me universalem dominum efficicit: non enim hæreditas id efficit, sed successio sive hæreditatis agnitio. Imo alienum istud patrimonium nihil aliud est simul sumptum, quam ipsa hæreditas. Nec Hotomannus jure carpit M. Tullium Ciceronem, quasi non satis intelligenter, nec ad subtilitatem juris civilis accommodatè hæreditatem definierit *pecuniam, quæ morte alicujus ad aliquem pervenit jure; nec ea aut legata testamento, aut possessione retenta sit;* cum hæreditas, ut ait Hotomannus, *non pecunia sit, sed jus acquirendæ pecuniæ, sive jus succedendi.* Quanto enim intelligentius & subtilius Cicero, quam Hotomannus, liquet ex iis, quæ jam dicta sunt. Neque pecuniæ verbum, quod pro genere Cicero posuit, quenquam offendere debet, cum etiam nostri testentur, pecuniæ appellatione res omnes & tam jura, quam corpora contineri, *l. pecuniæ 222. de verb. sign. August. de discip. Christi c. 6.* Totum quicquid homines possident, in terra pecunia vocatur, servus sit vel ager, arbor pecus, quicquid horum est pecunia dicitur, ut apud Græcos χρήματα *Olympidor. in Phædon. Plat.* ἄλλοι φασὶν, ὅτι χρήματα καλεῖ ὁ πλάτων πάντα κτήματα. Displicet etiam nunc mihi D. Donelli opinio, quam aliquando secutus sum, qui *l. 6. comm. 2.* hæreditatem esse contendit rem ipsam, quæ succedit in universum jus defuncti; propterea quod hæreditas jacens in quibusdam fingitur vicem personæ defuncti & domini sustinere, *l. hæreditas 34. & l. hæreditas 61. de acq. rer. dom.* Nam illa consideratione hæreditas non magis res dici potest, quæ quidem subjecta sit acquisitioni, quàm defunctus ipse, cujus personam repræsentare fingitur. Res ipsa loquitur, hæreditatem nihil aliud esse, quam patrimonium cujusque defuncti cum oneribus, *eens Overledens bœdel*, ut tribus verbis definit *D. Grot. 2. manud. 11.* ita tamen, ut appellatione sua universitatem demonstret, omniaque defuncti bona, jura, onera simul comprehendat, non res singulas seorsum, *l. bonorum 208. de verb. sign.* Atque hoc sensu jus dici, corporibusque quæ in hæreditate sunt, opponi arbitror.

Eodem numero sunt & jura prædiorum] Servitutes prædiorum, etiamsi corporibus accedant, incorporales tamen sunt: quippe jus prædii non pars prædii est,

est, sed qualitas, *l.* 14. *de serv. l.* 4. *in pr. si serv. vind. l. quid aliud.* 86. *de verb. sign.* Quod autem ait, jura prædiorum etiam servitutes vocari, non sic intelligi oportet, quasi eadem prorsus sint jura & servitutes: nam servitus propriè non jus, sed juris privatio & imminutio est: *l.* 5. §. *& belle* 9. *de op. nov. nunc.* verum, quod relata inter se sint, & illa vim habeant agendi, hæ patiendi significationem. In eo igitur cui debetur, eundi puta facultas, jus dicitur; in eo, qui debet, servitus est & juris imminutio. In illo servitus activè, in hoc passivè.

Titulus III.

Dig. lib. 8. t. 1. & 2. C. lib. 3. t. 34.

De servitutibus rusticorum & urbanorum prædiorum.

1. *Servitutis, qualem hic intelligimus, definitio, ejusque explicatio.*
2. *Species servitutis. Quid sit servitus prædii; quid ea requirat: de quo tamen latius num.* 4.
3. *Omnes servitutes prædiorum perpetuam causam habere debere: & quid veteres per causam perpetuam intelligant.*

Ervitutis & libertatis nomina etiam rebus inanimatis & brutis tribuuntur, sed per translationem & longè alio significatu, quam cum personæ servire dicuntur in disputatione de statu hominum. Illic suo quæque domino persona servit: libera est, quæ dominum non habet: at res servire dicuntur, non quæ domino suo serviunt, sed quæ domino suo non omnia officia præstare possunt, verum quædam præstare coguntur alteri & non domino: liberæ esse, quæ uni & soli domino omnia præstant, *quo fac. l. qui uti* 90. *de verb. sign.* Etenim quod ex re sua percipit dominus, id ei res ipsa ultra præstare videtur, libereque id facere, & cum quadam velut propensione voluntatis, quasi natura ita facta, ut id velit. Cum autem pati cogitur, ut quædam commoda alius percipiat, jam servire videtur, quasi amissa priore facultate, quæ ei pro libertate affingebatur. Vitiosa igitur planè est divisio, quâ servitus distribuitur in tres species; in merè personalem, merè realem, & mixtam: nam merè personalis, quæ hominum est, & sola proprie servitus, una cum reliquis, quæ tantum ἀναλόγως id sunt, quod dicuntur, eidem generi ut species ejusdem subjici non potest. Igitur servitus, qualem hic intelligimus, est jus in re aliena alteri constitutum, quod dominus, quod huic alteri commodum sit, aliquid aut pati in suo, aut in suo non facere cogitur. Dicimus, servitutem esse jus, habita scilicet relatione ad eum, cui constituta est: & video in omnibus suis speciebus ita eam à nostris definiri; in itinere, actu, via, aquæ ductu; *hoc tit. in pr. & l.* 1. *de serv. rust.* in servitutibus prædiorum urbanorum; §. *seq. & l.* 2. *de serv. præd. urb.* in usufructu, *pr. tit. seq. & l.* 1. *de usufr.* Per se autem servitus & respectu ejus, à quo debetur, non jus est, sed juris privatio aut immunutio, *l.* 5. §. 1. *& belle* 9. *de op. nov. nunc.* Ajo, esse jus, quo dominus aliquid pati in suo, aut in suo non facere cogitur, ex natura omnium servitutum, *l. quotiens* 15. §. 1. *de serv.* Pati in suo, puta re sua utentem fruentem, per fundum suum euntem agentem, aquamve ducentem, tignum in ædes suas immittentem. Non facere, veluti altius non ædificare, in suo non ponere, quod luminibus ædium nostrarum aut prospectui officiat, &c. Planè enim ita servitus constitui non potest, ut quis aliquid cogatur facere in suo, puta viridaria aut arbores prospectu nostri causa tollere, aut in suo pingere, quo amœniorem nobis prospectum præstet, *d. l.* 15. §. 1. obligatio hæc erit, non servitus constituta: & ideo prædio alienato non sequetur actio novum possessorem, ut fit ubi servitus constituta est, *l. cum fundo* 36. *de serv. præd. rust. l. neque* 19. *quib. mod. us. am.* sed in eum, qui id facere promisit, hæredemque ejus actio in personam dabitur, *l. actionum* 25. *de obl. & act.* in id scilicet, quod interest, si non fiat, quod promissum est: ut accidit in omni obligatione faciendi, *l.* 13. *in fin. de re jud. l. stipulationes* 72. *de verb. obl.* §. *ult. inf. eod.* Una servitus oneris ferendi à natura reliquarum nonnihil degenerat, de qua dicemus §. 1. *inf. hoc tit.* Quod adjeci de commodo, id finem servitutis respicit; neque enim ulla est servitus, quæ non commodi nostri causa constituatur, aut certè alicujus amœnitatis, *d. l.* 15. *in pr. de serv. l.* 3. *de aq. cott. & æst.* Non autem præcisè requiritur, ut præsens sit utilitas, sed sufficit, natura tale jus esse, ut aliquando usui esse possit: quomodo cum 2
D. Duareno accipienda *l. pen. de serv.* Porro species harum servitutum duæ sunt: quædam enim sunt rerum sive prædiorum, quibus in usu juris generis ferè nomen simpliciter tribuitur; quædam personarum. Sic autem distinguuntur non à re, quæ servitutem debet, sed ab ea re, cui debetur. Prædiorum igitur

igitur sunt, quæ debentur prædiis; personarum, quæ personis *l. 1. de ser. l. si mihi 20. §. ult. de serv. præd. rust. l. si quis 32. de usufr.* De servitutibus prædiorum agitur hoc tit. de personalibus tit. proximo & seq. Servitus prædii est, quæ prædio alieno imponitur ad vicini prædii utilitatem. Duo igitur hic prædia sint necesse est, quorum unius causa servitus constituatur, alteri imponatur: unum dominetur alterum serviat, *l. 1. §. 1. com. præd. §. 3. inst. hoc tit.* Requirimus in his prædiis vicinitatem: neque in rusticis tantum, quod D. Vultejus facit & Joan. Superior *ad l. 3. de serv.* verum etiam in urbanis, *l. 5. §. 1. de serv. præd. rust. l. si ædes 38. & l. seq. de serv. præd. urb.* Etenim vicinitatem non ex prædiorum conjunctione aut confinio, sed ex commoditate utendi metimur, ut intermedium prædium aut locus non officiat, si non impediat liberum usum servitutis, *l. 7. §. ult. l. ult. de serv. rust. præd. l. 7. §. 1. com. præd. l. 1. de serv. præd. urb. l. 4. §. ult. si serv. vind. l. servitutes 14. §. ult. de serv. l. si prius 17. §. 3. de aq. pluv. arc. Duar. & ad d. l. 14. §. ult. Don. 11. comm. 2. Cæpoll. 18. de serv. urb. præd. n. 2.* Omnes ve-
3 ro servitutes prædiorum, ut veteres definiunt, perpetuam causam habere debent, *l. foramen. 28. de serv. præd. urb.* Perpetuum illis est, quodcunque ex naturali causa oritur, & si non sit assiduum: ut ecce, aqua pluvia ex naturali causa oritur, etsi nō assidue pluit, *d. l. 28.* quod enim naturaliter fit, perpetuum videtur, licet non fiat assiduè, ut defectio lunæ, *Arist. 1. post 8.* Sed & quod ex facto nostro oritur, perpetuum habetur, si ejus causa prædium aut pars prædii parata est, ut fumi immissio, *l. 8. §. Arist. si serv. vind.* Causam servitutis vocant id, cujus aut arcendi à nostro, aut in nostro habendi gratia servitus constituta est; verbi gratia, in stillicidio & aquæ ductu, causa, ob quam hæ servitutes comparatæ sunt, est aqua; illic, ut ab ædibus nostris avertatur; hic, ut aqua ducatur & in nostro habeatur, *d. l. 28. l. 1. §. 4. de font.* Interpretes vulgo, dum distinguunt inter servitutes continuas & discontinuas, causam confundunt cum possessione. Facilè autem ex superiore definitione
4 colligere est, servitutem prædii non intelligi, quæ constituta est in prædio quidem alieno, sed ei, qui prædiū non habet, aut qui non habet vicinū, *l. 5. §. 1. de serv. præd. urb. l. Mela. 14. §. ult. de alim. leg.* aut etiam ei, qui habet vicinum, si non sit constituta illius prædii causa, & revera prædio utilis, *l. si ædes 38. de serv. præd. urb. l. 6. in pr. & §. 1. de serv. præd. rust.* eoque pertinet quod scribit Paul. *l. 8. de servit. ut pomum decerpere liceat, ut spatiari & cœnare in alieno possimus,* servitutem imponi non posse: nimirum quia hoc jus prædii nostri causa non constituitur, nec prædii nostri causam meliorem facit. Si quis igitur in fundo tale quid faciendi jus alteri concesserit, id personarum servitutibus adscribendum. Inde quoque est, quod servitus prædii non intelligatur, si in constituendo persona demonstrata sit, cui soli ea præstetur, licet ad utilitatem quoque prædii constituta sit, *l. 4. de serv. præd. rust.* Ita nonnunquam ex accidenti fit, ut natura servitutis alteretur, *add. Coras. ad d. l. 8. Don. 9. comm. 21. Wes. parat. de serv. præd. rust. num. 3.* Porro autem ut prædia vel rustica sunt, vel urbana, ita quoque & servitutes, quæ iis inhærent, vel rusticæ sunt vel urbanæ. Prædia rustica sunt loca ædificiis vacua, in urbe area, ruri ager, *l. fundi 211. de verb. sign.* non enim loco, sed materia & genere distinguuntur, ut postea plenius intelligitur.

TEXTUS.

De servitutibus Rusticis.

Rusticorum prædiorum jura sunt hæc: iter, actus, via, aquæductus. Iter, est jus eundi, ambulandi, hominis, non etiam jumentum agendi, vel vehiculum. Actus, est jus agendi jumentum, vel vehiculum. Itaque qui habet iter, actum non habet: sed qui actum habet, & iter habet, eoque uti potest etiam sine jumento. Via, est jus eundi & agendi & ambulandi, hominis: nam iter & actum via in se continet. Aquæductus est jus aquæ ducendæ per fundum alienum.

NOTÆ.

Ambulandi] Ire est transire, sive per alienum prædium in suum recta pergere: ambulare, animi gratia spatiari in secessibus, eandemque viam ire & redire, quod tamen hic non ut jus aliquod principale consideratur, sed ut illius juris accessio, & ita non obst. *l. 8. D. de serv.*

Non etiam jumentum] Jumento vehi potest; jumentum, ἀχθοφόρον κτῆνος, agere non potest.

Etiam sine jumento] Ex tacita voluntate & sententia constituentis, *arg. l. 21. de reg. jur.* secus, si contra expressè convenerit, *l. 4. §. 1. si serv. vind.*

Via in se continet] ἀστωδῶς, ut totum partes, arg. *l. 13. §. 1. de accept.* Itaque via per se intelligi non potest sine jure eundi. &c. *l. 13. D. de servit.* nihilque mutandum in definitione viæ, qua una præcedens utraque rectè comprehensa est. De differentiis actus & viæ v. Cujac. 22. *obs. 35. l. 7. l. 8. l. 12. §. 1. S. P. R.*

COMMENTARIUS.

1. *Eum, qui iter habet, rheda vehi non posse, contra Cæpollam.*
2. *An spatiari voluptatis aut valetudinis causa, vel equum manu ducere, gestandi gratia paratum.*

3. *Ei, qui actum habet, licere & armenta agere, nec tamen ideo pro* jumentum *reponendum* armentum.
4. *In definitione actus malè D. Hotomannum pro* vel vehiculum *reponere* non etiam vehiculum.
5. *An actui insit & iter sine jumento.*
6. *In definitione viæ nihil mutandum, & quid inter viam & actum intersit.*
7. *De aquaductu quædam observatu digna.*

SErvitutes rusticorum prædiorum sunt, quæ prædiis rusticis inhærent. Sunt autem longe plures, quam hic enumerantur. D.Donellus 11.*comm.* 6. doctrinæ causa ad tria genera eas revocat; nam, ut eleganter & eruditè ostendit, aut eo pertinent, ut per alienum fundum ad nostrum perveniatur, eove quid accedat; aut ut quid ex vicino sumere liceat, quod ad usum prædii nostri aut pecorum, quæ prædii causa habentur, transferatur; aut ut prædium nostrum onere, quo intus premitur, exoneretur. Ad primum genus pertinent quatuor illæ, quas hic explicat Justinianus post Ulp. *l.* 1. *de serv. præd. rust.* Secundi generis exempla sunt in §.2.*inf.* & *d.l.*1.§.1. *eod.* tertii *l.* 3. §. 1. & 2. *eod.* item exemplum, quod proponitur *l. is qui* 29. *eod.* ut aquam aperto sulco educere in fundum vicini liceat. Singula fusius explicat Don. *d.c.*6. & 2. *seqq.*

Iter est jus eundi, ambulandi] Jure eundi continetur & qui lectica aut sella, item qui equo vehitur *l.* 7. *l.* 12. *eod.* parum enim referre visum est, suis pedibus quis utatur in eundo, an alienis. Quod autem Cæ-
1 polla *de serv. rust. præd. c.* 1.*n.*4. & 5. putat, eum, qui iter habet, etiam rheda aut curru per duos equos vehi posse, modo rebus aliis rheda non oneretur, vereor ut defendi possit: non enim par ratio est lecticæ, quæ à lecticariis gestatur, & currus, quem jumenta trahunt. Jumenta cum curru agere, non est ire, nec ejus, qui iter habet, sed qui habet actum aut viam. Moribus nostris tres diversæ servitutes sunt, *voet-padt, rypadt, dreef*, id est, actus.

Ambulandi] Id est, commeandi ultro citroque eundi ad fundum nostrum & inde redeundi, quoties lubet. An igitur & spatiandi voluptatis aut valetudi-
2 nis causa? Ita quidem *D.Cujac.*22.*obs.*35.*Baro hic Don.* 21. *comm.* 6. Atqui ut spatiari liceat in alieno animi causa, prædii servitus imponi non potest: hoc enim personæ voluptatem respicit, non utilitatem prædii, *l.*8.*de serv.* unde D.Hotoman. verbo ambulandi nihil aliud hic significari existimat, quam commeationem ob res, prædio, iisve, quibus illic morari necesse est, utiles aut necessarias. Puto tamen dici posse, ambulationem istam hic non considerari, ut jus aliquod principale & per se, sed ut illius juris accessionem. Glossa verbum *ire* refert ad eum, qui vadit solus, *ambulare* ad eum, qui it cum socio: quod & Cæpolla facit *d.c.* 1.*n.*2. & sequitur *Schneid. hic n.* 11. Sed si quod uni concessum est, ad plures porrigimus, gravior fiet servitus: qua ratione Glossam improbat Porcius hic: quanquam sanè is, qui iter habet, cum alio ire prohibendus non est, si comitatus alterius spectet ad utilitatem solius prædii, cui iter debetur, ut bene D.Busius ad *l.* 1. *de serv. præd. rust.*

Hominis] Atqui diximus, eum, qui iter habet, etiam jumento ire posse. Nimirum etiam in eo spectamus hominem, qui ministerio jumenti in eundo utitur, ut causam principalem, non ipsum jumentum per se. Quod si quæras, cur hominis hic mentio fiat, cum item prædii servitus sit, non personæ; respondebimus, ut hinc removeantur pecora, quæ & ipsa cum aguntur, ire dicuntur: deinde non designari hic quamlibet personam, sed qui prædium habeat, cujus nomine eat. Nam hæ servitutes non ideo prædiorum dicuntur, quia personæ non competunt, sed comparatione facta ad jura merè personalia, quia non alii competunt, quam qui prædium habet.

Non etiam jumentum agendi] Ita & Ulp. *l.* 1. *hoc tit.* & *Paul. l.* 7. *eod.* Hoc autem haud dubiè accipiendum est de jumentis, quæ sarcinas portantes aguntur aut ducuntur. Nam si quis pedes ire malens in itinere descendat de equo, eumque manu ducat, cur id ei non liceat? aut cur per famulum non possit equus deduci ad dominum, ut rediturus eum conscendat, & eques remeet? *arg. l.* 12. *eod.*

Actus est jus agendi jumentum vel vehiculum] *d.l.* 1. *eod.* Jumenti appellatione non contineri boves, identidem relatum & responsum est, *l. ædiles* 38. §. *jumentorum* & 2. *seqq. de ædil. edict. l. legatis* 65. §. *antepen. de legat.* 3. *l. boves* 89. *de verb. sign. Paul.* 3. *sent.* 6. Columella quoque boves à jumentis, equis, asinis, mulis, passim segregat, ut *lib.* 1.*c.*6. *lib.*6.*c.*19. An igitur ei, qui actum habet, non licebit boves agere, & 4
generaliter armenta? Sanè vero. Disertè enim à Modestino scriptum est, actum esse, *ubi armenta trajicere liceat, l.* 12. *de serv. præd. rust.* Armentorum autem appellatione vel maximè boves continentur, *d.l. boves de verb. sign. l. servis legatis* 81. §. *armento de leg.* 3. Nec tamen ideo necesse est, ut cum Hotomanno pro *jumentum* reponamus *armentum*, contra fidem omnium exemplarium. Nam vel ἐν πλάτει jumenti vox hic accipi potest, ut & boves complectatur, cum & Isidorus boves inter jumenta referat: *lib.* 12.*c.* 1. & ipse Columella etiam his ex ratione originis nomen jumenti tribuere videatur: sic enim scribit *l.*6.*c.* 3. *Iumenta nomen à re traxerunt, quod nostrum laborem vel onera subvectando vel arando juvarent.* Jumentum igitur, ἀχθοφόρον κτῆνος, ἢ ὑποζύγιον. Quid si dicamus, exempli duntaxat causa jumenti mentionem factam? Ut enim reponas *armentum*, aut retineas *jumentum*, non continebitur verbis defini-

finitionis actus ovium, caprarum, & reliquorum minorum pecorum, quibus proprie gregis, non armenti aut jumenti appellatio convenit, *d. l. 81. §. armento de legat. 3. d. l. 38. §. 4. de ad. edict. l. 1. §. ult. de rei vind.*

4 *Vel vehiculum*] Hic iterum Hotomannus contendit legendum esse, *non etiam vehiculum*. Sed profecto nimis confidenter: non enim hoc tantum loco, verum etiam infinitis aliis jus agendi vehiculum actu contineri, à veteribus traditum est, *d. l. 1. l. 7. l. 12. eod. l. 11. quemad. serv. am.* idemque manifestè colligitur ex *l. 13. §. 1. de accept.* Nam si non actus, sed viæ proprium esset vehiculum agere, non debuit Jureconsultus liberare eum, qui viam promisit, si stipulator viæ iter & actum tantum accepto tulerit. At quo argumento convellere conatur, quod tam constanter traditur? Nimirum quia alioqui nulla futura sit inter actum & viam differentia. Sed hoc falsum esse ostendemus in explicatione definitionis viæ. Nihil Hotomannum juvat, quod scribit Pompon. *l. 13. de serv.* si via concessa sit tam augusti loci demonstratione facta, ut jumentum dumtaxat ea duci possit, non etiam vehiculum, actum magis, quam viam, acquisitum videri. Non enim, ut via semper & natura sua utrumque jus continet, & jumentum agendi & ducendi vehiculum, ita & actus; sed aliquando illud duntaxat, non hoc, puta si vel expresse convenerit, ut actus esset sine jure agendi vehiculum, vel tacitè idem actum est, ut in specie *d. l. 13. de serv.* Atque hoc satis ostendunt verba ipsa hujus definitionis, quibus actui non utrumque conjunctim, sed hoc vel illud disjunctim tribuitur. Itaque & Græci minus plenè actum vertunt ἁμαξικὴν ὁδόν.

Uti potest etiam sine jumento] Traditur hoc idem & in *d. l. 1. eod. l. 2. quemad. serv. am.* & verissimum esse docet *l. qui usumfructum 58. de verborum oblig.* Ubi Julianus refert, eum, qui actum stipulatus postea iter stipulatur, posteriore stipulatione nihil agere, sicuti qui decem, deinde quinque stipulatur. Quod & apud Ulpian. relatum est *l. 9. §. ult. de novat.* falso, si actus tacitè non contineret etiam jus eundi sine jumento sive iter separatum. Neque tamen hoc
5 ita accipimus, quasi iter separatum sit de essentia ipsius actus, sine eo actus consistere aut constitui non possit: sed hoc dicimus, actu constituto regulariter & ex tacita voluntate & sententia constituentis, etiam iter sine jumento concessum intelligi, *arg. l. non debet 21. l. in eo 110. de reg. jur. c. cui licet eod. in 6.* Atque ideo jus agendi duntaxat non etiam eundi, ambulandi, in definitione actus exprimitur. Ad hæc si actus essentialiter etiam iter contineret, quo utimur sine jumento, nullius momenti esset conventio, ut actus sit sine itinere, contra *l. 4. §. 1. si serv. vind.* Non obstat, quod apud Paulum legimus, actu legato iter frustra adimi, *l. 1. de adim. leg.* nam ratio subjecta non obscurè arguit, loqui Jurisconsultum de itinere, quo necessario utimur in ipso actu, cum jumentum aut vehiculum agimus. Ait enim, ideo iter frustra adimi, qvia nunqvam actus sine itinere esse potest. Sed nec id iter videri poterit ea ademptione detractum, quod sine jumento est, qvia per se non est legatum: atque ita auctus potius in natura sua, & qualis regulariter est, relictus. Planè si testator nominatim hoc iter ademerit, hoc est, expresse vetuerit ire sine jumento, nullus dubitat, quin utilis sit ademptio, *arg. d. l. 4. §. 1. si serv. vind.* Et est in proposito eadem ferè ratio itineris & actus, qvæ usus & ususfructus: nam etsi fructui usus inest, & ideo legato usufructu, usus ademptio nulla: *l. 14. §. 1. de us. & hab.* nihil tamen vetat usum à fructu expresse separari, *l. 5. §. 1. usufr. quem cav.* Hinc jam liqvet, qvid de judicio & ausu Ant. Fabri sentiendum, *qui l. 1. conj. c. ultim.* verba hæc, *eoque uti potest etiam sine jumento*, tot locis expressa, damnare non veretur, ut emblema imperiti interpretis, *consul. Donn. 11. comm. 6. Duar. 1. disp. 31. Bachov. hic & in Treutl. vol. 1. disput. 17. thes. 4.*

Via est jus eundi, agendi, ambulandi] Via, ut mox subjicitur, iter & actum in se continet, hoc est, ex itinere & actu essentialiter via constituitur, *arg. l. 13. §. 1. de accept. l. 9. si serv. vind.* ac proinde quicquid est in definitionibus itineris & actus, id una definitione viæ debuit comprehendi; quod & curiosè ab Ulp. *l. 1. de serv. præd. rust.* & Justinian. hic observatum est. Miror que adeo viros doctissimos, *Connan. 4. com. 11. & Don. 11. comm. 6.* pro verbo *eundi* reponentes 6
vehundi, motos tantum vocis definitæ etymologia, quam Varro *4. de ling.* à *vehendo* deducit, & analogia præcedentium definitionum: nam sic bis idem diceretur, cum verbum agendi etiam vectionem contineat, *l. 4. §. 1. de serv.* Quid igitur amplius est in via, quam in actu? Primum hoc, quod via etiam iter in se ὑσιωδῶς contineat, ita ut sine jure eundi per se via intelligi aut constitui non possit: in quo specificè differt ab actu, qui potest esse sine itinere separato. Deinde etiam hoc, quod via nunquam esse potest sine jure ducendi vehiculum, actus potest, *l. 13. de serv.* Item quod qui viam habet, vel iter & actum separatim, vel utrumque simul, iter & actum, vel uno verbo viam, vindicare potest: qui vero actum habet, non potest neque iter separatim, neque iter & actum conjunctim, sed solummodo actum vindicare, *Cujac. 22. obs. 35. fac. l. 11. §. 6. de exc. rei jud.* Sunt & aliæ quædam differentiæ, sed minus principales: nam qui viam habet, etiam lapides & tigna trahere, & rectam hastam ferre, modo ne fructus lædat, potest; quod

quod ei, qui actum habet, non licere plerique existimaverunt, *l. 7. de serv. præd. rust.* & potest etiam sine his via constitui. Illud omnino ex accidenti est, quod actus & via aliquando differant latitudine, *vid. l. 8. l. 13. §. 2. eod. add. D. Buf. ad l. 1. eod. Tulden. comm. hic c. 11.*

Aquæ ductus, est jus aquæ ducendæ per fundum alienum] *d. l. 1. eod.* Id fieri solet vel canalibus sive tubis aut ducto rivo per longitudinem depresso, quo aqua
7 decurrat, *l. 1. §. 2. de riv.* Ducitur autem aqua aut publica aut privata. Publicam ducere, puta ex flumine publico, cuique licet, nisi Imperator aut Senatus vetent, aut aqua sit in usu publico, puta si flumen sit navigabile, vel ex eo aliud navigabile fiat, *l. 2. de flum. l. 10. §. ult. de aq. pluv. arc.* aut si periculum sit, ne exarescat, quamvis navigabile non sit; *d. l. 1. §. non autem 12. de flum.* Sed neque ex castello, vel ex rivo, vel ex quo alio loco, qui aquam publicam suscipit, ducere fas est sine permissu Principis, *l. 1. §. permittitur 41. & 2. seqq. de aq. cottid.* Inconcedendo autem jure ducendi aquam privatam, sive fontis sive fluminis, sive putealem, non tantum eorum, quorum in loco aqua oritur, verum eorum etiam, ad quos ejus aquæ usus pertinet, voluntas exquirenda est, id est, eorum, quibus servitus aquę debetur: quippe cum hic agatur de jure eorum minuendo, quod omnes tangit, ab omnibus debet approbari, *l. 8. de aq. pluv. arc. junct. l. ult. C. de auct. præst.* Illud hic generaliter tenendum, neminem posse aquam aut publicam aut privatam per fundum alienum in suum ducere, cui non sit hic servitus constituta à domino illius fundi: *l. quemadmodum 29. §. 1. ad leg. Aquil. l. 2. C. de serv.* neminem quoque posse ex suo aquæducto alteri commodare, nisi id nominatim convenerit: *l. ex meo 24. l. cum essent 33. §. 1. de serv. præd. rust.* Item jus hoc ad certum usum prædii concedi oportere: nam si concessum sit ita, ut aqua quocunque duci possit, non fundi, sed personæ jus erit: *l. pen. eod. l. 1. §. præterea 12. de aq. cott.* Denique concedi posse ductum aquæ non tantum præsentis & fluentis, sed etiam quærendæ & nondũ inventæ, *l. Labeo 10. eod. tit. l. ult. si serv. vind. add. Wes. par. hoc tit. n. 2. Pet. Greg. 4. syntag. 15. Tulden. comm. sup. de rer. div. c. 11. fusè Cæpoll. de serv. rust. c. 4. Christin. vol. 5. decis. 83.*

TEXTUS.

De servitutibus urbanis.

1. Prædiorum urbanorum servitutes sunt hæ, quæ ædificiis inhærent, ideo urbanorum prædiorum dictæ, quoniam ædificia omnia urbana prædia appellamus, etsi in villa ædificata sunt. Item urbanorum prædiorum servitutes sunt hæ, ut vicinus onera vicini sustineat: ut in parietem ejus liceat vicino tignum immittere: ut stillicidium, vel flumen recipiat quis in ædes suas, vel in aream, vel in cloacam, vel non recipiat: & ne altius quis tollat ædes suas, ne luminibus vicini officiat.

NOTÆ.

Item urbanorum] Ex Cajo *l. 2. P. V.* ubi & aliæ, add. *l. 1. l. 3. 4. 15. 16. eod.*

Onera vicini] Veluti si columna ædium tuarum onus ædium mearum ferat: & hic tu, cujus ædes serviunt, columnam reficere debes, *l. 33. d. t. l. 6. §. 2. si serv. vind.* qua parte servitus hæc spuria, *l. 15. §. 1. de serv.*

Vel non recipiat] Aut meo jure stillicidium non recipio, aut jure servitutis: meo jure si non lege civitatis cuique permissum obversa in alienum stillicidia habere: jure servitutis, si jure publico cuique permissum stillicidia sua in alienum avertere. Ita melius, quam Cujac. & Pac. Quid differant stillicidium & flumen, disce ex *l. 20. §. 3. & seqq. de serv. urb.* Varr. 4. *de lingua.*

COMMENTARIUS.

1. *Verum non esse, quod quidam tradunt, sola ædificia habitandi causa parata urbanorum prædiorum numero censeri.*
2. *Prædia eorumque jura, si non simpliciter, sed cum effectu iuris considerentur, nunquam loco distingui; sed genere, usu, fine.*
3. *Quid intersit inter servitutem tigni immittendi & oneris ferendi: item inter jus projiciendi & protegendi.*
4. *Quid sit stillicidium, quid flumen.*
5. *De servitutibus stillicidiorum & fluminum, tum avertendorum, tum non avertendorum.*
6. *An jus altius tollendi sit aliquando servitus per se.*
7. *Confutatur latè sententia Bachovii, contendentis, jus altius tollendi & non tollendi esse unam eandemque servitutem.*
8. *Plus esse in servitute ne luminibus officiatur, quam vel in altius non tollendi, vel luminum.*
9. *Cujacii & Duareni opinio de servitute luminum refellitur.*

HOc §. agitur de servitutum prædialium specie altera, prædiorum scilicet urbanorum: & ait Imp. eas esse, quæ ædificiis inhærent, atque inde sic dictas, quia omnia ædificia urbana prædia appellamus, etsi in villa ædificata sunt: quod & alibi sæpè traditum, *l. 1. com. præd. l. urbana familia 166. l. urbana prædia 198. de verb. sign.* Nimirum, ut supe-

rius.

rius obiter monuimus, distinctio hæc prædiorum non à loco sumitur, sed à materia vel genere prædii, *dd.ll.* Sunt qui à fine sumptam putant, & ea sola ædificia prædiorum urbanorum numero esse, quæ parata sunt habitandi causa: horrea autem, quæ ruri ædificantur ad fructus reponendos & custodiendos, magis esse ut prædia rustica censeantur, *Capoll. de serv. urb. cap.* 11. *n.* 2. *Mynsf. Wes. Vult. hic. Bronch.* 1. *ass.* 95. Sed hoc rectè, meo judicio, quod ad propositam tractationem attinet, improbat Bachovius. Fac enim, alterum ex dominis, qui vicina aut contingua horrea habeant, alteri, cui fortè ad grana à paleis repurganda flatu venti opus sit, ut fieri potest, *l. ult.* §. 1. *C. de serv.* cessisse servitutem altius non tollendi, aut jus alteri constituisse tigni immittendi in parietem horrei sui. Hæ servitutes utique, urbanæ dicendæ sunt, non rusticæ. Quid enim interest, horreum, an aliud ædificium altius non extollatur? In constituendo, in amittendo omnia eadem: idem juris effectus in oppignerando, novo opere nunciando. Ratio autem non patitur, ut eadem specie servitus nunc urbana, nun rustica dicatur. Non est contrarium, quod scribit Neratius *l.* 2. *de serv. præd. rust.* rustici prædii servitutem esse, *licere altius tollere & officere prætorio vicini.* Nam prætorium signficat id ædificium, in quo dominus, si quando ruri est, habitat, separatum ab habitatione villici, ut constat ex Columella & Palladio. At tale prædium omnes urbanum esse fatentur. Atque ut demus, appellatione prætorii, non tantum villam urbanam, sed aliquando etiam rusticam & fructuariam quoque significari, ut putat D. Gœd. eo quod Ulp. *d. l.* 198. *de verb. sign.* distinctionis causa, cum prætoria urbanis prædiis adnumeret, videtur addidisse, *voluptati tantum deservientia*: tamen nemo ineptus est, ut putet, Neratium *d. l.* 2. *de serv. præd. rust.* prætorii appellatione intellexisse villam fructuariam aut horreum, quod utique non est subjectum servitutis protegendi, cui ille ibidem etiam mentionem facit. Cur igitur, inquis, Neratius servitutem prætorio impositam rusticam appellat? nimirum quia ille arbitrio suo loquitur, non considerato juris effectu. Hoc ut perfectius
2 intelligatur, sciendum, prædia eorumque jura dupliciter considerari posse; vel simpliciter, qua consideratione nihil prohibet ea loco distinguere, quod fecit Neratius; vel cum effectu juris, qua consideratione loco nunquam distinguuntur. Cum quæritur de jure taciti pignoris, quod domino tribuitur in invectis & illatis ab inquilino in prædium urbanum, non item in invectis à colono in prædium rusticum, *l.* 4. *l.* 7. §. 1. *in quib. ca. pign. tac.* urbana prædia accipimus etiam tabernas, stabula, quæ non sunt in continentibus ædificiis, vel ipso Neratio teste, *d. l.* 4. §. 1. aliaque meritoria in villis & vicis. Villa autem fructuaria & habitatio villici in hac causa prædia rustica habentur, *arg. d. l.* 198. *de verb. sign.* Item cum quæritur de alienatione prædiorum pupillarium aut minorum 25. annis, quæ si rustica sint, aut suburbana, oratione Severi sine decreto prohibentur alienari, *l.* 1. *de reb. eor. qui sub tut.* (quod constitutione Constantini ad urbana quoque prædia postea extensum est, *l.* 22. *C. de adm. tut.*) prædia à fine & usu distinguimus, & rustica quoque intelligimus, hortos olitorios & vinearios, qui in urbe sunt, & villas fundi causa & propter opus rusticum ædificatas: reliqua ædificia, stabula, meritoria, etsi ruri sunt, pro urbanis habentur; ut & horti ædificiorum, unde nihil aut parum reditus; & multo magis area, *d. l.* 198. *de verb. sign.* quo loco orationem illam Severi Ulpianus interpretatus est, *Cujac.* 7. *obs.* 24. Simili modo de servitutibus, cum simpliciter quæritur, quorum prædiorum sint, loco itidem ut prædia distingui possunt: at cum quæritur de vi & effectu juris in iis constituendis, acquirendis, amittendis, pignerandis, novo opere eorum nomine nunciando, (vide obiter *l.* 1. *l.* 6. *de serv. præd. urb. l.* 6. *l.* 7. §. 1. *comm. præd. l.* 11. §. *ult. & l. seq. de pign. l.* 5. §. *& belle* 9. *l.* 14. *de op. nov. nunc.*) loci ratio nulla habetur: sed quæ ædificiis inhærent, urbanæ; quæ locis puris, rusticæ dicuntur. Et quia hac consideratione neque ulla ædificia possunt esse subjectum servitutum rusticarum, nec loca ædificiis vacua subjectum urbanarum, hinc factum est, ut in proposito ædificia omnia, etiam quæ in villis & vicis sunt, sive ad usum urbanum, puta ad habitandum, ad viatores recipiendos aliumve quæstum faciendum comparata sint, sive ad usum rusticum, ad fruges condendas & custodiendas, & stabulanda pecora, prædia urbana habeantur: contra loca omnia ædificiis vacua, etiam area in urbe, & horti ad voluptatem comparati, prædia rustica, distinctione subjecti ad naturam servitutum accommodata. Hæc nescio an quisquam tam distinctè & lucidè.

Prædiorum urbanorum servitutes sunt hæ] Et longè etiam plures: sed harum commemoratio sufficit ad declarandum id, quod dixerat, prædiorum urbanorum servitutes esse, quæ ædificiis inhærent. Donellus 11. *comm.* 4. etiam quæ hujus sunt generis, in tres classes partitus est, ex triplici earum fine: quædam enim comparatæ sunt ad ædes vicinas dilatandas, ut tigni immittendi, oneris ferendi, projiciendi, protegendi: quædam ad ædium interiorem commoditatem, veluti altius non tollendi, ne luminibus, ne prospectui officiatur: quædam denique ad ædes exonerandas, cujusmodi sunt jus cloacæ immittendæ, fumi immittendi, fluminis & stillicidii avertendi in aream alienam. Pretium fuit, digito saltem hoc indicasse.

Vt vicinus onera vicini sustineat, ut in parietem ejus
3 *liceat tignum immittere*] Proponuntur hæ servitutes, ut in species diversæ: & sanè differunt gradu. In imponenda servitute tigni immittendi hoc agitur, ut ex nostro pariete liceat tignum, ξύλον ἢ δοκὸν, trabem immittere in parietem vicini, ita ut ibi requiescat, & vicini paries sustineat onus immissi, nihil amplius. *l. malum.* 242. §. 1 *de verb. sign.* In servitute autem oneris ferendi hoc amplius est, quod vicinus columnam, aut parietem, qui oneri ferendo est, reficere tenetur, & idoneum oneri sustinendo præstare, *l. cum* 33. *de serv. præd. urb.* qua parte servitus hæc degenerat & spuria esse agnoscitur: quippe cum contra naturam servitutum hoc sit, ut quis cogatur aliquid facere in suo. *l.* 15. §. 1. *de servit.* Qua ratione quoque jam olim Gallus putabat, non posse ita servitutem imponi, ut quis & onus ferret, & parietem reficeret. Sed obtinuit Servii sententia, contendentis, posse, *l.* 6. §. 2. *si serv. vind.* id quod in specie proposita visum est, per consequentiam recipiendum esse ejus, quod principaliter agitur. Agitur autem hoc, ut jus sit ædium mearum, onus in parietem vicini immittere: quæ servitus vix consistere potest, nisi paries reficiatur & idoneus habeatur oneri ferendo. Hujus ejusdem generis est jus projiciendi, *l.* 1. & *l.* 2. *de serv. præd. urb.* videlicet ut liceat ex nostro tignum projicere in aream alienam, hoc est, ita provehere supra solum vicini, ut nusquam requiescat, præterquam in pariete nostro; sive id fiat ædificii supra id projectum ponendi causa, sive tegendi parietis; ut plurimum autem aliquid substruendi causa, puta mœniani aut suggrundæ, *d. l. malum.* 242. §. 1. *de verb. sign.* nam quod tegendi parietis causa ad umbram faciendam emittitur aut arcendos imbres à pariete, protectum in specie appellatur, *l.* 1. & 2. *hoc tit.* ita protectum à suggrunda distinguitur in edicto *de his qui dej. vel effud. l.* 5. §. *prætor ait* 6. Crassus error est eorum, qui servitutem projiciendi interpretantur jus abjiciendi vel effundendi quid in aream alienam, aquam puta, vel quisquilias. *Capoll. c.* 32. *de serv. urb.* nulla enim talis servitus constitui potest, quæ quidem prædii sit, *l. foramen.* 28. *hoc tit.* Atque hunc errorem quoque notat *Coras.* 3. *misc. ult. num.* 8. & 9. Cæterum alium ille enarrat *n. ult.* ubi ne subordinatam quidem differentiam inter projectum & protectum agnoscit.

Vt stillicidium vel flumen quis recipiat, vel non recipiat] Hæ eædem servitutes sunt, quæ dicuntur stil-
4 licidiorum & fluminum, *l.* 1. *de serv. præd. urb.* Inter stillicidium & flumen hoc interest, quod stillicidium est, cum aqua pluvia ex tecto stillatim & guttatim cadit, *drop*; flumen, cum fluxu & per imam ædium partem more fluminis effunditur, *vvaterloop Varo* 4. *de ling. Paul. l. servitutes.* 20. §. 3. & *seqq. de serv. præd. urb.* Itaque stillicidii recipiendi servitus dicitur, qua vicinus ferre cogitur, ut aqua pluvia ex tecto meo in suas ædes cadat: fluminis vero, qua pati cogitur, ut aqua eadem in alveum aut canalem recepta in suas ædes cum impetu feratur: unde hæc, quam illa, gravior; & proinde *Paul. d. l. servitutes* 20. §. *stillicidium.* 5. ait, *stillicidium inferius demitti non posse, ne gravior fiat servitus, & pro stillicidio flumen: altius tolli posse; quia levior eo modo fiat: cum, quod ex alto, lenius cadat, & interdum vi venti direptum non perveniat ad locum servientem.* Duplex autem est stillicidii & fluminis servitus, *ut ostendit hic locus* & *l.* 2. *eod.* una avertendi, 5
altera non avertendi stillicidii aut fluminis: quarum illa comparata est ad ædes exonerandas, hæc ad interiorem ædium commoditatem pertinet. Avertendi stillicidii est jus stillicidia nostra derivandi in ædes aut aream vicini, ut vicinus stillicidium nostrum recipere cogatur in ædes suas, vel in aream aut in cloacam, *d. l.* 2. & *hoc text.* Stillicidia non avertendi jus est, quo vicinus stillicidium ædium suarum in aream vel cloacam vicini avertere prohibetur, aut non tenetur vicinus stillicidium vicini in suum recipere. Sane quidem jure communi nemo cogitur stillicidia vicini recipere, licetque nobis jure libertatis rei nostræ vicinum prohibere ne stillicidia sua in nostrum immittat. Cæterum sicubi constitutio ædificiorum talis est, ut lege aut consvetudine civitatis unicuique permissum sit stillicidia sua obversa habere in alienum, vicinique jure publico ea recipere cogantur, hic, si velimus nobis jus esse prohibendi vicinum stillicidia sua in nostrum avertere, necesse est, ut id jus vicinus nobis constituat, suæque rei hanc servitutem imponat: quod quamobrem & quàm rectè dicatur, mox certius intelligetur, cum de servitutibus altius tollendi & non tollendi disputabimus. Similiter servitus fluminis avertendi est jus fluminis immittendi in alienum: non avertendi, servitus, qua vicinus flumen, quod alioqui lege vel consvetudine civitatis liceret, avertere in alienum prohibetur. Ita rectè *Don.* 11. *c.* 5. *Bocer.* & *Tuning. hic.* Aliis vero servitus stillicidii aut fluminis non avertendi est, qua vicinus avertere cogitur stillicidium aut flumen ædium suarum in aream vicini, ut aqua in cisternam ejus recipiatur, vel hortum irriget: qua constituta agi possit cum domino ædium servientium, jus ei nō esse stillicidia avertere, atque ut tegulas, canalesque aut tubulos; per quos aqua labitur, suis expensis reficiat. *Capoll. cap.* 28. & *seq. de serv. urb. Pet. Greg.* 4. *syntagm.* 9. *n.* 7. Sed hoc minus placet: quia non pro commodo, sed pro onere passim habetur, stillicidium aut flumen alienum recipere: & præter natu-

naturam servitutum est, ut quis aliquid facere cogatur in suo.

Et ne altius quis tollat ædes suas] Hæc servitus ob eum maxime finem constituitur, ne luminibus vicini altius ædificando officiatur. Nam cum unicuique jure naturæ in suo quidvis facere liceat, dum in alienum nihil immittat, *l. 8. §. Aristo. 5. si serv. vind.* eique consequens sit posse unumquemque in area sua ædificare in infinitum, ædesve antea positas altius tollere, etiamsi vicino incommodet, lumina ejus obscurando, quod & traditum est *l. 9. l. 14. l. cujus 24. de serv. præd. urb. l. 8. C. de serv.* hoc incommodum non aliter vitari potest, quam si à vincino impetremus, ut hanc suis ædibus servitutem imponat, ne altius tollantur: qua imposita si nihilominus altius ædificet, jam recte cum eo agam, jus ei non esse ædes suas altius tollere; quæ intentio est actionis confessoriæ, qua servitus hæc, quæ dicitur altius non tollendi, vindicatur, licet verborum figura videatur negatoria, *l. 4. §. ult. si serv. vind.* Crebra est hujus servitutis mentio, ut in *l. 2. l. 12. de serv. præd. urb. d. l. 4. §. ult. l. 7. §. 1. com. præd.* Hic autem magna oritur difficul-
6 tas. Nam si cuivis liceat ædes suas extollere, idque naturaliter & jure libertatis rei suæ, ut nulla in eam rem opus sit constitutione servitutis, qui fit, quod inter servitutes prædiorum numeretur etiam jus altius tollendi? Hoc enim nullam videtur habere rationem: contraria quippe sunt libertas & servitus. Et, si, non licere altius tollere, servitutis est, licere altius tollere, libertatis erit. Et tamen negari non potest, quin veteres non minus jus altius tollendi, quam non tollendi inter servitutes retulerint. Factum id compluribus locis, à Paulo *l. 1. de serv. præd. urb l. 7. §. 1. comm. præd.* à Gajo *l. 2. de serv. præd. urb.* Neratio *l. 2. de serv. præd. rust.* Justiniano *§. 2. inf. de act.* Tota vero difficultas in eo est, ut exempla proferantur, quibus ostendatur, jus altius tollendi quandoque inter servitutes recte numerari. Etenim huic rei demonstrandæ minime idonea sunt, quæ afferuntur à Glossa, *Bart. & DD. in l. 2. de serv. præd. urb.* quæ ipsis prima est: nec item quæ à Gloss. *Dyn. Jas.* & aliis *ad §. 2. inf. de act.* ut videre est in nostra illius loci interpretatione. Neque verum esse puto, quod *Cujac. Wes. in d. §. 2. & Vult. 1. disc. 5.* contendunt, jure servitutis constitutæ ædes altius tolli, cum antea concesso aut longa quasi possessione quæsito contra vicinum jure altius non tollendi, rursus ei altius tollendi potestas conceditur. Hoc enim casu perinde res in pristinam libertatem redit, ac si pacto servitus remissa esset, ut eodem loco abunde ostendimus. Primus veterum interpp. Joan. Faber in *d. §. 2.* rem vidit & digito monstravit, præeunte tamen Glossa *in l. qui luminibus 11. de serv. urb. præd.* ut observavit Cæpolla & explicuit *c. 26. n. 2. de serv. urb.* sed ille longius excurrit, & multa aliena miscet. Rectius & apertius recentiores, Zas. Baro, Mynsi. Donel. Fabri vestigiis insistentes, sic rem proponunt & declarant. Si de potestate ædificandi in suo nihil jure publico cautum sit, jus ædificandi ajunt esse jus libertatis nostræ, & licere cuivis civi, suo & publico jure quam altissime ædes suas tollere, etiamsi obscuret vicinas. Si vero alicubi lege civitatis certa ædificiorum forma atque altitudo præscripta est, quam excedere ædificando invito vicino non liceat, hic jus ædificandi hactenus quidem adhuc liberum esse & juris publici, ut si intra definitum altitudinis modum consistatur, adhuc liceat ædificare cum incommodo vicini, *d. l. qui luminibus.* Cæterum si supra eam altitudinem ædes extollere, v. c. ad 5. vel 6. pedes, velimus, quod jam jure publico invito vicino facere non licet, ut id nobis liceat, à vicino impetrandum esse *l. pen. §. 1. C. de ædif. priv.* eoque concesso, jus altius tollendi vicino servitutem esse, utpote qui jam incipiat pati in suo, quod antea pati jure publico non cogebatur; nobis jus, sed impositium & constitutum à vicino, quod vindicetur hac formula confessoria; *Ajo, mihi jus esse ædes meas altius tollendi invito te. d. §. 2. inf. de act.* ubi plenius hoc exposui, atque ex Tacito aliisque auctoribus, & textibus juris nostri demonstravi, etiam in ipsis urbibus, in quibus sedes imperii fuit, Romæ scilicet & Constantinopoli, jam olim certum fuisse ædificiorum altitudini præscriptum modum, ut mirum non sit, Jureconsultos, ad statum illum respicientes, jus altius tollendi inter species servitutum numerare. Adde, quod certo statu ædificiorum constituto hæc servitus etiam quæri potest præscriptione, si videlicet quis contra veterem formam longo tempore ædificatum habuerit, & nec vi nec clam, precario possederit, *l. 1. C. de serv.* Poterat hic consisti, nisi nobis negotium facesseret Bachovius, qui in *not. ad Trentl. vol. 1. disput. 17. thes. 2. & in comm. ad hunc §. & §. 2. inf. de act.* hanc etiam Neotericorum sententiam penitus explodit, contendens, jus altius tollendi & altius non tollendi non duas, sed unam eandemque servitutem esse, quæ aut diversa consideratione diversis nominibus appelletur, atque ex parte servitutem sibi asserentis dicatur jus altius non tollendi, ex parte negantis altius tollendi; aut potius jus altius tollendi impropriè servitutum numero adscribi, atque ita appellari tantum respectu vicini, qui me altius ædificante ipse contraædificare & luminibus meis officere, jure constituta servitute, non potest. In summa, jus altius tollendi ex catalogo servitutum expugendum esse, & quoties ejus mentio fit, jus contrarium significari, videlicet altius non tollendi. Satis hercule confidenter: videamus, quam

quam vere, Gajus *l. 2. de serv. præd. urb.* ex professo species urbanarum servitutum enumerans sic orditur? *Iura prædiorum urbanorum sunt, altius tollendi & officiendi luminibus vicini:* deinde subjungit, *aut non extollendi.* Hic si Bachovio credimus, Jureconsultus non duo inter se distincta jura significat, sed unum duntaxat, altius non extollendi, quod solum sit servitus. Pauli *l. 7. §. 1. comm. præd.* hæc verba sunt; *Servitus alienis ædibus imponi potest, ut altius tollere vel non tollere liceat.* Hoc Bachovius sic accipit, quasi alterum tantum Paulus expressisset, ut ne liceat altius tollere. Sed profecto si hoc Bachovio concedimus, summæ inscitiæ insimulamus Jureconsultos, qui ex uno jure duo faciunt, atque inter se ut servitutes diversæ speciei, tam aperte opponunt. Itaque ut evidentius demonstremus errores Bachovii, putat ille, jus altius tollendi per se servitutem nunquam esse, sed hoc nomine appellari relatione facta ad vicinum, cujus ædibus imposita sit servitus altius non tollendi; propterea quod hac servitute mihi constituta jus altius tollendi, quod per se quidem semper sit libertatis, sed inutile mihi alias reddi vicino contra ædificante poterat, nunc pleniore jure, & effectu consequor. Hoc vero falsum esse ostendunt, quotquot sunt loci, in quibus jus altius tollendi inter servitutes numeratur; ut in *l. 2. de serv. præd. rust. d. l. 2. de serv. præd. urb. d. l. 7. §. 1. comm. præd. §. 2. inst. de act. l. 1. Cod. de serv. & aqua.* Quibus omnibus locis palam est, jus altius tollendi non ea ratione servitutem dici, aut ex eo æstimari, quod alter facere non potest in suo; sed ex eo simpliciter, quod alterum facientem jure impositio pati cogitur. Hoc enim ipsum, licere altius tollere & officere luminibus vicini, jus prædii & servitus appellatur: jus respectu ejus, cui id facere licet; servitus respectu vicini, qui id pati cogitur. Ac proinde si cui hujus juris controversia fiat, licebit ei hoc vindicare hac formula; *Ajo mihi licere ædes meas altius tollere.* Quæ & vi & verbis confessoria est, *d. §. 2. inst. de act.* idque evidentissime confirmatur *d. l. 1. C. de servit.* quo loco cum quæsitum esset, an in eum, qui contra veterem formam ædificasset, ut luminibus vicini officeret, competeret vicino actio negatoria, qua intenderet, jus non esse adversario ædes ita sublatas habere, respondet Imp. competere: sed addit hanc exceptionem, *nisi quis longo tempore ita ædificatum habuerit.* Quippe longi temporis consvetudinem vicem obtinere servitutis. Quod si igitur jus altius ædificandi contra formam ædificiorum præscriptione quæsitum servitus est, nobisque defendi & actione confessoria vindicari potest, idem quoque jus, pactionibus eodem modo constitutum, servitus erit, non jus libertatis; eoque nomine confessoria, non negatoria agendum. Miror autem judicium Bachovii, qui his argumentis probari existimat, jus altius tollendi pro jure impositio aut servitute censeri non posse; primum quia servitutum non ea natura est, ut aliquis faciat quid in suo, sed ut aut non faciat, aut alium facientem patiatur. Secundo quia omnis servitus efficit, ut prædium serviat: at ædes, quas ex pactione contra usitatum modum tollere licet, nullo modo dici posse servire. Postremo quia servitus omnis onus prædii est, jus dominantis augens, servientis minuens. At concessione juris altius tollendi etiam servienti prædio restitui libertatem. Manifestus enim in his omnibus error est παρὰ τ ἄγνοιαν τῶν ἐλέγχυ. Nam non quæritur, an jus altius tollendi contra præscriptum modum sit servitus in eo, cui id jus concessum est: hujus enim respectu jus est, quod servitutem facit; nihil minus, quam servitus; & omnis servitus est in alieno: sed hoc, an non in eo, qui jus hoc alteri constituit, servitus sit: an non ille pati aliquid cogatur in suo, videlicet luminibus suis offici, quod antea pati jure publico non cogebatur: an non ille eo pacto suum prædium servire faciat, jus sui prædii minuat, alterius augeat. Hoc vero est, quod nos asserimus & abunde probasse existimamus. Stet igitur hæc sententia, jus altius tollendi nonnunquam esse jus libertatis nostræ, nonnunquam impositium seu servitutem, active aspectu ejus, cui debetur, passive in eo, qui debet. Utrum autem horum sit, ejus rei dijudicationem pendere ex eo, quod cuique jure publico in suo facere ædificando liceat, aut non liceat.

Ne luminibus vicini officiat] His verbis non videtur hoc loco nova demonstrari servitus, sed finis propositæ: est enim hic præcipuus finis servitutis altius non tollendi, ne luminibus nostris officiatur, qui ob id etiam plerumque simul exprimi solet, *l. 2. de serv. urb. l. 2. de serv. rust.* quanquam & alius dari potest, ne scilicet in ædes aut aream nostram prospectus pateat. Porro quod ait, ne luminibus officiat, sic accipiendum est, ne officiat altius ædificando; non etiam ne alio modo, veluti arbore posita, ut quam minimum recedatur à libertate naturali. Quamobrem hoc plus erit in servitute, ne luminibus officiatur, quam in illa, ne ædes altius tollantur, *l. 12. l. inter. 15. & 2. seqq. de serv. præd. rust.* A servitute ne luminibus officiatur, parum differre videtur servitus quæ luminum dicitur; atque ut hæc magis respicit novam luminum constitutionem, ita illa conservationem eorum quæ jam sunt, *l. 4. eod.* nisi forte dicendum sit, in servitute luminum hoc minus esse, quam in altera, quod qui hanc debet, altius ædificare non prohibeatur, aliaque facere, modo tantum luminis vicino relinquat, quantum ad usum diurnum sufficiat: qui autem servitutem debet 8

bet ne luminibus officiatur, nihil omnino facere possit, quo lumen minuatur, etiamsi vicini ædes luminibus abundent: quæ sententia est Pauli Castr. in *d.l.4.* probata à Cæpoll. *c.35.de serv. urb. arg. d. l. inter.15.* & eodem teste communiter recepta. Aliter *Cujac.1. obs.13. & Duar. 1. disp. 33.* servitutem luminum accipiunt, nimirum jus luminum nostrorum in alienum immittendorum, quo efficiatur, ut liceat nobis aperto pariete nostro fenestras in eo positas habere luminis excipiendi gratia. Sic enim illi interpretantur, quod Paulus scribit *d. l. 4. Luminum servitute constituta id acquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra accipiat.* Verum hæc sententia impingit in
9 notissimum illud juris principium; *Vnumquemque in suo quidvis facere posse, vel cum incommodo alterius, modo in alienum nihil immittat. l. 8. §. Aristo. si serv. vind. l. 9. de serv. præd. urb. l. 8. C. de serv. & aq.* Neque enim in alienum quicquam immittit, qui suum parietem aperit & in eo fenestram ponit: ac proinde suo quisque jure facere potest, licet id vicino molestum sit, nec ad eam rem indiget constitutione servitutis. Verborum autem Pauli, ut vicinus lumina nostra excipiat, non hic sensus est, qui à Cujacio & Duareno his affingitur: sed hic, ut ita excipiat, ne quid contra erigat in suo, quo lumina præcludantur; quod alioqui servitute non constituta suo jure facere posset, *l. 9. de serv. præd. urb.* Imo vero, inquiunt, qui fenestram in suo ponit, aliquid immittit in alienum, quod non licet citra constitutionem servitutis: immittit enim oculos. At testimonio Xenocratis, μηδὲν διαφέρειν ἢ τὰς πόδας ἢ τὰς ὀφθαλμὰς εἰς ἀλλοτρίαν οἰκίαν τιθέναι auctor *Plutarch. lib. περὶ πολυπραγμ.* Ego vero judico, hanc objectionem indignam esse tantis viris, nec debuisse eos, quod à Xenocrate figurate dictum est in homines curiosos, qui se ubique contra rationem officii ingerunt, abuti ad demonstranda dogmata disciplinæ juris civilis. Nihil autem in contrarium facit *l. pen. eod.* quia aperte loquitur de pariete communi, in quo constat nihil licere facere invito socio, *l. 8. l. quidam. 13. l. in re 26. eod. l. Sabinus 28. com. div.* Illud constat, diversam esse à superioribus servitutem prospectus seu ne prospectui officiatur: nam servitute prospectus hoc continetur, ne quid nobis officiatur ad gratiorem prospectum ac liberum: & cum lumen tantum sit ex eo loco superiore, prospectus etiam ex locis inferioribus esse potest, *l. 3. l. 12. l. 15. & seq. de serv. præd. urb.* Sunt qui putant, etiam servitutem prospectus ut diversam gradu à servitute ne prospectui officiatur distinguendam esse, eadem scilicet ratione & proportione; qua præcedentes, luminum, & ne luminibus officiatur. Moribus fere harum regionum aut legibus municipalibus vetamur fenestram facere, unde directo proxime & de plano prospiciatur in aream vicini, præscripto certo spacio, quo distare hujusmodi fenestræ à pavimento vel tabulato debeant.

TEXTUS.

De reliquis servitutibus Rusticis.

2. *Inter rusticorum prædiorum servitutes quidam computari recte putant aquæ haustum, pecoris ad aquam appulsum, jus pascendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ.*

NOTÆ.

Pecoris ad aquam appulsum] Jus adaquandi & appellendi pecora, quæ fundi causa habentur, ad aquam alienam.

COMMENTARIUS.

1. *Explicatur & emendatur locus Vlpiani in l. Mela. §. ult. de alim. legat.*

Docendi ratio postulabat, ut hic §. protinus subjiceretur principio hujus tit. dilata tantisper tractatione servitutum urbanarum, cum à rusticis cœptum esset. Sed hoc tanti non est, ut ob id maledictis impetendus sit Tribonianus, quasi temetum cum hæc scriberet, bibisset: nollemque eo protervię processisse etiam viros cæterum incomparabiles. Verum age. Ait Imp. inter servitutes rusticorum prædiorum recte computari aquæ haustum, pecoris ad aquam appulsum, &c. Aquæ haustus est jus aquæ hauriendæ ex puteo vel fonte vicini, ad prædii nostri vel familiæ rusticæ usum & commoditatem. Qui haustum habet, iter quoque ad hauriendum habere videtur, sive ei jus hauriendi & simul adeundi cessum sit, sive hauriendi tantum. Sed etsi tantum adeundi ad fontem, placuit inesse & haustum. Cæterum & flumine publico cum sine servitute cuivis haurire liceat, haustus frustra conceditur, iter cedi debet, *l. 3. §. ult. de serv. præd. rust. Cæpoll. c. 7.* Pecoris ad aquam appulsus est jus adaquandi & appellendi pecora, quæ fructuum fundi causa habentur, ad aquam alienam. Utrumque autem hoc jus passim refertur inter servitutes prædiorum rusticorum. *l. 1. §. 1. l. 2. §. 1. l. 3. §. ult. l. 4. l. 6. in fin. de serv. præd. rust.* Cæterum objici solet responsum Ulpiani 1
l. Mela. 14. §. ult. de alim. legat. quo loco aquæ haustus & pecorum ad aquam appulsus dicuntur esse servitutes personarum: sic enim in omnibus codicibus locus iste legitur; *Nam & haustus aquæ & pecoris ad aquam appulsus est servitus personæ, tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur.* Verum hic locus, si ullus in libris nostris, manifeste corruptus est, id-

 que

que cuivis, qui modo propius eum consideret, facile erit deprehendere. Laborat autem duplici vitio; primum quia mendose interpunctus est; deinde quia omissa est negatio in postremis verbis: omninoque ita restituendus est; *Nam & haustus aquæ & pecoris ad aquam appulsus est servitus, personæ tamen ejus, qui vicinus non est, non inutiliter relinquitur*, vel detracta privativa, *utiliter.* Nisi etiam ita legamus, μηδὲν ὑγὲς. Nec sententia loci, nec ratio juris de his servitutibus constabit, nec quicquam in eo loco erit, quod cohæreat. Consulebatur Jureconsultus de fideicommisso, quo aqua relicta erat ei, qui vicinum prædium non habebat; respondet, utile esse fideicommissum, nec obstare quod aqua hæc relicta proponebatur non possessori vicini prædii: nam quod personæ relinquitur, ut in proposito aqua, id non vicino quoq; recte relinqui, quantumvis tale sit, quod regulariter jus prædii censetur. Argumento esse aquę haustum & pecoris ad aquam appulsum, quæ cum natura sua servitutes prædiorum sint, tamen ei, qui vicinus non sit, utiliter constituantur: non utique ut jura prædii, sed personæ: quod etiam toties actum intelligitur, quoties res gesta est inter duos, qui vicicina prædia non habent, qua de re monuimus in explicatione rubricæ sub finem.

Pecoris pascendi] *d.l.* 1. §. 1. *l.* 3. *pr.l.* 4. *eod.* servitus pascui dicitur *l.* 6. *in fin. eod.* Est autem jus pascendi pecora in fundo alieno. Si plurium commune est, jus compascui appellatur, *l. pen.* §. 1. *si serv. vind.* Hinc ager compascuus, in quo vicinis jus est communiter pascendi. Fest. in voce *Compascuus.* Cic. *in Top. Si compascuus est ager, licet compascere.* Cæterum ita pecoris pascendi jus servitus prædii videtur, si fructuum fundi causa pecora habeantur, *d.l.* 4. *eod.* quod ita fit, si sint boves aut jumenta, per quæ fundus colitur, *d.l.* 3. *in pr.* Semper enim hoc tenendum est, servitutem prædii non posse constitui ultra quam ad prædium ipsum opus est, *l.* 5. *eod.* Item tamen dicendum erit, si oves sint aut vaccæ ad lac præbendum, butyrum, caseum conficiendum, quibus ad victum familiæ rusticæ utamur. Qui servitutem pascui habet aut pecoris appellendi, ei etiam talis constitui potest, ut tugurium ibi habere liceat, ut si hiems ingruerit, habeat quo se recipiat, *d. l.* 6. *in fin. eod.* De jure pascendi late *Capoll. c.* 9. *de serv. præd. rust. Schneid. hic n.* 28. *& seqq.*

Calcis coquendæ, arænæ fodiendæ] *d.l.* 1. §. item lapidis cædendi, cretæ eximendæ, pedamenta ad vineam ex vicini prædio sumendi *d.l.* 3. §. 1. *&* 2. *l.* 5. *l.* 6. *eod.* Omnes autem, quæ hujus generis sunt servitutes, eo pertinent, ut quid ex alieno sumere liceat, quod transferatur ad usus prædii nostri. Eo autem etiam illud contineri intelligitur, quod confertur in familiam rusticam & pecora, quæ fundi colendi causa habentur, *d.l.* 3. *in pr. l.* 4. *l.* 5. *&* 6. *eod.* Sed & si quid in alieno facere nobis commodum sit quod pertineat ad fructus prædii nostri exprimendos, meliusve habendos, placet, etiam ejus rei servitutem prædialē recte constitui, quasi ad prædii utilitatem & hoc pertineat, quod pertinet ad fructus commode ad usum habendos: quippe quorum causa prædium ipsum habetur. Hujus generis sunt jus præli sive torcularis, ut mihi liceat uvas vineæ meæ, aut olivas oliveti exprimere in tuo; jus area tua utendi ad exprimenda frumenta aut legumina; item ut fructus in vicini villa cogantur, coactique habeantur, *l.* 14. §. *ult, de alim. l.* 3. §. 1. *de serv. præd. rust.*

TEXTUS.

Qui servitutem debere vel acquirere possunt.

3. *Ideo autem hæ servitutes prædiorum appellantur, quoniam sine prædiis consistere non possunt. Nemo enim potest servitutem acquirere urbani vel rustici prædii, nisi qui habet prædium: nec quisquam debere, nisi qui prædium habet.*

NOTÆ.

3. *Ideo hæ servitutes*] Ex Ulp. *l.* 1. §. 1, *l.* 6. *comm. præd.*

Nisi qui prædium habet] Nam & à prædiis debentur hæ servitutes, & debentur prædiis. Sed & vicina esse prædia oportet *l.* 5. §. 1. *S.P.R. l.* 38. *& seq. P. V.* ut tamen inter medium prædium non officiat, si non impediat usum servitutis, *l.* 7. §. *ult, l, ult. P, R. l,* 1. *P.V. l.* 1, *P.V. l.* 7. §. 1. *comm. præd.*

COMMENTARIUS.

AGitur hic de subjecto sive materia servitutum prædialium, id est, de rebus, in quibus consistunt, & à quibus ob eam causam nomen quoque acceperunt. Sunt autem hæ res non omnes, sed immobiles tantum sive res soli, quæ uno nomine prædia appellantur. Sive enim rem spectes, quæ servitutem debet, sive id, cui debetur, utrinque prædia esse necesse est: hinc ut sit, cui imponatur servitus; illinc ut sit, cui acquiratur: unum ut serviat, alterum ut dominetur. Quamobrem nemo potest prædio servitutem vel imponere, vel acquirere, nisi qui habeat prædium, hoc est, qui prædii dominus sit, *l.* 1. §. 1. *l.* 6. *comm. præd. & hoc text.* Domini autem appellatione etiam emphyteutam & superficiarium comprehendimus, tam in persona constituentis, quam acquirentis, *l.* 1. §. *ult. de superfic. l.* 1. §. 1. *si ag. vect.* Cæterum his obstare videtur; quod

quod traditur, *l. 10. de serv. præd. rust. l. si servitus. 23. §. 1. de serv. præd. urb.* futuro quoque ædificio seu nondum ædificato servitutem vel imponi vel acquiri posse, siquidem ejus ædificii, quod nondum est, nemo potest dici dominus. Sed facilis responsio est, nimirum hic quoque constitutionem servitutis referri ad prædium, sed servitutis jus esse in suspenso, donec ædificium extruatur, in quo consistat, quasi sub tacita conditione constitutum. Eadem ratione & fidejussor dicitur futuræ obligationi accedere posse, *l. 6. §. ult. de fidejuss. §. 3. inf. eod.* non quidem hoc effectu, ut antequam reus debeat, fidejussor conveniri possit: sed ut demum fidejussio vim suam exerat; cum principalis obligatio, cujus illa accessio est, fuerit subsecuta, *l. fidejussor. 57. eod. tit.* De vicinitate prædiorum & utilitate dominantis actum est sub rubric.

TEXTUS.

Quibus modis servitus constituitur.

4. Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet. Potest etiam quis testamento hæredem suum damnare, ne altius tollat ædes suas, ne luminibus vicini officiat: vel ut patiatur eum tignum in parietem suum immittere, stillicidiumve adversus eum habere: vel ut patiatur eum per fundum ire, agere, aquamve ex eo ducere.

NOTÆ.

4. *Pactionibus*] Idoneis ad dominium transferendum. Non solis autem pactionibus servitutes nostræ fiunt, *l. 3. D. de obl. & act.* sed tunc cum secuta est traditio naturæ harum rerum conveniens, *l. ult. D. de serv. l. 1. in fin. P.R. l. 11. §. 1. de publ. in rem. act.* Pactiones tituli sunt & causæ acquirendi remotiores, modus acquirendi & causa proxima traditio, *§. 40. sup. de rer. divis. l. 20. C. de pact.*

COMMENTARIUS.

1. *Communi prædio ab uno ex dominis neque constitui, neque acquiri servitutem posse.*
2. *Non nudis pactionibus, quamvis ad transferendum comparatis, servitutem acquiri, sed facto aliquo, quod traditionem repræsentet.*
3. *Suprema voluntate servitutem constitui ipso jure.*
4. *Quemadmodum usu & possessione nostra servitus capiatur.*
5. *Explicatur latius, quod de constitutione & acquisitione servitutis dictum est n. 2. & refutatur singularis Bachovii opinio.*
6. *Quibus modis servitutes amittantur.*

FAlso Mynf. & Pac. existimant, hoc loci materiam tradi, ex qua servitutes prædiorum constituantur: conventio enim & ultima voluntas non materiæ, ex qua, sed causæ efficientis rationem habent, cum sint servitutum constituendarum modi. Est autem insignis hic locus, dignusque in quo explicando plusculum operæ ponatur. Servitus prædii à lege non constituitur: sed potest re exigente à judice constitui in judiciis familiæ erciscundæ & communi dividundo, in pluribus prædiis dividendis unum uni, alterum alteri adjudicante, & unum alteri servum faciente *l. item Labeo. 22. §. 3. fam. erc. l. ut fundus. 18. com. div.* Extra hunc casum à solo prædii domino constituitur. Cæterum & longa quasi possessione nostra acquiritur. 1 De domino jam aliquid dictum §. præc. addo nunc, hoc etiam exigi in constituente, ut sit dominus prædii totius, non pro parte indivisa; communi prædio unum ex dominis ne pro parte quidem sua servitutem imponere posse, *l. 2. de serv. l. unus. de serv. præd. rust.* nisi forte pariter omnes cedant: tunc enim omnes non alienæ, sed suæ parti servitutem imponunt. Quod si diverso tempore id fiat, novissima cessione superiores confirmantur, *l. 6. §. 1. l. ult. comm. præd. l. 11. de serv. præd. rust.* Benigne quoque propter conventionem receptum est, ut, qui ante cessit, vetare me uti jure cesso non possit, *d. l. 11.* Quæ omnia etiam in persona acquirentis servantur: nam nec acquirere quisquam prædio servitutem potest, nisi qui ejus prædii solus sit dominus, *l. 1. §. 1. l. 5. l. 6. in fin. l. 8. comm. præd.* & in pluribus acquirentibus eadem distinctio est, quæ in pluribus constituentibus, *d. l. 6. §. 1. l. ult. eod.* Constituitur à domino servitus duobus modis, conventione, & ultima voluntate, *l. 5. de serv. l. potest 16. comm. præd. & hoc text.* In conventionali constitutione duo ad acquirendam servitutem requiruntur: 2 pactio ad transferendum comparata, cujusmodi est stipulatio, emptio, donatio, permutatio: per *l. nunquam. 31. de acq. rer. dom.* & traditio, seu id, quod traditionis vicem in re incorporali obtinet, puta inductio in prædium servum, aut usus acquirentis, & domini constituentis patientia, *l. ult. de serv. l. 1. in fin. de serv. præd. rust. l. 11. §. 1. de publ. in rem act. per l. 3. in pr. de usufr.* Nam quemadmodum pactionis nudæ non ea vis est, ut rem corporalem nostram faciat; *l. traditionibus 20. C. de pact.* ita nec per se sufficit ad acquirendam servitutem, *l. 3. de obl. & act. d. l. 11. de publ. in rem act.* Olim hic frequens erat cessio, *l. nemo 39. de serv. præd. urb. l. 3. §. 2. & 3. l. 11. l. per quem 14. de serv. præd. rust. l. ult. com. præd.* & videtur ea necessaria fuisse in constitutione servitutum; quæ in eo consistunt, ut dominus aliquid non faciat in suo; puta ne ædes altius tollat; ne luminibus vicini aut prospectui officiat. Nam ejusmodi

modi jura quomodo per usum & patientiam constitui possint, non video: aut sane inductio in prædium hic etiam pro traditione fuit. Suprema voluntate servitus constituitur, cum ea alicui testamento legatur, *tit. de serv. leg.* in qua constitutione nihil præter voluntatem defuncti desideratur ad acquirendam servitutem, sed statim ei, cui legata est, absque ulla cessione aut traditione hæredis acquiritur, *l. ult. d. tit. l. si partem 19. §. 1. quem serv. am.* neque distinguimus amplius inter servitutem legatam per vindicationem, & legatam per damnationem, *vid. notata §. 1. tit. seq.* Modus per usum ac possessionem nostram
4 servitutem capiendi duplex. Unus communis cum usucapione rerum corporalium, si quis eam à non domino, quem dominum existimabat, constitutam per tempus legitimum continenter possederit, *l. ult. in fin. C. præscr. long. temp.* Alter servitutum proprius, si nullo quidem titulo præcedente, cæterum nec vi nec clam, nec precario, id est domino prædii servientis sciente & patiente, per continuum definiti temporis spatium servitute usi sumus, *l. 10. si serv. vind. l. 1. in fin. de aq. pluv. arc. l. 1. & l. 2. C. hoc tit.* ut hic scientia & patientia domini loco tituli aut boni initii & traditionis sint possidenti, & longi temporis consvetudo vicem servitutis obtineat. In priore specie titulus necessarius est, uti semper cum initium possessionis est à non domino, *inf. de usuc. in pr.* sed tunc dominum nihil juvat ignorantia, *d. l. ult. C. de præscr. long. temp.* In posteriore scientiam exigimus, titulum non item, alioqui tradita statim sine usucapione acquireretur, sententia communis: à qua frustra recedit *D. Duar. 1. disp. 34. ad. D. Christin. vol. 3. decis. 177. n. 4. & 5.* & nostra *lib. 1. select. quæst. cap. 31.*

Pactionibus & stipulationibus] His verbis putan-
5 dum non est à constitutione servitutum excludi traditionem: sed eodem modo ac sensu hic accipienda sunt, quo accipi constat, cum usufructus similiter dicitur pactionibus & stipulationibus constitui, *§. 1. tit. seq.* nimirum non ut significetur id, quod in constituendo extremum est, & excludatur traditio: sed ut monstrentur media & viæ, per quas hæc jura inducuntur. Extremum est, quo constituta servitus acquiritur. Id vero non est pactio aut stipulatio: sed traditio servitutis ex pactione præcedente. Pactiones tituli sunt, non modi acquirendi, *§. per traditionem. 40. sup. de rer. div.* Cæterum quia traditio nihil transfert, nisi præcedat idonea conventio, sive causa, propter quam traditio secuta sit, *l. nunquam 31. de acq. rer. dom.* ideo pactionum & stipulationum meminit, ut causarum acquirendi, & in constitutione servitutis traditionem necessario præcedentium, non ut traditionem removeat. Quemadmodum ex contrario cum dominia rerum traditionibus acquiri dicuntur, *l. traditionibus. 20. l. de pact.* non propterea removentur tituli sive causæ acquirendi remotiores, sed extremum in acquirendo significatur, id est, modus acquirendi & causa proxima: uti & cum ususfructus & servitutes dicuntur constitui per traditionem vel patientia, *l. 11. §. 1. de publ. in rem act. l. 1. in fin. de serv. præd. rust. l. 3. de usufr.* Hoc ideo diligentius monendum fuit, quia video, D. Bachovium in ea esse hæresi, ut existimet, nudis pactionibus & promissionibus solis servitutes prædiales plene perfecteque constitui, atque acquiri citra ullam traditionem aut cessionem: ac proinde etiam statim ut in conventionem deductæ sunt, actionem in rem competere. Quo quidem ego nihil unquam audivi, quod à ratione & auctoritate juris magis abhorreat. In toto enim jure modi acquirendarum obligationum distinguuntur à modis acquirendi res in obligationem deductas, sive corpora sint, sive servitutes. Modi quibus obligatio quæritur, sunt contractus & conventiones; quibus dominium rei in obligationem deductæ, traditiones, & in rebus incorporalibus ea facta, quæ traditionem diximus repræsentare. Si igitur stipulanti mihi viam aut iter promiseris, ex hac conventione non acquiritur mihi jus eundi aut agendi, quod actione in rem confessoria vindicare possim, sed obligatio duntaxat & actio personalis ex stipulatu, qua intendam, *te mihi viam aut iter dare oportere; l. 2. §. 1. & 2. de verb. obl. l. si unus. 19. de serv. præd. rust.* Tunc demum dominium servitutis nanciscor & actionem in rem, cum conventionem secuta est traditio naturæ rerum incorporalium conveniens, *l. ult. de serv. l. 1. in fin. de serv. præd. rust. l. 11. §. 1. de publ. in rem act. l. 3. de usufr.* Denique definitio tradita, *l. 20. C. de pact.* traditionibus, non nudis pactis dominia rerum transferri, generalis est, nec minus ad servitutum, quam rerum corporalium acquisitionem pertinet, *l. 3. de obl. & act.* quo loco diserte de servitute idem quod de corpore Jurisconsultus definit, eam quæsita nobis ex contractu obligatione nostram non fieri, sed tantum debitorem obstringi ad eam nobis dandam aut præstandam. Quid ergo est, quod Bachovium moverit in contrarium? Primum quod hic ait Justinianus, pactionibus & stipulationibus servitutes constitui. At idem de usufructu quoque dicitur *§. 1. tit. seq.* ad cujus tamen constitutionem fatetur Bachovius traditionem aut patientiam esse necessariam. Deinde quia Papinian. *l. 4. de serv.* scribit, servitutes ipso jure neque ex tempore neque sub conditione constitui posse: cæterum si hæc adjiciantur, vindicantem contra placita servitutem pacti vel doli exceptione repelli. Quasi ex eo necessario sequeretur servitutem per solam promissionem constitui, & perinde sit, ac si

Ju-

Jurisconsultus dixisset, servitutem neque ex tempore neque sub conditione promitti posse. Vitiosa plane collectio, & falsa quæ sequitur propositio. Aliud enim est promittere, aliud constituere servitutem. Qui promittit, actu nihil juris in rem alteri constituit, nihil dat; sed obligat se, ut det. Nec potest ulla excogitari ratio, cur minus servitutes, quam res cæteræ, ex die aut sub conditione recte promittantur, ut neque ante diem peti possint, neque antequam conditio extiterit, debeantur. Quæ vis est harum adjectionum, *§.2.inf. de verbor.obligat. l. cedere diem 213. de verb. signif. l. existimo. 98. de verbor. obligat.* At constituere servitutem est actu eam imponere, & efficere, ut jam sit quæsita prædio, *§.præc. l. 1.§.1.comm.præd.* Quid vero Papinianus? Nun ait, servitutem ex die aut sub conditione promitti non posse, sed non posse ipso jure constitui ex die aut sub conditione; id est; *ut recte Ioan. apud Accurs.* sic constitui, ut statim sit constituta & prædio acquisita; sed adjecta die aut conditione, in quæ usus servitutis & vindicatio differatur. Quod certa ratione juris efficitur; nam cum servitus semel prædio acquisita est, fieri non potest, quin à domino prædii jure vindicetur, *l.1.si serv.vind.* Cæterum ex æquitate juris prætorii est, quod placitum ope exceptionis servetur. Fefellit Bachovium, quod putavit, si quid præter pactionem aut promissionem ad constituendam servitutem desiderari posset, id esse solum usum ejus, cui constituitur, & patientiam constituentis: quibus sane in specie à Papiniano proposita locus esse non potest, cum sint contradictoria, usu servitutem constitui, & usum servitutis differri, Sed nos jam ante ostendimus, etiam aliis modis ad conventionem accedentibus servitutem posse constitui & prædio acquiri, per inductionem scilicet in fundum servum, & cessionem; qua cum veteres fere semper usi sint in constituendis servitutibus, hoc ipsum satis argumenti est, sola conventione constitui & imponi non potuisse. *add. Conan. 4.com.8.Don.11.com.10.Paul.Buf.ad d. l.4.*

Hæredem suum damnare, ne altius tollat, &c. vel ut patiatur, &c.] Hæc descripta sunt ex Gajo *l. potest, 16. com. præd.* Legati damnationis meminit, non quod servitus per vindicationem legari nequeat, contrarium enim docet *tit.de serv.leg.* sed aut exempli causa, aut quia servitutes omnes per damnationem legari possunt, per vindicationem non item: neque enim quæ in non faciendo positæ sunt, per vindicationem legari posse videntur, veluti ne hæres altius ædes tollat, ne luminibus vicini officiat. His autem verbis, *ne tollat, ut patiatur*, expressit naturam & substantiam servitutum, quæ duarum harum rerem consistit in altera, vel ut dominus aliquid in suo non faciat, vel ut aliquid in suo fieri patiatur, *l. quotiens 15. §. 1. de serv.* de quo dictum sub *rubr.* Recte fecisset Tribonianus, si hic aliquid subjecisset de amissione servitutum, juxta præscriptum *l. ult. de legib.* quod observavit in usufructu *tit. seq.* & passim in hoc libello. Suppleamus ergo quod hic deest. Amittitur servitus primum soluto jure auctoris, verbi gratia, si rei sub conditione legatæ imposita sit, & conditio extiterit, *l.11.§.1.quemad. serv.am. l. si fundus 105. de cond. & dom.* Item si prædio emphyteuta aut vasallo, & quo casu hæc prædia ad dominum redeant, *c.1.§.quid ergo de invest.de re al.fact. in usib. Feud.* quippe resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis, ut totatur in *l. 31. de pign.* Amittitur secundo remissione, tum aperta; *l.14.§.1.de serv.* tum tacita; puta si permisero domino fundi servientis in loco serviente id facere, quo servitus impediatur, *l.8.quem serv. am.* Tertio amittitur confusione, cum prædia confusa sunt, sive cum idem utriusque prædii dominus esse cœperit, *l. si quis 30. de serv. præd. urb.* Quod si partem tantum prædii nactus sim, quod mihi aut cui ego serviam, placet servitutem non confundi, *l. una 18. l. via 23. §. ult. de serv. præd. rust. Wes. par. de serv. n. 9. Cantiunc. hic.* Sed & si cum mihi per plurium fundos servitus deberetur, unum tantum atque alterum, non omnes acquisiero, servitus per cæteros retinetur, *l. si cum 15. quem serv. am.* Postremo finitur etiam non utendo; si videlicet nemo servitute usus sit, neque is, cui debetur, neque possessor prædii dominantis, amicusve aut hospes; &c. *l.usu 20.eod.* aut si quis loco quidem usus sit, sed non jure servitutis; aut jure quidem servitutis, sed non servitute constituta, *l. 10. & seq. l. si quis 18. l. ult. eod.* cæterum ita, si nemo usus sit per constitutum continuum tempus, *l.7.eod. l.6. de serv. præd. urb.* quod tempus est decem vel viginti annorum, *l. 13. C. de serv.* Enimvero si servitutis usus continuum aut quotidianum tempus non habeat, fortè quia alternis annis aut mensibus constituta est, duplicato constituto tempore non utendo amittitur, *d.l.7.* id est, adversus præsentes 20. annis, adversus absentes 40. Idemque & in longioribus intervallis pro ratione & facultate utendi statuendum. Quicunque vero aut nostro aut prædii nomine usus sit, possessor, mercenarius, hospes, amicus, colonus, fructuarius, tenebimus servitutem, *d.l.usu 20.& 4.seq.quem serv.am.* Ad urbanarum servitutum amissionem etiam aliud præterea requiritur: has enim placet non aliter perire non utendo, quam si vicinus simul libertatem ædium suarum usuceperit: veluti in servitute altius non tollendi, si per statutum tempus altius sublatum habuerit ædificium, & insuper ipse per idem tempus ædes possederit, *d. l. 6. de serv. præd. urb.* Hoc ita tam variè, quia cum rusticarum usus positus sit in solo

exercitio & facto ejus, cui debentur, solum quoque ejus non usum placet sufficere ad amittendam tempore servitutem. Contra urbanæ quia nihil exercitii habent, sed in sola ejus, qui debet, patientia consistunt, non utendo, amitti nequeunt; ideoque non sufficit, sublatum esse opus, quod servitutis retinendæ causa habebatur, nisi simul is, qui servit, hac occasione utens ad libertatem rei suæ usurpandam aliquid contra servitutem moliatur in suo, ut eleganter *D. Connan.* 4. *comm.* 12.

Titulus IV.

De Usufructu.

D. lib. 7. t. 1. C. lib. 3. t. 33.

Continuatio. Variæ servitutum personalium species: summa eorum, quæ hoc tit. tractantur.

HActenus de servitutibus rerum sive prædiorum: sequuntur servitutes personarum, sic dictæ quia sunt jura personæ in aliena re constituta: si quidem ex re, cui servitus debetur, distinctio ista servitutum petita est, ut ostendimus initio tit. præc. Species servitutum personalium multæ sunt & variæ. Etenim sciendum est, etiam jura, quæ natura sua realia sunt, ita constitui posse, ut ex ea constitutione personæ tantum acquisita esse intelligantur; veluti si in constituendo persona demonstrata sit cui soli ea præstentur; *l.* 4. *de serv. præd. rust. l. Mela.* 14. *§. ult. de alim. leg.* vel si constituta sint ei, qui prædium non habet, aut non habet vicinum. Sed & servitus personæ constitui potest, ut pomum decerpere, ut spatiari, ut cœnare in alieno liceat; quanquam prædii non potest, per *l. quoties* 15. *in fin. de servit. l.* 5. *§. & belle de op. nov. nunc. l.* 1. *§. præterea* 12. *& l.* 3. *pr. de aqua cottid. d. l. Mela. in fin. de alim. leg. Coras. Duar. Costal. ad l.* 8. *de serv. Hotom.* 8. *obs.* 20. *Cyn. ad rubr. C. de usufr. post Pet. & Hugalin. Glossatores*, ut ut *D. Cujac.* 24. *obs.* 22. id neget, & ejusmodi pactionibus non servitutem aliquam constitui & acquiri, accedente licet patientia constituentis, sed nudam ac simplicem obligationem, ut patiaris me in tuo ea facere, asserat, secutus *Gloss. Bart. Castr. in d. l.* 8. *de serv.* Cæterum hæ & similes servitutes personales innominatæ sunt & irregulares: nisi eas ad usum referas ad certum modum constitutum, cum D. Donell. 11. *comm.* 1. Nominatarum autem & vulgarium tres duntaxat species sunt; ususfructus, usus, & habitatio. Operæ enim servorum vix est, ut servitutibus personalibus adnumerari possint: tum quia non ex persona ejus, cui debentur, sed ex persona operarii æstimantur; hoc est, ex persona ejus, qui eas præstat, aut stant aut intereunt: *l.* 2. *de oper. serv. l.* 2. *de usufr. leg.* quod & nomen operarum satis ostendit; tum quia non juris sunt, ut vindicari possint, sed totæ in actu & ministerio hominis consistunt, *l.* 1. *d. tit. de op. serv. Hotom. illust. quæst.* 41. *Cujac.* 7. *ad African. ad l. quæsitum* 37. *hoc tit. de usufr.* Cæterum in plerisque usum vel usumfructum imitantur: *l.* 3. 4. 5. *de op. serv. l.* 2. *de usufr. leg. l.* 5. *§. ult. usufr. quem cau.* Ex tribus autem istis, quas dixi, princeps species est ususfructus: deque eo solo hoc titulo agitur; de usu & habitatione *tit. seq.* Quatuor autem hic ordine exequitur Imp. Primum docet, quid sit ususfructus; deinde quibus modis constituatur; tum quibus in rebus consistat; postremo quibus modis finiatur.

Textus.

De finitio ususfructus.

Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia. Est autem jus in corpore, quo sublato & ipsum tolli necesse est.

Notæ.

Alienis rebus] Hoc commune est omnium servitutum, nemini enim res sua servit, *l.* 5. *pr. si us. pet. l.* 26. *P. V.* Habet quidem & dominus jus utendi re sua, sed non separatum à jure dominico.

Quo sublato] Vel ita mutato, ut in alienam speciem & nomen transierit, *l.* 5. *§.* 2. 3. *& ll. seqq. quib. mod. us. am.* Sumpta hæc ex *l.* 1. *&* 2. *eod.*

Commentarius.

1. *Quid in definitione proposita verbo juris significetur.*
2. *Quid fructuario tribuat tum jus utendi, tum jus fruendi.*
3. *Quid juris sit, si fructuarius nondum perceptis fructibus, aut mercede locationis nondum soluta decesserit, remissivè.*

4. Ca-

4. *Colonum, creditorem ἀντιχρώμενον, legatarium proventus annui, jus ad rem tantum, non in re habere.*
5. *Vsumfructum formalem semper esse in re aliena: & quo sensu dicatur in multis pars esse dominii,*
6. *Neque maritum, neque hæredem fiduciarium, neque emphyteutam definitione contineri.*
7. *Quid his verbis definitionis, salva rerum substantia, indicetur.*
8. *In fructu non esse, quod non percipitur ex eo usu, ad quem res parata est.*
9. *Cautionem fructuariam à testatore remitti non posse: ab hærede posse, & quid si fructuarius propter inopiam fidejussorem invenire non possit.*
10. *Quid sibi velit, quod dicitur, sublato corpore usumfructum tolli.*

JVs *alienis rebus utendi fruendi, &c.*] Ex Paulo *l.* 1. *hoc tit.* Ait, *est jus.* Hoc sic nonnulli accipiunt, quasi dixisset, est servitus personalis, ut definitio contineat genus proximum definiti. Sed parum con-
1 siderate. Etenim inconcinna & inepta est ista locutio, si dixero usumfructum esse servitutem utendi fruendi re aliena: quippe cum servitus sit in serviente, uti autem & frui ejus sit, cui servitus debetur, & actio servituti contraria. Jus vim agendi, servitus patiendi significationem habet. Animadvertere debuerant, servitutes omnes jura dici & definiri solere, respectu ejus cui constitutæ sunt, tanquam personæ primariæ in hoc jure; atque eodem respectu etiam usumfructum definiri, habita scilicet relatione ad fructuarium: verbum quoque juris adjungi verbo faciendi, quod cum fit, in usu perpetuo juris, & omnium Latinè loquentium, facultatem & potestatem eo vocabulo significari. Nec metuendum est, ne hac significatione admissa definitio non reciprocetur cum re definita: nam potestatem hanc sive jus sequentia definitionis verba sic temperant, ut jura affinia satis hinc removeantur: & porro ex locis, ubi hæc definitio traditur, serieque tractationis, sponte intelligitur, subaudiri oportere, jus hoc ex constituta servitute competere, & personæ fructuarii cohærere.

Vtendi-fruendi] Forma & finis. Duo autem hæc ferè conjungi solent, *uti frui*, licet fructui usus insit, nec intersit, fructus, an ususfructus legatur, *l. per servum* 14. *§.* 1. *de usu & hab. l. antepen. de ususfr. leg.* nisi corpus, non jus demonstrare volumus, *l. vaccæ* 43. *de evict.* His autem verbis à fructuario removetur jus omne in rem, præter usum & fruitionem, rei fructuariæ alienatio, mancipiorum manumissio, proprietatis oppigneratio, *l.6.l.9.C. hoc tit.* Jus utendi hoc tri-
2 buit fructuario, ut rem fructuariam tractare & exercere possit ad usum & commoditatem suam, [ut tamen id faciat secundum rei conditionem, eamque exerceat ad eum usum, ad quem natura aut patrisfam. instituto parata est. Etenim ædibus ut ædibus utendum ad inhabitandum, fundo ad fructum capiendum, servis ad operas, vestimentis ad induendum, cæteris rebus secundum suam naturam, extra quam qui utitur, abutitur: quod latius explicatur *l.* 13. *§. ult. l.* 15. *§.* 1. *& seqq. eod.* Jus fruendi ei hoc tribuit, ut fructus omnes percipere possit, & percipiendo sibi acquirat, non naturales tantum, qui ex re fructuaria proveniunt, sive spontè sive opera fructuarii; verum etiam civiles qui per causam rei obveniunt, puta pretium venditionis, vecturas, mercedes locationis, &c. In summa, omnis reditus, omnis obventio, omnis utilitas, commodum omne, quod vel ex ipso corpore sive re fructuaria, vel occasione ejus percipitur, fructuarium sequitur, *l.7.l.9.l. arbores* 59. *§.* 1. *hoc tit. l.* 13. *quib. mod. us. am. l. qui scit.* 25. *l. in pecudum.* 28. *de usur.* Atque hinc rectè colligunt DD. usufructu castri sive jurisdictionis concesso, posse usufructuarium antiquas investituras renovare: *Menoch. lib.* 1. *cons.* 66. ad eum pertinere multas & pœnas pecuniarias, emolumenta sigilli officialium: *Schneid. ad §.* 1. *hoc tit. Molin. ad consvet. Paris. §.* 1. *Gloss.* 1. *n.* 51. *Ioan. del. Castill. tract. de ususfr. c.* 36. *n.* 29. *post Bart. Ias. & alios antiquos*, legato usufructu universitatis bonorum, cui jus patronatus annexum sit, jus præsentandi fructuario competere: *Menoch. d. cons. n.* 6. *Molin. d. loc. n.* 3. *Castill. d. cap.* 36. *n.* 35. ad usufructuarium proprietatis pertinere non tantum canonem annum, sed etiam, si stante usufructu res emphyteutica alienata sit, laudemium, *Clar. §. emphyteusis quæst.* 23. *n.* 5. *Chass. ad consvet. Burg. rubr.* 4. *§.* 6. *n.* 8. *Castill. d. cap. n.* 45. Et secundum hos, ipse aliquando ex facto consultus respondi, miratus Bachovium, qui hoc axioma damnat, ut impossibile, ut dictu & auditu absurdum, *not. ad Treutl. vol.* 1. *disp.* 16. *thes.* 11. Sed & apud nos à supremo Senatu judicatum est, bonorum omnium usufructu legato, etiam reditus vitalitios, tanquam fructus, lucro fructuarii cedere debere, *teste D. Iacobo Coreno observ. rer. à supr. Sen. jud.* 7. Cæterum quod alibi dictum, hoc loco repetendum est, fructuarii non aliter fructus fieri, quam 3
si ipse eos perceperit, aut alius ejus nomine: & ideo si maturis fructibus, nondum tamen perceptis, decesserit, hæredem jus in iis, qui terra tenentur, nihil juris habere, *§. is vero* 36. *sup. de rer. div. l.* 13. *quib. mod. us. am. l.* 8. *de ann. leg.* An vero idem & in civilibus fructibus, puta usuris, mercedibus locationis, obtinere debeat, ut scilicet fructuario ante diem, qui solvi debeant, mortuo, nihil ad hæredem ejus pertineat; an pro rata temporis, quo ususfructus stetit inter hæredem ejus & proprietarium dividi debeant, dixi sub *d. §. is vero.* De commodis, quæ fructuarium sequuntur, qui plura nosse desi-

desiderat adeat *Don.* 10. *comm.* 7. *&* 8. *Castill. cap.* 36. *&* 37. *tract. de usufr.* Habet & colonus, & creditor ἀντιχρηθεὶς, facultatem utendi fruendi re aliena?
4 cæterum illi jus tantum habent ad rem, & in personam locatoris aut debitoris, hoc est, locatorem & debitorem ex contractu tantum sibi obligatos, habent ad hoc, ut præstent uti frui licere: unde & iis actio eo nomine in personam duntaxat competit; colono, ex conducto, *l.* 15. *locat.* creditori in factum *l.* 11. *§.* 1. *de pign.* Jus autem in rem, & quod proprium eorum dici possit, de quo hic quæri constat, nullum habent: quippe quod non acquiritur, nisi traditum ex justa causa, ex qua & dominium transferretur, cujusque tuendi & obtinendi causa ad exemplum dominii vindicatio seu confessoria in rem actio prodita est, *§.* 2. *inf. de act.* Eadem & de legatario proventus annui dici possunt. Sed & hic ipse non fruitur, sed per manus hæredis reditum accipit, *l. fundi* 38. *de usufr. leg. l. liberto pr. de ann. leg. Hotom.* 1. *illust.* 24. *Castill. d. tr. cap.* 4. *&* 5.

Rebus alienis] Materia. Estque hoc commune omnium servitutum, ut sint in alieno: neque enim res sua ulli servit, *l. in re* 26. *de serv. præd. urb. l.* 5. *si usufr. pet.* Recte, inquis: at non ideo recta definitio, cum non omnis ususfructus servitus sit, & in re aliena. Duo enim, inquies, sunt genera ususfructus. Est quidam separatus à proprietate, quem quod per se consistat, & formam propriam habeat, separatam à proprietate, formalem Glossa & DD. vocant; est & alius, conjunctus cum proprietate, qui quia competit ex causa proprietatis, causalis vulgo appellatur. Quæ genera indicantur in *l. si cum argumentum* 21. *§.* 3. *de exc. rei jud. l.* 5. *si usufr. pet. l. qui usumfr.* 58. *l. si ita* 126. *§.* 1. *de verb. obl.* Illum quidem dices habere eum, qui dominus non est, in re
5 aliena: hunc autem habere dominum in re sua: ac proinde non posse non vitiosam esse definitionem, quæ minus contineat, quam definitum, videlicet alterum genus duntaxat, usumfructum formalem. Hæc objectio ne quem moveat, observandum est, verbo ususfructus simpliciter aut absolutè enunciato in toto ferè jure, & maximè in quæstione & tractatione de servitutibus, eum solum intelligi, qui à proprietate separatus est, non eum, qui alicujus est jure proprietatis; formalem, non causalem; eum, qui servitus est, non qui pars est juris dominici; quemadmodum appellationibus itineris, actus, viæ, aquæductus, tunc solum in jure utimur, cum ista per se habentur sine jure proprietatis: atque ex hoc usu definitionem ita conceptam esse, ut formali tantum conveniat, qui ut solus servitus est, ita & in re aliena solus habetur. Neque verus ista & magistralis distinctio ususfructus in formalem & causalem, vera est & genuina generis in species divisio, neque pro ea à DD. venditatur; sed potius distinctio nominis πολυσήμου in sua significata. *vid. Wes. par. hoc tit. n.* 4. *Castill. de tract. c.* 1. *n.* 16. *Pinel. in l.* 1. *C. de bon. mat. part.* 1. *n.* 10. *Gomes.* 2. *res.* 15. *num.* 2. *&* 3. Quod si porro quis urgeat, & usumfructum etiam separatum in re fructuarii esse contendat, quia pars dominii dicitur: *l.* 4. *hoc tit.* in promptu responsio est, partem dici, non quod revera pars sit, cum sit servitus, *l. rectè* 25. *de verb. sign.* sed quia in multis casibus, quod exprimit *Paul. d. l.* 4. vice partis fungitur, eodemque jure, quo dominium censetur, propter emolumentum, quod continet, *l. Mævius* 66, *§. fundo* 6. *de legat.* 2. & nimirum dictum hoc accipiemus per comparationem cæterarum servitutum, quæ cum dominio tantam affinitatem non habent. Eo pertinet, quod in venditione bonorum etiam usumfructum venire Ulp. scribit, quia appellatione domini fructuarius quoque contineatur, sententia scilicet edicti; *l.* 8. *p. de reb. auct. jud. poss.* quod fructuario de damno infecto caveatur, *l.* 13. *§. superficiarium* 8. *de damn. inf.* quod ad eum pertineat interdictum unde vi; *l.* 3. *§. unde vi interdictum* 13. *de vi & vi arm.* quod ususfructus pro parte divisa vel indivisa constitui potest, *l.* 5. *h. tit.* Sensit hoc *Gloss. in d. l.* 4. Latius explicuit *D. Connan.* 4. *comm.* 6. Postremo ut demus, usufructuarium respectu juris, quod habet, vere dominum dici posse, semper tamen in re aliena jus suum exercet. Quamobrem neque maritus, neque hæres fiducia- 6
rius, neque emphyteuta definitione continentur: quippe quorum omnium res ipsa propria est; quaque illi utuntur jure dominii, quod habent, non jure ususfructus à dominio separati Maritum verum esse dotis dominum, quamdiu constat matrimonium, infinitis locis traditum est, *inf. quib. alien. lic. in pr. l. si prædium* 13. *§.* 2. *de fund. dot. l.* 7. *§. si res. de jur. dot. l. si prædium* 23. *C. eod.* Hinc & rei dotalis vindicatio marito tributa, *l. doce. C. de rei vind.* & mobilium quoque alienatio, *l.* 3. *§.* 2. *de suis & legit. l.* 3. *C. de jur. dot. auth. sive à me. §.* 1. *C. ad sen. Vell.* Hæres quoque, qui rogatus est aliquid ex die aut post mortem suam restituere, interim ejus rei dominus est, non fructuarius, *l. species* 15. *de aur. arg. leg.* tantum quia cedente die fideicommissi restituenda est, ideo de ea tanquam aliena nonnunquam juris conditores loquuntur, ut Justinian. *l. ult. §. sed quia C. comm. de legat.* sicut & de re dotali, quia & maritus temporale dominium habet, soluto matrimonio ad mulierem reversurum, *l.* 7. *§. si fundum* 12. *in fin. sol. matr. l. in rebus* 30. *C. de jur. dot.* De emphyteuta major potest esse dubitatio propter dominium directum, quod alius habet: sed hoc non obstat, quo minus & proprietas quædam in re emphyteutica, ratione emphyteutæ considerari possit; ut & potest in re feudali respectu vasalli, 2. *feud. tit.* 43, & argumento est, quod emphy-

phyteuta potest uni seorsum usumfructum rei emphyteuticæ legare, alteri deducto eo proprietatem, *l. 1. pr. quib. mod. uſ. am. Ioan. del. Caſtill. tract. de uſufr. c. 39. n. 10. & 11.* Quid quod emphyteuta etiam ipsum fundum emphyteuticum alteri vendere, donare & obligare potest; servitutes ei imponere, & quidvis in eo extruere; contra ipsum quoque directum dominum in rem agere, non dico de jure separato, ut fructuarius in rem confessoria, sed de re ipsa *l. 1. & 2. ſi ag. vect.* ut plus etiam juris emphyteutæ, quam domini in ipsa re habeant: quam ob causam etiam domini prædiorum emphyteuticorum appellantur, *l. poſſeſſores 12. C. de fund. patrimon. lib. 11*, emphyteutæ simillimus est superficiarius, *l. 1. de ſuperfic. d. l. 1. quib. mod. uſ. am.*

Salva rerum ſubſtantia] Id est, si Theophilo & Giphanio credimus, quamdiu res salvæ manserint. Ego vero hoc amplius hac adjectione proprium seu modum indicari arbitror, ut intelligamus, fructuarium ita uti & frui debere, ut rem salvam servet domino: ac proinde hac clausula fructuarium prohiberi tum rem consumere, causamve proprietatis deteriorem facere, tum in aliam formam rem transmutare. Finge igitur, ovium usumfructum relictum esse; non debet fructuarius eas occidere, ut carne vescatur: hoc enim pugnat cum natura ususfructus. Cui fundi usufructus legatus est, non debet arbores frugiferas excidere, neque villam diruere, nec quicquam facere in perniciem proprietatis, *l. 13. §. fructuarius 4. hoc tit.* Sed & si agrum non proscindat, vites non subserat, aquæductus corrumpi patiatur, non intelligitur salva substantia re uti, *d. l. 13. §. 2.* Ædium usufructu legato non mutabit diætas vel atria, non diruet & ædificabit nova, *d. l. 13. §. ſed ſi ædium 7.* nec si meliorem domini causam faciat, *l. 7. in fin. l. 8. l. uſufructuarius 44. eod.* Nam quod traditum est, posse fructuarium causam proprietatis meliorem facere, *d. l. 13. §. 4.* hoc sic temperandum est, dum id faciat excolendo quod invenit, qualitate rei non immutata, *d. l. 13. §. ſed ſi ædium. D. Diod. Tuld. c. 4. hic.* Illud quoque quod superius leviter attigimus, explicatius considerandum est. Diximus, semper in usufructu usum inesse, *l. 14. §. 1. de uſu & hab.* eumque, qui non secundum rei conditionem re utitur, non uti, sed abuti, *l. ſed ſi quid 15. §. 1. hoc tit.* Hoc autem eo pertinet, ut intelligamus, eum, qui sic utitur, ne rectè quidem frui, nec in fructu esse, quod non percipitur ex eo usu, ad quem res parata est. Hinc igitur fructuarii non erunt partus ancillarum, *l. vetus 68. eod. §. in pecudum ſup. de rer. div. l. in pecundum 28. de uſur.* non enim ancillæ ad hoc habentur, ut pariant, sed ut serviant, *l. ancillarum 27. de her. pet.* Non pertinebunt ad fructuarium arbores grandes & frugiferæ, *l. 11. l. 13. §. 4. hoc tit.* nimirum quia non habentur, ut succidantur, sed vel ad fructum ferendum, vel ad ornatum umbramve præstandam. Hinc denique est, quod sylvam non cæduam, aut quæ ut cædua à domino habita non est, fructuarius cædere non potest, *l. 9. §. ult. eod.* quamvis materiam ex ea succidere ad villæ refectionem, & pedamenta in vineam sumere non prohibeatur, *l. 10. l. 12. in pr. eod. ubi latè D. Paul. Buſ.* Ut igitur dominus securus esse possit de proprietate, desiderante eo fructuarius cavere cogitur, & usurum se boni viri arbitratu, & cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum, quod inde extabit, *d. l. 13. in pr. l. 1. & tot. tit. uſuf. quem cau.* quæ cautio satisdatio est, *d. l. 13. l. 4. C. eod. l. 7. & ult. uſufr. quem caveat. l. 8. §. tutor. qui ſatiſd. cog.* & ad omnem usumfructum omnemque fructuarium (excepto patre fructuario adventitiorum, *l. 6. §. non a. l. ult. §. fin. 4. C. de bon. quæ lib.* item fisco: per *l. 1. §. ſi ad fiſcum 18. ut. leg. nom. cau.* & casu *l. 9. §. 2. uſufr. quem. cau.* & donatore omnium aut partis bonorum retento usufr. per *l. 19. §. 1. de re jud. cum ſimil.*) pertinet, *d. l. 13. hoc tit. d. l. 1. §. 1. & 2. l. 9. §. 1. uſufr. quem. caveat.* In tantum, ut nec à testatore remitti possit, *l. 7. C. ut in poſſ. leg. deciſ. Cur. Holl. 20. Chriſtin. vol. 2. deciſ. 175. n. 7. & ſeqq.* ne scilicet amoto cautionis metu fructuarius invitetur ad delinquendum & pro libidine sua in re fructuaria grassandum: sententia ac ratio communis, *Vid. Clar. §. teſtam. quæſt. 64. Gail. 2. obſ. 145. Ioan. del. Caſtill. tract. de uſufr. cap. 15.* Qui etiam aliam rationem affert, quod remissio illa quodammodo cum natura ac fine ususfructus legari pugnare videatur. Illud eodem loco idem rectè notat remissione cautionis facta à testatore non vitiari ipsum legatum ususfructus, sed eam pro non scripta habendam esse, *per l. 6. ut in poſſ. leg.* Quod si cautio à testatore remitti non potest, nec poterit confectio inventarii, quæ est necessarium cautionis antecedens, *Caſtill. d. loc. poſt DD. com.* Planè ut cautio ab hærede remitti possit, rationis est, *Accurſ. Cyn. Bart. Salic. Sichard. ad l. 1. C. hoc tit. Pin. in l. 1. C. de bon. matern. p. 2. num. 76. Gail. d. obſ. 145. Caſtill. d. loc. num. 16. Chriſtin. de deciſ. 175.* Putarem tamen, remissionem non obstare hæredi, quominus cautionem postea ex causa exigat, ut hæc remissio tacitam in se habeat conditionem, si rectè utatur fructuarius; eoque jure utimur. Quod si fructuarius cavere non possit, eo quod propter inopiam fidejussorem idoneum non inveniat, an non humanum est eum admitti oblata cautione juratoria? aut si eo modo non satis prospectum videbitur proprietario, an non res fructuaria apud virum bonum sequestranda est, aut eam retinere proprietarius poterit, qui contra fructuario rectè caveat, ne pereat ultima voluntas defuncti? Placet in magna varie-

varietate eorum sententia, qui totam hanc rem boni judicis arbitrio permittendam censent, qui ex personis & re, de qua agitur, tum facultatibus fructuarii dispiciat & constituat, quid in proposito debeat fieri, utrum cautio juratoria à proprietario recipienda, (ad quod tamen non facilè eum compellet) an vero apud virum honestum res deponi, vel apud ipsum proprietarium remanere debeat: ut in omnem eventum & proprietario satis consultum sit, & fructuarius commodum percipiat, quod eum percipere omnimodo testator voluit. Licebit hic usurpare illud Ulpiani in *l. 2. §. item Varus 5. in fin. de aq. pluv. arc. Hoc æquitas suggerit. &, si jure deficiamur, add. Castill. de tr. 18. num. ult. Gail. 2. obs. 47. Mynf. 6. obs. 48. Fach. 8. contr. 40. Wesemb. par. usufr. qu. ca, n. ult. Merend. 5. contr. 47. Christin. d. decis. n. 13. & seqq.* Sunt & alia onera, quæ fructuario incumbunt, puta si quid reficiendum sit, ut sarta tecta præstet, cum distinctione tamen, quæ est in *l. 7. §. 1. hoc tit.* ut animalia ægrota curet, gregem ex agnatis capitibus suppleat, in locum arborum demortuarum alias substituat: rectè enim colere & quasi bonus paterfam. debet: quod & ipsum cautione fructuaria continetur, *vid. §. sed si gregis 38, sup. de rer. div.* Hoc amplius etiam onera prædiorum agnoscere cogitur, ut tributa, vectigalia, pensitationes, quæ prædiis imponuntur, *l. 7. §. 2. l. si pendentes 27. §. 3. hoc tit. vid. Castill. d. tract. cap. 56. & seq. Christin. vol. 2. decis. 176. num. 1. & 2.*

10 *Est autem jus in corpore, quo sublato*] Sublatum hic accipimus, non omnino quod penitus & totum periit, sed quod esse desiit id, quod ante fuit; cujus pristina facies mutata, quod ita vel ampliatum vel minutum est, ut in aliam speciem & nomen transierit, *l. 5. §. pen.* & deinceps, usque ad *l. 13. quib. mod. us. am.* Quod si totum corpus tollatur, ne dominium quidem proprietasve remanet. De mutatione rei fructuariæ plenius disputamus ad *§. 3. hoc tit. in calce.*

TEXTUS.

Quibus modis constituitur.

1. *Usufructus à proprietate separationem recipit, idque pluribus modis accidit: ut ecce, si quis usumfructum alicui legaverit: nam hæres nudam habet proprietatem, legatarius verò usumfructum. Et contra, si fundum legaverit deducto usufructu, legatarius nudam habet proprietatem, hæres vero usumfructum. Item alii usumfructum, alii deducto eo fundum legare potest. Sine testamento vero si quis velit usumfructum alii constituere, pactionibus & stipulationibus id efficere debet. Ne tamen in universum inutiles essent proprietates, semper abscendente usufructu, placuit certis modis extingui usumfructum, & ad proprietatem reverti.*

COMMENTARIUS.

1. *Quot & quibus modis ususfructus constituatur, & à proprietate separetur.*
2. *Ad constitutionem & acquisitionem ususfructus solam pactionem non sufficere, sed requiri etiam traditionem seu factum aliquod traditionem repræsentans: testamento autem constitui ipso jure.*

Pluribus modis] Ususfructus non uno modo à proprietate separatur, & alteri acquiritur. Nam 1 & à lege quibusdam personis constituitur, ut patri in bonis filii adventitiis, *l. 6. l. ult. C. de bon. quæ lib. §. 1. inf. per quas pers.* item patri emancipatori in parte dimidia bonorum adventitiorum filii emancipati, *d. l. 6. §. 3. C. & §. 2. d. tit.* & à judice in judiciis familiæ erciscundæ & communi dividundo, per adjudicationes scilicet & condemnationes, si res divisionem commodè non recipiant, *l. 6. §. officio. 10. comm. div. l. & puto. 16. §. 1. fam. erc. l. 6. §. 1. hoc tit. junct. §. 4. & §. inf. de off. jud.* usu quoque nostro & longa quasi possessione, sicut reliquæ servitutes, & ususfructus nobis acquiritur; veluti si quis non dominus usumfructum nobis vendiderit, nos eum per legitimum tempus possederimus, *l. ult. in fin. C. de præscript. long. temp.* Hic duos tantum modos recenset Imp. eosque ipsos, quibus servitutes prædiorum constitui dixit in calce præced. tit. ultimam voluntatem, & stipulationes pactionesve.

Vt ecce] Formas legandi, quibus ususfructus constituitur, & à proprietate separatur, tres perspicuè explicat: in quibus notandum, verba illa (*deducto usufructu*) non esse otiosa, sed expressa consulto, ut & in *d. l. 6. hoc tit. l. 4. si usufr. pet.* Nam si uni ususfructus, alteri fundus simpliciter legetur, nominatim, non expresso (*detracto usufructu,*) ambo in usumfructum concurrent, *l. si alii 19. de usufr. leg. l. 6. de usufr. ear. rer.* Neque obstat, quod traditur *d. l. & puto. 16. §. 1. fam. erc.* si judex alii fundum, alii usumfructum adjudicaverit, non communicari usumfructum: nam in judiciis divisoriis hoc agitur, ut à communione discedatur, *l. 1. eod. tit.* Sed etsi uni ususfructus, alteri nuda proprietas legata sit, nemo, opinor, dixerit, usumfructum communicari. Ac ne illud quidem morum nostrorum simplicitati convenit, quod in *d. l. 19. de usufr. leg.* traditur, si testator alii fundum, alii usumfructum

ejusdem fundi legaverit, usumfructum contra mentem testatoris communicari, *Grænevv. ad d. l. 19. tract. de ll. abrog. Autumn. conf. jur. ad. d. l. 19. Cyprian. cens. Belg. hic.*

Pactionibus & stipulationibus] *l. 3. pr. eod. Vid. sup.*
2 *§. ult. tit. præc.* Pactionibus autem non nudis, sed vestitis, ut magistri loquuntur, iisque, quæ idoneæ sunt ad dominium ipsum transferendum; cujusmodi sunt emptio, permutatio, donatio. Potest ergo quisque dominus usumfructum rei suæ alteri vendere aut donare cedereve nuda proprietate retenta; aut rei nudam proprietatem retento usufructu, *l. quod nostrum 63. eod. l. quisquis 28. C. de donat.* potest & uni vendere vel donare usumfructum, deinde alteri proprietatem, quam retinuit. Cæterum etiam nuda pactione ususfructus rectè constituitur, si ea contractui vel conventioni legitimæ, aut traditioni divisionive in continenti adjiciatur, *d. l. 28. C. de don. l. Seia. 42. de mort. caus. don. eod. arg. l. cum essent 33. de serv. præd. rust. l. venditor. 13. com. præd. l. in traditionib. 48. de pact.* Quod autem de servitutibus prædialibus diximus, eas non acquiri pactionibus solis sine facto aliquo, quod traditionem repræsentet, hoc non minus ad acquisitionem ususfructus pertinet, *l. 5. de serv. l. 3. hoc tit. l. 3. de obl. & act. arg. l. traditionibus 20. C. de pact.* Nam in universum tenendum est, quibus in causis ad rem corporalem acquirendam requiritur traditio, in iisdem & ad res corporales acquirendas requiri, quatenus fert earum rerum natura: ut in proposito traditus ususfructus intelligitur, si dominus, à quo est, usufructuarium inducat in fundum, eumve patiatur uti frui, *d. l. 3. hoc tit.* Testamento autem constituitur ususfructus ipso jure, ut hic ad acquirendum jus in re, & vindicationem, non desideretur traditio hæredis, sed nuda voluntas sufficiat testatoris. Quod jure quidem veteri obtinebat duntaxat, cum ususfructus legatus erat per vindicationem: nam per damnationem legatus facto hæredis præstabatur, teste Paulo *3. sent. 6.* at hodie idem utriusque legati effectus post exæquationem juris omnium legatorum, *§. 2. inf. de legat. l. 1. C. comm. de leg.* Ex quo apparet, Tribonianum incuria quadam actionem personalem cum confessoria confudisse, *l. pen. C. hoc tit.* quod & locus ipse palam arguit. De legato per damnationem usufructu, accipe *l. 3. hoc tit. l. 2. usufr. pet.* de legato per vindicationem, *l. 34. §. pen. de legat. 1. l. 10. l. si quis 29. de us. leg. l. sed & qui. 25. §. ult. hoc tit. l. un. §. 2. qu. di. leg. add. Pinel. part. 2. l. 1. C. de bon. mat. n. 62. Castill. tract. de usufr. c. 9.*

Placuit certis modis extingui] Negligitur hic iterum à Triboniano lex methodi; nisi παρόληψις est, eo quod separato ita usufructu inutilis & ridicula videri poterat proprietas, cum paria sint, non habere dominium, & habere inutile. Transcriptus autem hic locus est ex Cajo *l. 3. §. 2. hoc tit.*

TEXTUS.

Quibus in rebus constituitur.

2. *Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo & ædibus, verum etiam in servis, & jumentis, & cæteris rebus: exceptis iis, quæ ipso usu consumuntur. Nam hæ res neque naturali ratione, neque civili recipiunt usumfructum: quo in numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimenta; quibus proxima est pecunia numerata: namque ipso usu assidua permutatione quodammodo extinguitur. Sed utilitatis causa Senatus censuit, posse etiam earum rerum usumfructum constitui, ut tamen eo nomine hæredi utiliter caveatur. Itaqve si pecuniæ ususfructus legatus sit, ita datur legatario, ut ejus fiat, & legatarius satisdet hæredi de tanta pecunia restituenda, si morietur aut capite minuetur. Cæteræ quoque res ita traduntur legatario, ut ejus fiant: sed æstimatis his satisdatur, ut, si moriatur aut capite minuatur, tanta pecunia restituatur, qvanti hæ fuerint æstimatæ. Ergo Senatus non fecit qvidem earum rerum usumfructum, (nec enim poterat) sed per cautionem qvasi usumfructum constituit.*

NOTÆ.

2. *Vinum, oleum*] Harum rerum non usus, sed abusus est. Boër. *in top. lib. 2. Vtimur his, quæ nobis utentibus permanent: his verè abutimur, quæ nobis utentibus pereunt.*

Quodammodo] Expendendo & alienando: ita pecunia perire dicitur apud Corn. Nep. *in Themist.*

De tanta pecunia restituenda] Clausula cautionis fructuariæ de utendo boni viri arbitratu, *l. 1. us. quem cau.* ad quasi usumfr. non pertinet: & absurdum esset, rei dominum talem cautionem præstare.

Si moriatur aut capite min.] Non aliis modis quasi usufr. extingui potest, *l. 7. l. 10. d. t.*

Sed æstimatis] Aut cavebitur de rebus ejusdem qualitatis restituendis: quanquam illud certius & tutius, *l. 7. de us. ear. rer.*

Nec enim poterat] Naturalis enim ratio auctoritate Senatus mutari non potuit, *l. 2. §. 1. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur rerum fungibilium usufructus constitui non possit.*
2. *In hoc numero rerum non esse vestimenta, contra plerosque, & ipsum adeo Tribonianum, firmis rationibus, ostenditur.*
3. *Qua consideratione pecunia & quædam alia in hoc genere numerentur.*
4. *An cautio quasi fructuaria sit de substantia quasi usufructus.*
5. *Partes cautionis quasi fructuariæ expositæ, & notatus insignis error Mynsingeri.*

HOc §. agitur de rebus, in quibus usufructus constitui potest. Et sciendum est, in rebus omnibus, unde aliqua utilitas aut commoditas qualiscumque percipi potest, usumfructum constitui posse, sive immobiles sint, ut domus, fundus; sive mobiles, ut mancipia, jumenta, supellex, &c. in quo differt usufructus à servitutibus realibus, quæ tantũ in prædiis consistunt. Sed & rerum incorporalium usufructus constitui potest, veluti nominum, *l. 3. de usufr. ear. rer.* ut fructuarius rem consecutus ea utatur. Potest & jurisdictionis, quam patrimonialem vocant, ut fructuarius multas & pœnas pecuniarias, tanquam fructus jurisdictionis, percipiat. Schneid. hic post alios, quos supra citavi. Neque hic quasi usufructus est, ut putat D. Bachovius: certè non eo sensu sic appellari potest, quo earum rerum, quæ usu consumuntur, quasi usumfructum esse dicimus: nam jurisdictio non datur fructuario, ut ejus fiat propria; ideoque & eam ipsam finito usufructu restituere debet, eodemque modo cavere, quo fructuarius rei corporalis, quæ fructum recipit, *fac. l. 1. de usufr. leg.* Solæ excipiuntur res, quas utendo consumi necesse est; cujusmodi sunt, vinum, oleum, frumentum, cæteræque res, quæ pondere, numero mensura constare, & in genere sub functionem recipere dicuntur, *inf. quib. mod. re cont. obl. l. 2. de reb. cred.* Has res ait Imperator neque naturali ratione neque civili usumfructum, recipere:
1 scilicet hæc est natura usufructus, jusque de eo constitutum, ut sit in re aliena sive penes eum, qui dominus rei fructuariæ non sit, isque jus habeat ea re utendi fructusque ab ea separandi, aut commoda ob causam rei obvenientia percipiendi, ita ut interim res ipsa, cujus proprietas apud alium est, salva & integra maneat, caveatque fructuarius se eam finito usufructu restituturum: quorum nihil in res consumptibiles, hoc est, eas, quæ usu ipso consumuntur & pereunt, cadere posse manifestum est: quippe cum ex iis nulla utilitas percipi queat, nisi consumantur, nec consumi res possit, nisi ab eo, cujus propria sit.

Vestimenta] Temerè atque inconsideratè Tribonianus inter res, quæ usu consumuntur, refert vestimenta: non enim quæ longiore usu atteruntur & detritu deteriora fiunt, usu consumi dicuntur; sed quæ utendo protinus tolluntur & delentur, quarumque non nisi in abusu usus est: alioqui eadem ratione dicendum esset mobilia fere omnia atque utensilia, præsertim lintea, ut mappas, mantilia, toralia, eodem numero habenda, atque ut vestimentorum, ita & harum rerum non verum, sed quasi usumfructum esse: quod nemo dixerit: neque Ulp. *l. 1. hoc tit. de usufr. ear. rer. quæ us. cons.* cum ait, earum rerum quasi usumfructum esse, quæ usu tolluntur, vel minuuntur, intelligit res, quæ usu deteriores fiunt, sed quæ per partes consumuntur, veluti si cui usufructus aliquot modiorum frumenti legatus sit. Illud utique certum est, vestes non esse ex earum 2
rerum numero, quæ in genere suo functionem recipiunt, quarumve datione in creditum ire possumus. Atqui non magis potest extra eas res esse quasi usufructus, quam mutuum. Denique vestimenta in rebus, quæ usu delentur, numeranda non esse: verumque eorum usum arguit, quod alteri commodari & locari possunt; quod secus est in iis, quæ ipso usu tolluntur, *§. pen. inf. de locat. junct. l. 3. commod. in fin.* Dicendum igitur omnino est, ut mancipiorum, jumentorum, suppellectilis, aliarumque rerum mobilium, licet usu atterantur, verus est & naturalis usufructus, ita & vestimentorum esse. Ea propter usufructu vestimentorum legato, non dabuntur ea legatario, ut ejus fiant, ut pro libitu ea consumere, iisve abuti possit, uti fit legato usufructu rerum fungibilium: sed ut iis utatur, quomodo vir bonus uteretur, *l. 15. §. & si. 4. hoc tit.* quod veri usufructus proprium esse ostendit prima clausula cautionis, quæ in vero usufructu desideratur, *l. 1. usufr. quem cav.* neque satisdabit legatarius, se ejusdem generis vestes finito usufructu restituturum aut earum æstimationem, ut fit in usufructu earum rerum, quæ usu consumuntur: *l. 7. hoc tit.* sed rem ipsam & speciem, quam accepit, *l. 9. §. pen. usufr. qu. cau.* juxta alteram clausulam cautionis in vero usufructu receptæ. Neque enim hac parte cautionis continetur, ut promissor rem restituat non deteriorem, quam erat tempore constituti usufructus: satis enim est, si dolo aut culpa ejus deterior facta non sit: nulla vero culpa in eo est, qui utitur quod accepit, in eam rem, in quam accepit, ut responsum est de re commodata detiriore reddita sine culpa commodatarii: *l. 10. in pr. commod.* ideoque liberatur restituendo corpus, quod superest, aut post usum extat, unde & in proposito formula cautionis non de re ipsa restituenda, sed de eo, quod inde extabit, ferè concipi solet, *l. 1. in pr. & §. ult. usufr. quem. caut.* Sed etsi cautum sit de re i-

re ipsa restituenda, idem tamen juris est; ut in hac ipsa specie, quam tractamus, Ulpianus ex Pomponio refert, *d. l. 9. §. pen. usufruct. quem. cau.* quod cum animadverteret Cantiuncula, putavit, id nescio qua speciali ratione receptum esse in quasi usufructu vestimentorum. Accursius errorem Triboniani duplici commento tegere conatur, uno in *d. l. 15. §. 4. hoc tit.* altero ad *hunc §.* Illic ut ex verbis ejus colligitur, interesse existimat, utrum vestimentorum ususfructus legatus sit tanquam quantitatis, hoc est, æstimatorum; an vero simpliciter, ut cujusvis alterius corporis. Hoc casu fatetur verum usumfructum relictum esse, & restitutione ejus, quod finito usu superest, legatarium liberari, per *d. l. 9. §. pen. usufr. quem cau.* illo autem casu quasi usumfructum vestium legatum videri, finitoque usufructu reddendam esse æstimationem: quod & Aretin. & Fab. sequuntur, eoque referunt hunc §. At hoc posito, jam non tam vestium, quam ipsius pretii quasi ususfructus erit, quod idcirco & solum restituendum, non vestes ejusdem generis: potestque hoc usu venire & in aliis rebus æstimato utendis fruendis datis, haud absimili ratione, qua species æstimari & in causam mutui converti possunt, *l. 11. si cert. pet. l. 8. C. eod. l. pro auro 25. C. de usur.* Hoc igitur parum pro Triboniano facit. Locus ipse, unde distinctionem istam collegit Accursius, mendosus videtur, nempe *d. l. 15. §. 4. hoc tit.* neque enim dubito, quin verba illa, *non sicut quantitatis usufructus legetur*, irreptitia sint, & ab imperito aliquo glossatore profecta, volente gratificari Triboniano: nam & constructionem turbant, & perplexum efficiunt sensum. Quod miror ante Bachovium neminem observasse. Alterum, quod Accursius ad defensionem Triboniani comminiscitur, est in explicatione hujus §. ubi duo genera vestium facit; unum temporalium; alterum perpetuarum: atque inter hæc genera hoc discrimen ponit, quod in temporalibus fictus, in perpetuis verus ususfructus consistat. Temporalium (de quibus solis hic Tribonianus loquatur) appellatione intelligit quotidianas: perpetuarum, funebreas & scenicas; quarum rarior usus. Verum huic distinctioni palam repugnat *d. l. 15. §. 4.* & inter quotidianæ & scenicæ vestis usumfructum hoc tantum interesse eo loco & §. seq. docet Jurisconsultus, quod scenica à fructuario locari possit, quotidiana non item. Quamvis secundum Accursii distinctionem judicatum tradat *Tessaur. decis. 80. n. 1.* vestium quotidianarum usufructu legato, cavendum esse de restitutione vestium in eadem bonitate, vel pretii illarum facta æstimatione. Si quid ad excusandum Tribonianum vel quæsito colore afferri potest, illud unum est, quod Don. 10. *comm. 4.* existimat, eum materiatum posuisse pro materia μετωνυμικῶς vestimenta pro lana, unde vestimenta conficiuntur, *vid. l. pen. de usufr. ear. rer.*

Quibus proxima est pecunia numerata] Generali pecuniæ appellatione continentur omnia, quæ in patrimonio sunt, *l. 5. l. pecuniæ 222. de verb. sign.* & ideo ait, pecunia numerata. Qua voce tantum designantur nummi, hoc est, æs, aurum aut argentum signatum sive publica forma percussum, ut jam non tam usum dominiumque ex substantia præbeat, quam ex quantitate seu valore imposititio, *l. 1. de contr. empt.* Auri autem vel argenti non signati, quin usus esse sine abusu possit, veluti valorum aureorum vel argenteorum, non est dubitandum, *l. ult. usufr. quem cau.* Quin & numismatum veterum aureorum vel argenteorum, quibus pro gemmis ad ornatum uti solent, ususfructus recte legatur, *l. numismatum. 28. hoc tit.*

Quadammodo extinguitur] Recte, *quodammodo:* non enim ut vinum, oleum, frumentum utendo, ita pecunia permutando absumitur, & revera ac naturaliter perit. Ut enim peciniam maxime cum re permutemus, solvamus, donemus alii; semper tamen manent ipsa corpora nummorum, nec usu delentur. At si spectamus eum, qui pecunia utitur alienando & expendendo, vi ipsa illi eo usu consumitur & perit. Tam enim eo casu dominus ac possessor esse desinit, quam si consumpsisset. Inter res, quæ usu consumuntur, numerandæ etiam, quibus utimur ad medicamenta, ut pharmaca, & odores, *l. pen. de us. ear. rer.* item quarum ita usus est ad res alias conficiendas, ut, nisi mutatæ ad eas res conferantur, ipsæ per se prope sint inutiles: qualis est lana, qua ad vestimenta & stragula conficienda utimur, *d. l. pen.* ad quas res si confertur, ipso usu eam perire necesse est: quippe quæ prius nenda & in filum transformanda, deinde ex filo texendum id corpus, quod inde extare volumus, *l. sed si meis 26. de acq. rer. dom.*

Utilitatis causa Senatus censuit] *l. 1. & 2. de us. ear. rer.* Quod latior esset morientium voluntas, effectum est Senatusconsulto, ut earum quoque rerum, quæ usu consumuntur, quasi quidam ususfructus constitui possit, utque illi, qui nollent hujusmodi res pleno & perpetuo jure esse legatarii, usufructu earum legato id consequerentur. In quo constituendo cum Senatus favorem ultimæ voluntatis respexerit, ut apparet ex eo, quod tantum legati harum rerum ususfructus fit mentio, tum hoc loco, tum *tot. tit. eod. l. usufruct. 69. ad leg. Falc.* item apud Ulp. *tit. de legat. §. Senatus 25.* nusquam aliter constitui; non sine causa Hotom. & Wes. cum Conan. 4. *com. 3.* existimant, conventione inter vivos non idem effici posse. Quanquam semel admisso & recepto in legatis harum rerum usufructu, nihil admodum

 videor

video, quod obstet, quominus id jus produci possit ad conventiones. Plane publica auctoritate opus fuit, ut ab initio introduceretur.

Heredi utiliter caveatur] Datis scilicet fidejussoribus: nam & hæc cautio satisdatio est, ut in vero usufructu, *l.* 8. *l.* 9. *&* 10. *eod. l.* 7. §. 1. *usufr. quem caveat*: & bis hoc eodem in loco fit mentio satisdationis. Remedio igitur cautionis introducto cœpit hic quasi usufructus haberi, *l.* 2. §. 1. *hoc tit.* sive ut ait Justinian. in calce hujus §. Senatus per cautionem quasi usumfructum constituit, imaginem scilicet veri, ut hic quoque apud alium proprietas esse, apud alium usufructus quodammodo videri possit. Nam licet hæ res ita dentur legatario, ut ejus fiant consumendi causa: tamen propter cautionem, quæ in locum proprietatis rerum apud hæredem succedit, videntur adhuc alienæ, & legatarius usumfructum duntaxat earum habere, propterea quod finito usu eandem quantitatem, quam accepit, restituere debet. Est autem hæc cautio non minus necessaria in hoc usufructu, quam alia illa in vero; neque magis, quam illa, testamento remitti potest, *l.* 1. *C. de usufruct. l.* 6. *ut in poss. leg.* Illud quæsitum, an cautio hæc sit de substantia hujus usufructus.
4 Et siquidem hoc quæratur, an necessario præstanda sit, antequam res utendæ dentur, aut rebus traditis nihilominus exigi possit, res expedita est. Nam & in vero usufructu non ante res ipsa aut fructus transferuntur, quam præstita cautione illius usufructus propria, *l.* 13. *de usufr. l.*4. *Cod. eod.* alioqui & res tradita vindicari, & omissa stipulatio condici potest, *l.* 7. *usufr. quem cav.* Sin vero hoc, an forma quasi usufructus in cautione consistat, absurda est & inepta quæstio; cum non magis cautio, quæ in hoc quasi usufructu loco proprietatis est, forma hujus usufructus dici possit, quam proprietas veri & naturalis. Sed illud fortasse quæritur, an non quemadmodum verus usufructus nullus est sine proprietate, quæ ei ex adverso opponatur, ita nec quasi usufructus intelligi possit sine cautione, quæ vicem proprietatis subeat. Et certum est, nec quasi usumfructum intelligi posse, nisi sit aliquid, quod repræsentet proprietatem: quod etiam facit cautio, ubi ea præstita est: cæterum ea ab herede omissa, nihilominus usufructus intelligitur, atque interim jus exigendi cautionem & finito usufructu condicendi quantitatem loco proprietatis potestate Senatusconsulti habebitur, *l.* 5. §. 1. *hoc tit.* ut ne eo quidem sensu cautio omnimodo necessaria sit, aut de substantia quasi usufructus. Hoc posito nemo dubitabit, quin cautio hæc ab herede remitti possit, & fructuarium sine vitio possidentem, etiam ante cautionem præstitam, commodum rei sequi debeat, ut juris est in vero usufructu; accurate *Finel, ad l.*2, *Cod. de bon. matern. part.* 2. *num.* 77. *& seqq. Castill. tract. de usufruct. cap.* 15, *&* 16. Plane eatenus de substantia quasi usufructus cautio esse dici potest, quatenus consideratur ut per eam primum à Senatu introductus & constitutus. Obiter addo, generaliter cautum Senatusconsulto fuisse, ut omnium rerum, quæ in bonis sunt, usufructus legari possit, *l.* 1, *l.* 3. *hoc tit. l.* 1. *de usufr. leg. l. usufruct.* 69. *ad leg. Falc.* atque ex eo tempore usufructu bonorum, omnium legato, etiam earum rerum, quæ usu consumuntur, usumfructum legato contineri intelligi cœpisse, *argum. l. uxori meæ* 37. *de usufr. leg. l.* 1. *Cod. de usufr.* cum ante id Senatusconsultum alio jure Romani uterentur, ut constat ex loco M. Ciceronis *in Top.* ubi scribit; *Non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum legaverit, cellis vinariis & olearis plenis relictis, putare, id ad se pertinere. Usus enim,* inquit, *non abusus, relictus est*, *add. Alciat. lib.* 7. *parerg. cap.* 2. *Mant. de conj. ultim. volunt. lib.* 9. *tit.* 6. *in pr. Castill. dict. tract. cap.* 38. *num.* 10, *&* 11. *Menoch. lib.* 4. *de præsumpt.* 142. *num.* 14. Planè si rerum mobilium duntaxat usufructus relictus sit, res fungibiles legato non contineri verius est, *Castill. dict. loc.*

De tanta pecunia restituenda, si morietur aut capite minuetur] Cautio quasi fructuaria duas partes habet quarum una est de restitutione, altera de restitutionis modo. Quippe clausula cautionis fructuariæ, de utendo boni viri abitratu, ad quasi usumfructum non pertinet, ut recte *Castill. d. tr. de usufr. cap.* 15, *num.* 13. *&* 31. contra communem. Ad restitutionem quod attinet, promittit fructuarius, se restituturum non eadem corpora, quæ accepit, quod consumptis iis fieri non potest: sed tantumdem, sive pecuniæ usufructus relictus sit, sive, vini, olei, frumenti, aut si similium rerum. Cæterum ut obviam eatur contentioni, quæ de rei qualitate incidere posset, commodius est in vino & rebus similibus, eas res dari fructuario æstimatas, eumque certæ pecuniæ nomine cavere, *l.* 7. *hoc tit.* atque ita moderandum quod ait Justinianus, *His rebus æstimatis satisdari.* Pars hæc cautionis vel maxime facit, ut in his rebus velut quidam usufructus haberi incipiat. Nam quod res restitui debet, videtur aliena; & quod tantundem, videtur restitui res ipsa. Sunt enim hæ res ejus naturæ, ut in genere suo functionem recipiant, hoc est, idem inter se mutuo præstent, dum idem genus redditur, *l.* 2. §. 1. *de reb. cred.* Apparet autem ex hac parte cautionis & obligatione fructuarii, errare Mynſ. qui putat, casus fortuitos, & rei periculum, tam in quasi usufructu, quam in vero, ad proprietarium pertinere: in quo errore & Bald. fuit. Quomodo enim liberabitur fructuarius peremptis rebus,

bus, quas non debuit? Promisit alias ejusdem generis, aut æstimationem: promisit incertas, res incertæ perire non possunt. Sed & ipsa rerum proprietas in quasi usufructu revera transfertur in fructuarium. Ut omnino non videam, cur non idem hic obtinere debeat, quod in rebus mutuo datis, quarum periculum præstat qui accepit, *§. 2. infr. quib. mod. re cont. obligat.* Pars altera hujus cautionis est conditio restitutionis, quæ hunc usumfructum etiam à mutuo separat. Ea hæc est, *Si usufructuarius morietur aut capite minuetur.* Soli enim hi duo casus interponuntur, mortis & capitis deminutionis: quoniam rerum, quæ usu consumuntur, usus aliter amitti non potest, *l. 9. hoc tit. l. 7. §. 1. usufr. quem cav.* Nam cum harum rerum proprietas in fructuarium transeat, & hoc agatur, ut pro arbitratu suo iis utatur, & non easdem, quas accepit, sed alias ejusdem qualitatis restituat, non potest hic non utendo, interitu, aut mutatione rerum usufructus extingui. Capitis autem deminutionem accipiemus maximam & mediam duntaxat: nam jus vetus, quo usufructus omnis etiam minima capitis deminutione peribat, in hac quoque specie mutatum esse à Justiniano, non est ambigendum, *l. pen. §. ult. C. hoc tit. de usufr.*

TEXTUS.

Quibus modis finitur.

3. *Finitur autem usufructus morte usufructuarii, & duabus capitis deminutionibus, maxima & media, & non utendo per modum & tempus; quæ omnia nostra statuit constitutio. Item finitur usufructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur, (nam cedendo extraneo nihil agitur) vel ex contrario, si usufructuarius proprietatem rei acquisierit: quæ res consolidatio appellatur. Eo amplius constat, si ædes incendio consumptæ fuerint, vel etiam terræ motu, vel vitio suo corruerint: extingui usumfructum, & ne areæ quidem usumfructum deberi.*

NOTÆ.

Cedendo extraneo nihil agitur] Scil. in persona extranei, & respectu intentionis cedentis. Cæterum nihilominus usufructus ad proprietatem recurrit, *l. 66. D. de jur. dot.* quod plenius probamus in *comment.*

Consolidatio] *l. 3. §. ult. l. 6. de usufr. acc.* à solido jure, solida proprietate *l. 9. §. ult. de aq. pl. arc. l. 26. sub fin. de usu leg.* dicitur etiam confusio *l. 4. us. quem cav.*

Ne areæ quidem] *l. 5. §. 2. quibus modis us. am.* quia ædes amplius non sunt, aut nominantur: & ex contrario si areæ fructuariæ domus imposita sit, usufructus interit, *d. l. 5. §. 3.* Similia habes *l. 10. §. ult. l. ult. eod.* Aliud juris est, in legato ipsius rei: quippe legata proprietate nihil est in re legata aut ex ea, quod legato non contineatur, *l. 22. de leg. 1. §. 18. inf. de leg.* eademque ratio rei nexæ pignori, *l. 21. D. de pign. act.*

COMMENTARIUS.

1. *An quemadmodum adrogatione, ita & adoptione & emancipatione jure veteri usufructus perierit.*
2. *Amitti posse usumfructum non utendo per modum utenti constitutum, & quis non uti intelligatur.*
3. *Quanto tempore non utendo usufructus amittatur.*
4. *Usumfructum extraneo cessum ad proprietatem statim reverti, contra Wes. Pinel. & alios.*
5. *Quando mutatione rei fructuariæ interior species mutata aut non mutata intelligatur.*
6. *Cur placeat, usumfructum aliquando mutatione rei extingui, etiam in partibus, quæ mutato toto supersunt: in cætero autem jure, qualiscunque mutatio inciderit, si quid adhuc restet, in eo idem jus, quod in toto fuerat, remanere.*

Quid sit usufructus, quibus modis constituatur, quæ res usumfructum recipiant, intellectum est: restat ultimum, ut videamus, quibus modis finiatur. De vero usufructu hoc nunc quæritur. Et in universum finitur tribus ex causis. Aut soluto jure auctoris; veluti si in usumfructum sub conditione legatum heres interim alteri constituerit, & conditio extiterit, *l. si sub conditione. 16. quib. mod. us. am.* quod & in reliquo jure à domino constituto similiter accidit, *l. lex vectigali. 31. de pign.* Aut lege constitutionis, veluti si usufructu ad conditionem vel ad diem constituto, conditio extiterit, aut dies venerit, *l. 4. de usufr. l. un. §. ult. quand. dies us. leg. ced. l. 15. l. 12. Cod. de usufr.* Aut natura sua, idque vel ex persona fructuarii, vel ex conjunctione usufructus cum proprietate, vel ex re ipsa, ut ex subjectis apparebit.

Morte fructuarii] Ex persona fructuarii triplici modo usufructus finitur. Primum morte ejus, sicut jura omnia, quæ personæ cohærent, cum persona extinguuntur, *l. 3. in fin. hoc tit. l. 3. Cod. de usufruct. l. 8. §. 3. de lib. leg. l. quia tale 13. sol. matr.* In servo mors domini; in filio superstite post obitum patris, ipsius filii; ante mortuo, ipsius patris spectatur, quasi duplici usufructu constituto, *l. ult. Cod. de usufr.* Civitati aut municipibus usumfructum relictum placet centum annos durare: quia is finis vitæ est hominis longævi, *l. an usufructus 56. de usufr.*

usufr. l. 8. de usufr. leg. Enimvero si interim civitas eversa sit, aut aratrum passa, quasi morte usumfructum habere desinit, *l. si ususfruct. 21. hoc tit.* Adeo autem morte finitur ususfructus, ut licet qualicunque alia ratione amissus repeti possit, morte tamen non possit, nisi forte heredibus legetur, *l. 5. in pr. eod.* quo facto non tam repetitur, quam novus constituitur in persona heredum. Nec tamen si ita legatus sit, ad secundos successores pertinebit, sed primis defunctis fienietur. Nam in re sui natura non transitoria ad heredes, heredis appellatio solum primum heredem, non ulteriores continet, ut notant *interpp. ad l. heredis 65. de verb. sign.* Cæterum male Cantiunc. Mynf. Schneid. & Gœd. ad *d. l. 65. n. 7.* putant, eandem hanc speciem tractari in *l. cum antiquitas C. de usufr.* cum nulla ibi quæstio sit de herede legatarii, sed testatoris: legatario enim non ususfructus, sed proprietas legata proponitur, sicut Glossa & D. Gothofr. casum formant: quamvis ratio decidendi eadem sit, & in utraque specie tam manifesta, ut Justinianus haud facile mihi persvaserit, veterum quemquam hic hæsitasse.

Capitis deminutione maxima & media] Hic alter modus est, quo finitur ususfructus ex persona fructuarii, & finitimus præcedenti: si quidem & maxima mediaque capitis deminutione mors quædam contingit, nimirum civilis, dum illa libertatem, hæc civitatem adimit, *l. verum. 63. §. ult. pro soc. l. 1. §. pen. de bon. poss. cont. tab. l. antepen. de reg. jur. §. 1. & 3. sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.* cui consequens est, non magis usumfructum his modis amissum repeti posse, quam amissum morte naturali. Olim etiam amitte-
2 batur ususfructus capitis deminutione minima, adrogatione scilicet, vel adoptione, aut emancipatione, teste Paulo *3. sent. 6. §. capitis.* & Justiniano *l. pen. §. ult. C. de usufr.* Atque ad hanc speciem tantum referri potest, quod de repetitione ususfructus capitis deminutione amissi legimus cum alibi, tum præsertim *l. 3, hoc tit.* in quo fallitur D. Connan. *4. comm. 6.* Cur autem veteribus placuerit etiam ea capitis minutione, quæ salva civitate contingit, usumfructum amitti, ratio non obscura est, ut plerisque videtur: utique in adrogatione obvia. Nam cum omnia, quæ sunt adrogati, facta adrogatione, ex ratione juris veteris acquirantur adrogari; *l. si paterfam. 15. de adopt. l. pen. §. 2. de bon. poss. sec. tab.* necesse est, ut ususfructus, qui in persona adrogati amplius consistere nequit, vel simul in adrogatorem transferatur, vel ad proprietatem redeat. Illud ratio juris non patitur: superest ergo, ut redeat ad proprietatem: quod & Justinianus indicat, *§. 1. inf. de acq. per adrog.* De adoptione & emancipatione idem dici non potest, Unde Bachovius existimat jus illud vetus pertinuisse duntaxat ad adrogationem. Sed tam Paulus *d. loc.* expresse testatur, etiam de adoptione, & de ea quidem in specie, quæ adrogationi opponitur. Ait enim, *Si ex adrogatione vel adoptione statum mutaverit.* Ea Justinianus *d. l. pen.* etiam de emancipatione: & alioqvi frustra dubitatum fuisset, an emancipatione filii ususfructus per eum patri quæsitus extingueretur, *l. ult. C. eod.* Verum enim vero cum ex constitutione juris antiqui filiusfam. nihil proprium haberet, præter castrense peculium. non potuit extra causam illius peculii de usufructu, qvem filius ipse haberet, amittendo disputari. Solum potuit tunc, cum ex peculio castrensi usumfructum sibi comparasset: nam empta ex peculio castrensi conditionem illius peculii sequuntur, *l. 1. C. de castr. pec. lib. 12.* cujusmodi etiam speciem proponit Justinianus *d. l. pen.* & ait, usumfructum ex ea causa filio quæsitum per emancipationem, ex definitione juris veteris periisse: quod haud dubie in adoptione quoque obtinuit, cum plane eadem sit utriusq; in proposito ratio. Non enim alia de causa ususfructus his modis intercidit, quam quia fructuarius, mutata familia & priore statu personæ, alius esse credebatur ab eo, qui ante fuerat, redactus etiam antea in imaginariam servilem causam, *l. 3. §. 1. de cap. min. l. ult. C. de emanc. lib.* An vero ususfructus sic juris subtilitate extinctus, ex edicto de capite minutis restituendus fuerit, sicut pleræque obligationes eodem modo amissæ restituebantur, non definio. Affirmat id quidem D. Bachovius: etenim neque jura omnia capitis deminutione amissa restituebantur, veluti tutelæ hæreditates legitimæ: & obligationes ideo prætor restituebat, ne contra naturalem æquitatem alteri per alterum iniqua conditio inferretur. Emancipatus vero aut datus in adoptionem de facto alieno qveri non possunt: est enim qvod sibi imputent, qvod scilicet passi sint se emancipari aut in adoptionem dari, cum id pati non cogerentur, *l. 5. de adopt. l. pen. C. de emanc. lib. Paul. 2. sent. 25.* Qvocunqve modo res habet, constat, Justinianum jus vetus, qvo ususfructus capitis minutione amittebatur, abolevisse qvantum attinet ad eam, qvæ salva civitate contingit, *d. l. l. pen. §. ult.* & voluisse usumfructum etiam simpliciter filio relictum mortuo patre, etiam post emancipationem filii, in persona filii durare. *l. ult. C. eod.* Enimvero ita demum amittebatur capitis deminutione ususfructus, si jam constitutus erat: cæterum si ante aditam hæreditatem aut ante diem ususfructus cedentem quis capite minutus fuerat, non amittebatur, *l. 1. §. 1. hoc tit.* Item si unus ususfructus relictus erat, non si plures; veluti si ususfructus legatus fuisset in singulos annos, vel menses, vel dies. Hic enim qvia commemoratio temporum repetitionis potestatem habet, *l. 2. §. 1. eod.* placebat, per singula tempora adjecta diem cedere, & il-

& illius anni, mensis, dici usumfructum amitti, qui jam processerat, *d. l.* 1. *§. ult.* quarum rerum evidens jure veteri effectus fuit. Ex his, quæ dicta, sunt, manifestum est, Tribonianum interpolasse *l.* 1. *de usufr. leg.* & verba illa, *ex magna causa*, quæ in calce sunt, responso Jurisconsulti assuisse. *Russard. in not. add. l.* 1. *Cujac. hic Castill. tract. de usufruct. cap.* 66. *num.* 16.

Non utendo per modum] Postremo finitur usus-fructus ex persona fructuarii non utendo: & siquidem omnino non usus est, nullum dubium est, quin pereat ususfructus: sed quæritur, an & non utendo per modum recte dicatur amitti, vel potius, an talis aliquis modus utenti in constituendo usufructu præstitui possit, ad quem si non utatur fructuarius, usumfructum amittat. Negat id Bachovius, erroris Tribonianum insimulans. At ego non video, cur
2 non possit. Nam si, verbi causa, Titio legaverim usumfructum ædium eo modo præscripto ut æstate habitaret, isque habitaverit hieme; vel si silvæ usumfructum alicui legaverim, ut certo tempore & modo silvam cæderet, & ceciderit alio tempore & modo: per *l.* 2. *de aq. cott. l.* 10. *§.* 1. *& seq. l.* 18. *quem serv. am.* non videbitur usus, qui ad suum modum, τῷ τρόπῳ ὡρισμένῳ, usus non est. Non uti autem intelligitur, qui neque per se utitur, neque per alios, qui negotia ejus gerunt, aut quibus usumfructum vendidit, locavit, gratis concessit, *l. non utitur* 38. *de usufruct.* Quid vero si nec isti utantur? & interest, donatarius non utatur, an emptor conductorve: nam illo casu ususfructus perit, hoc retinetur propter fruitionem pretii aut mercedis. Nam qui pretio fruitur, non minus habere intelligitur, quam qui utitur fruitur principali re, *d. l. non utitur & 2. seqq.* Potest vero ususfructus & pro parte non utendo amitti, *l.* 5. *d. tit. l. except.* 14. *l. placet.* 25. *hoc tit. quib. mod. usf. am.* & eum quoque, qui usumfructum habet, si usus tantum sit, non etiam fruitus, placet usumfructum amittere. Cæterum hoc si ignorabat se usumfructum habere, non si sciebat, *l. is qui* 20. *eodem.*

3 *Et tempus*] Quod diximus, non utendo finiri usumfructum, id ita est, si fructuarius usus non sit per tempus constitutum, intra quod si quis usus non sit, placeat usumfructum amitti. Id tempus cum olim brevius esset, Justinianus revocavit, ad ea spatia, quæ ipse præfinivit usucapionibus, *l. corruptionem*, *§.* 1. *C. hoc tit. de usufruct.* Igitur rei mobilis ususfructus amittetur non utendo per triennum; rei immobilis per decem annos inter præsentes, per viginti inter absentes, *arg. l. un. C. de usuc. transform. & infr. de usuc. in pr.* Atque hæc sane temporum distinctio optime convenit tum rationi juris; tum sententiæ quoque ipsius Justiniani in *d. l. pen.* *§.* 1. Cæterum secum ipse pugnare videtur, dum in *l. pen. C. de servit.* constituit, ut eodem tempore & rei mobilis & immobilis ususfructus non utendo amittatur: & tamen quod subjicit de servitutibus prædiorum similiter non utendo amittendis, quia tantummodo soli rebus annexæ sint, hoc iis tantum commune est cum usufructu rerum immobilium; & ita dicitur, quasi in amittendo usufructu quo diversitate rerum tempora ante distinxisset.

Si domino propriet atis cedatur] Cum vel proprietarius voluntate aut facto fructuarii usumfructum, vel fructuarius voluntate proprietarii proprietatem adipiscitur, ea res in specie à Justiniano consolidatio dicitur. In genere autem quævis ususfructus cum proprietate conjunctio sive confusio consolidatio est. Nam & morte fructuarii & capitis deminutione & non utendo consolidatur ususfructus cum proprietate, *l.* 3. *in fin. de usufr. accresc. §. seq. eod.* Est autem hæc species amissionis & ipsa ex natura ususfructus. Nam cum in una & eadem persona proprietas & ususfructus concurrunt, solidam unus proprietatem nanciscitur, neque amplius jus utendi fruendi separatum intelligi potest, hoc est, ususfructus formalis, de quo hic quæritur, perit.

Cedendo extraneo nihil agitur] Cedendo scilicet in jure: nam extra jus, etsi verbum cedere accipimus pro quovis modo concedere aut jus aliquod alteri constituere, etiam fructuarium legimus posse ita jus suum cedere extraneo, ut patiatur eum uti frui: *l. usufructu* 57. *sol. matrim.* & eum, cui habitatio legata est, posse eam alteri cederere, hoc est, locare, aut vendere, *l. cum antiquitas* 13. *C. de usufr.* Diversi juris ratio mox indicabitur. Verba autem hæc, *nihil agitur*, *Wesenb. par hoc tit, Pinel. l.* 1. *de bonis matern. p.* 3. *num.* 39. *Ioan. del. Castill. tract. de usufr. cap.* 69. *num.* 20. *& seq. Bronch.* 1. *ass.* 91. sic accipiunt, quasi dixisset Imp. cedendo extraneo ususfructus non finitur, non redit ad dominum proprietatis, nec ad extraneum transit, nulli ea cessio aut damnum affert aut lucrum: quibus accedit & Ant. Matthæus. Verum ego existimo, quod & frequentius placuit, id quod hic dicitur, nihil agi, referendum esse ad intentionem cedentis & diversum exitum cessionis, quia ususfructus in extraneum, cui 4
cessus est, non transit, sive quia per cessionem extraneo factam non finitur transeundo, ut fit cum ceditur domino proprietatis: nihilominus tamen ex accidenti & præter mentem cedentis contingere, ut & hic finiatur atque ad proprietatem redeat, cum à persona discedere interitu suo non possit, *l. vel si* 15. *fam. erc.* Atque ita in terminis diserte responsum est à Pomponio, *l. si ususfructus* 66. *de jur. dot.* Quæritur eo loco, qua ratione ususfructus in dotem

marito

marito datus à domino proprietatis soluto matrimonio mulieri sine fraude ipsius reddi possit : & ait Jureconsultus, à fructuario cedi non posse nisi domino proprietatis ; &, si extraneo cedatur, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum. Quia igitur in proposito cessio mulieri damnosa foret recurrente usufructu ad proprietatem, hoc consilii Jureconsultus dat, ut usufructus mulieri locetur, vel vendatur uno nummo : ita fore, ut ipso jure penes maritum remanente facultatem fructuum percipiendorum mulier consequatur. Hoc responsum non satis pensiculatè examinasse videntur auctores paulo ante memorati, dum negant ex eo effici, quod nos dicimus, usumfructum statim ut cessus est extraneo, ad proprietatem redire: sed hoc saltem, rediturum suo tempore, scilicet morte fructuarii aut aliis modis finitum. Nam hoc etiam futurum est, remedio, quod Jureconsultus suggerit, adhibito. Sed & quod ait, eo demum adhibito jus ipsum penes maritum remanere, certum argumentum est eo omisso non remanere. Postremo si non statim post cessionem cum proprietate usufructus conjungitur, nullum mulieri præjudicium maritus cedendo faciet, consequeturqve mulier id ipsum, quod quærebatur, & qvo nihil amplius desiderare potest, perceptionem fructuum usqve dum morte mariti usufructus finiatur. Quorsum igitur consilium Jureconsulti? Aut cur negat in proposito quicquam transire? Non est contrarium, quod fructuarius jus suum cuivis extraneo vendere aut gratis etiam concedere potest, §. 1. *inf. tit. prox. l.* 12. §. 2. *l. non utitur.* 38. *de usufr.* Nam qvi vendit usumfructum aut alteri concedit, non hoc agere intelligitur, ut jus omne totum, quod habet, à se dimittat & transferat in alium, sed ut retento jure, quod ex constitutione personæ ejus inhæret, facultas tantum fructuum percipiendorum ad alium pertineat, quamdiu jus illud in persona sua durabit. Quod & ipsum etiam tunc obtinet, cum usufructus venditus est domino proprietatis, *l. Pomponius* 29. §. 1. *hoc tit. quib. mod. us. am.* indeque est, qvod finiri dicitur usufructus, non si vendatur proprietario, sed si cedatur. Quod nescio an quis alius animadverterit. Cessio autem vetus est & proprium alienationis genus, qvæ fiebat in jure ad prætorem, quaque id agebatur, ut à cedente jus omne qvod habebat, penitus abiret & transferretur in eum, cui cedebatur. Cujus meminit *Cic. in Top. & Boët. ibid. item Ulp. in fragm. tit.* 11. *&* 19. *Paul.* 5. *sentent.* 6. Igitur in proposito discedente per cessionem à persona cedentis fructuarii omni jure, quod ante habebat, duorum alterum evenire necesse est, ut aut in eum, cui cessus est, usufructus transeat, & novus constituatur fructuarius; aut revertatur ad dominum proprietatis : illud ut fiat, ratio juris non sinit : relinquitur ergo alterum, ut usufructus ad proprietatem recurrat, & consolidatione finiatur. Similia sunt, quæ de tutela & hæreditate cessa notat Ulp. *d. tit.* 11. §. 6. *& d. tit.* 19. §. 13. Non adeo magni momenti sunt, quæ porro huic sententiæ subjiciuntur; veluti quod ea, quæ personæ cohærent, facto ejus mutari non possunt, *l. ea quidem C. si manc. ita fuerit alien.* Nihil enim minus hic verum est ; alioqvi ne ipsi quidem domino usufructus cedi posset. Item quod non præstent impedimentum, qvæ de jure non sortiuntur effectum, *c. non præstat. de reg. jur. in* 6. siqvidem novum non est, ut qvæ de jure non sortiuntur effectum, qvod aliis noceat, noceant tamen ei, qvi fecit, *l.* 3. *qui & à quib. man. pr. sup. quib. ex ca. man. junct. l.* 5. *C. de serv. pign. dat. man.* §. *ult. inf. de donat. l. hæres* 28. *qui & à quib. man. junct. l. si quis inquilinos* 112. §. 1. *de legat.* 1. *l. actione* 65. §. 3. *pro soc.* sufficitque ad hoc, peccatum esse ignorantiâ juris, licet delictum propriè non versetur, *argum. l. regula in pr. &* §. *si quis* 5. *de jur. & fact. ign. l. cum quis* 10. *C. de jur. & fact. ign. l. error. Cod. ad leg. Falc.* & passim alias. Quæ non valent, ut fiunt, puniuntur, quia non fiunt, uti oportet, *tit. de his quæ ut indign. auf. tit. de jur. fisc. & similib.* In summa, non est novum ut quod de jure non sortitur effectum ratione unius, ut ei prosit, sortiatur tamen respectu alterius, ut ei noceat. Exemplum in *l. plane* 34. *pr. de legat.* 1. *l. licet* 20. *l. legatum* 24. §. 1. *de adim. leg.* sicut nec illud ut, qui male agit, nihil agere dicatur, *pr. Inst. quib. ex caus. man. junct. l.* 5. *de serv pign. dat. man. l.* 13. *de donat. junct. l.* 37. §. *ult. de acq. rer. dom.*

Ne areæ quidem usumfructum deberi] Supervacuum foret monere, sublata re fructuaria usumfructum extingui, si nihil aliud eo significaretur, quam finiri usumfructum interitu totius rei. Sed sciendum est, hoc etiam pertinere ad eas res, quarum species interior & forma mutatur, licet post mutationem pleræque partes maneant, quæ erant ejusdem corporis, in quo usufructus consistebat : nam & hic quia res desinit esse, quod prius fuerat, perinde usufructus extinguitur, ac si ea in totum sublata esset, nullaque ejus pars amplius in rerum natura existeret. Quod multis rerum exemplis declaratur, *l.* 5. §. *pen. & ult.* & porro usque ad *l.* 13. *item l. pen. & ult. hoc tit. l. qui usumfructum* 36. *de usufr.* Cæterum etsi magna mutatio in re facta sit, si tamen ea priorem rei speciem non prorsus tollat, placet usumfructum manere, *l.* 8. *&* 2. *seqq. hoc tit. l. si cui* 53. *de usufruct.* Hoc igitur videndum, quando mutatione rei facta 5 forma seu species prior mutata intelligi debeat. Et de eo statuendum ex mutatione nominis, tenendaque generalis hæc notio ; Si talis mutatio incide-

rit,

rit, ut res propterea in aliud nomen transeat, prius amittat, formam etiam rei mutatam censeri, & usumfructum interire: sin post mutationem vetus nomen maneat, non videri speciem mutatam, atque usumfructum retineri. Non sane quia nomen quidquam pertineat ad substantiam rei; sed quia ex nomine, ut ex posteriori, quale quidque sit, intelligitur: à forma enim res nomen accipit, eaque mutata iterum amittit: indeque est, quod per nomina dicimur cognoscere & dignoscere rerum naturas, auctore Platone *in Cratyl.* Ad priorem mutationis speciem pertinet exemplum, quod hic & in *d. l.* 5. *§. pen.* affertur de ædibus, quarum usufructus legatus erat, sublatis: nam sublata superficie, quia ædes amplius non sunt aut nominantur, forma rei mutata intelligitur; ideoque nec areæ, quæ adhuc superest, licet pars ædium fuerit, *l. domo* 21. *de pign. act. l. qui res* 98. *sub fin. de solut.* ususfructus debetur. Ex contrario quoque, si in area, cujus ususfructus legatus est, domus posita sit, ex mutato nomine rem mutatam intelligimus. Et usumfructum interire, *d. l.* 5. *§. ult.* Similiter si quadrigæ usufructu legato vel unus ex equis decesserit, vel gregis usufructu legato numerus ovium ad eam paucitatem redactus sit, ut gregem non constituat, una cum nomine quadrigæ aut gregis ususfructus extinguitur, *l. quid tamen* 10. *§. ult. l. ult. eod.* Eandemque rationem habet, quod pecorum usufructu relicto, si qua pecora moriantur, adeo pereat ususfructus, ut nec carnis aut corii supersit, *l. pen. quibus mod. us. am.* Posterioris generis exemplum est, si fundi ususfructus legatus sit, & villa diruta: nam hic cum nomine fundi, cujus villa tantum accessio est, usumfructum manere placet, *l.* 8. *l.* 9. *& d. l.* 10. *in pr. eod.* Item si pars ædium, in quibus ususfructus constitutus erat, licet maxima, corruerit, pars tamen homogenea, quæ superest, ut nomen, ita & usumfructum retinet, etiam totius soli, *l. si cui* 53. *hoc tit. de usufruct.* Quæritur autem hujus juris ratio, & omnino cur placeat vel aliquando usumfructum rei mutatione extingui, & in iis etiam partibus, quæ mutato toto adhuc extant: nam in cætero jure regulariter atque indistinctè receptum est, ut re mutata, qualiscunque mutatio facta sit, si quid adhuc restet, in eo jus idem, quod prius in toto constitutum erat, remaneat. Ut ecce; Insula legata combusta est, area nihilominus vindicari potest, *l. si grege* 22. *de legat.* 1. domus pignori obligata est, sublata superficie area pignori obligata manet, *l. domo* 21. *de pign. act. l. Paulus* 29. *§.* 2. *de pignor.* Grex legatus est, & postea numerum ovium in tantum decrevit: ut grex non intelligatur, tamen capita, quæ supersunt, vindicari possunt, *d. l.* 22. *de legat.* 1. Pecora legata mortua sunt: etiam τὰ λείψανα ex legati causa debentur, *l. quid ergo* 53. *§. sed si* 5. *de legat. junct. l. solum* 49. *§. de rei vind. l.* 14. *§.* 2. *de cond. furt.* Cur omnia contra in legato usufructu rei? Probabile est, quod D. Bachovius respondet, (dicam autem, si possum, explicatius) ideo in proposito aliud in usufructu, aliud in proprietate legata placuisse, & usumfructum amitti, quia incidente ea, quam dixi, mutatione, res amplius eum usum præstare aut pati non potest, qui fuit tempore testamenti facti, & quem solum testator legasse censeri debet, non alium, quem aliquando res mutata præbere posset: atque omnino finito eo usu, quem tunc res habebat, solidam proprietatem ad eum pertinere voluisse, cui eam nudam interim reliquerat. Constat autem, longe alium usum esse ædium, alium areæ; alium gregis sive universitatis, alium singulorum capitum; alium pecoris, alium corii, *l. quid. ergo* 73. *§.* 3. *de usufruct.* Cum vero res ipsa aut proprietas rei legatur, nihil est in re legata aut ex ea, quod dici potest legato non contineri. Proprietas uniusmodi est, eadem totius & singularum partium: unde & toto dissoluto aut mutato, partium, quæ supersunt, proprietas manet. Eademque ratio est rei nexæ seu pignori obligatæ. Plane si universorum bonorum ususfructus legetur, quæcunque in toto aliquo mutatio contingit, semper partis, quæ post mutationem manet, ususfructus debetur, & talem, qualem pati potest, præstabit; scilicet quia sub appellatione bonorum etiam separatim partis illius ususfructus legatus est, *l. quotiens* 34. *§. ult. de usufr.*

6

Textus,
Si finitus sit.

4. ***Cum autem finitus fuerit totus ususfructus, revertitur scilicet ad proprietatem, & ex eo tempore nudæ proprietatis dominus incipit plenam in re habere potestatem.***

NOTÆ.

4. *Finitus fuerit totus*] Diserte *totus.* Quippe qui inter se jus habent accrescendi, *l.* 1. *& tot. tit. de usufr. accresc. Vide Fusius in comment.*

Commentarius.

1. *Propria juris accrescendi inter plures in eundem usumfructum conjunctos.*

Totus ususfructus] Cum ususfructus in totum finitus est, ad proprietatem, unde discesserat, revertitur, atque ex eo tempore qui ante formalis erat, causalis incipit esse ut vulgus Interpp. loqui amat. Ait autem diserte, si *finitus fuerit totus*: nam si pro parte tantum, ita demum pro parte amis-

amissa ad proprietatem redit, si non plures in eundem usumfructum conjuncti sunt, aut conjuncti omnes eum amiserunt, *l.1.pr.& §.3.l.3. de usufruct. accresc.* Conjuncti inter se jus accrescendi habent: de quo jure ex professo dicendum sub §. *si eandem inf. de legat.* tantum quæ propria hujus sunt in usufru-
1 ctu, hic obiter notabimus. Sunt autem maxime duo: unum est in parte deficiente & accrescente; in quo hoc singulare, quod & quæsita & deinde amissa jus accrescendi admittat, sive conjuncto accrescat, *d.l.1.§.3.* alterum in persona ejus, cui accrescit, ut & jus accrescendi habeat, qui suam partem vel non agnovit vel agnitam amisit, *l. 10. eod.* quorum neutrum obtinet in proprietate pluribus legata, aut in pluribus hæredibus ad eandem hæreditatem vocatis. In his enim sic jus est, primum ut nunquam unius portio, quam semel agnovit, alteri collegatario vel coheredi accrescat: deinde ut ita demum deficientis seu legatarii seu hæredis portio accrescat alteri, si is portionem suam agnovit, & agnitam habet, *d.§.si eadem, l. qui ex duabus 53. §.1. de acq. hær. l. 3. §. ult. & duab. ll. seqq. de bon. possess. l. si ex pluribus, de suis & leg. hær. l. un. §. his ita & seq. C. de cad. toll.* Diversi juris rationem ex Celso & Juliano indicat Ulpian. *d.l.1.§.3.* quia ususfructus cotidie constituitur & legatur, non ut proprietas, eo solo tempore, quo vindicari potest, hoc est, quo nondum quæsita est. Hæc una ratio utrumque hoc, quod proprium in usufructu esse diximus, efficit, ut scilicet & amissus alteri conjuncto, utpote cui is adhuc legari intelligitur, accrescat, & accrescat etiam non agnoscenti vel amittenti portionem suam; quippe cui & ipsi ea portio, quam non amisit, adhuc legari intelligatur. Hinc illa veterum; *Ususfructus non portioni, sed homini accrescit, l.14. §. 1. de exc. rei jud.* Item, *Portio fundi velut alluvio portioni personæ fructus accrescit. Papin. l. si Titio 33. in fin. hoc tit. de usufr.* Consul. *Donn. 10. comm. 23. Ioan. Svev. 1. de jur. accresc. 4. & Clariss. JC.B. M. D. Corn. Swanenburg.* in libello suo posthumo *de jur. accr. cap. 4.*

TITULUS V.

D. lib. 7. t. 8. C. lib. 3. t. 33.

De usu & habitatione.

Continuatio: quid sit usus, quid uti; quæ onera usuario incumbant.

EX tribus servitutum personalium formis una & præcipua superiore titulo explicata est, ususfructus: sequuntur duæ reliquæ, usus & habitatio; ac de utraque conjunctim nunc agitur hoc in titulo. Primum de usu, quibus modis constituatur & amittatur, digito ostenditur; mox quid contineat, accurate docetur exemplis usus fundi, ædium, servorum, pecorum: postremo tractatur de habitatione. Quo peracto aperitur aditus ad modos acquirendi jure civili. Usum sic recte definiemus, jus alienis rebus utendi, salva rerum substantia. Usus est jus, sicut & ususfructus & prædiorum quoque servitutes jura sunt, & dicuntur respectu ejus, cui debentur. Est jus utendi, non etiam fruendi: nam fructui quidem usus inest; at usui fructus deest, *l.14.§. hoc tit.* Uti, est rem tractare & exercere ad commoditatem aliquam ex ea percipiendam, quæ secundum rei conditionem inde percipi potest. Atque hoc usui commune est cum usufructu, quod uterque in commoditate ex re percipienda versatur: verum hoc interest, quod nudus usus quotidiana utentis sufficientia & consumptione terminatur, ususfructus omne rei emolumentum continet. Est igitur usus jus utendi duntaxat; non etiam fruendi: sed de eo postea magis serio. Cætera definitionis etiam usuifructui conveniunt: nam nec usus rei proprie separatus intelligitur; & usuarius ita etiam uti debet, ut ne rem consumat aut transformet, causamve proprietatis deteriorem faciat, eoque nomine cavere, scilicet adempta fructus causa, usurum se boni viri arbitratu, & cum usus finitus erit, restituturum quod inde extabit, *l.5.§.1.l. pen. usf. quem. cav. l. pen. §.2. hoc tit.* quod mirum est negare D. Giphanium. In aliis oneribus hæc distinctio placuit, ut si omnis fructus ad usuarium redit, etiam onera, puta tributa, & impensas refectionis culturæve, ferre debeat; si ad proprietarium, hunc onera sequantur; si vero ad utrumque, pro rata dividantur, *l. si domus 18. eod.*

TEXTUS.

Communia de Usufructu & Usu.

Iisdem illis modis, quibus ususfructus constituitur, etiam nudus usus constitui solet: iisdem illis modis finitur, quibus & ususfructus desinit.

COM-

COMMENTARIUS.

1. *Quid inter usum & usumfructum intersit, tum in constituendo, tum in amittendo.*

Ait, iisdem modis nudum usum constitui solere, iisdemque modis amitti, quibus ususfructus constituitur & desinit; idemque traditur *l. 3. §. ult. de usufr.* & de constitutione, *l. 1. §. 1. hoc tit.* Constituitur igitur & nudus usus pactionibus & stipulationibus; maximè vero testamento, sicut & ususfructus *§. 1. tit. præc. l. 3. l. 6. de usufr. tot. tit. de usu & usufr. leg.* & testamento quidem ipso jure, pactionibus autem accedente facto seu traditione constituentis, puta si usuarium induxerit in fundum aut ædes, aut patiatur eum uti, *d. l. 3. de usufr.* Sed & longa quasi possessione nostra usus acquiri potest; sicut cæteræ servitutes omnes, *l. ult. C. de præscr. long. temp.* Amittitur morte usuarii, maximaque & media capitis deminutione, non utendo, consolidatione, interitu & mutatione rei usuariæ, quibus scil. modis usumfructum extingui constat, *§. pen. tit. præc.* Est tamen quod inter hæc duo & in constituendo & in amittendo intersit. In constituendo, quod ususfructus etiam pro parte constitui potest, usus non æquè, *l. 5. de usufruct. l. usus 19. hoc tit.* Etenim frui pro parte possumus, uti pro parte non possumus sed usus cujusque semper in solidum est, *d. l. 19. junct. l. 5. §. ult. commod.* Hoc autem ex eo est, quod usus tantum necessitati servit, & solo utentis facto ac consumptione terminatur, nihil relinquens quod dividi possit: in quo similis est servitutibus prædiorum, quæ & ipsæ, quia in solo usu consistunt & facto terminantur, individuæ, *l. viæ 17. de serv. l. 1. §. si ususfruct. 9. ad leg. Falc.* Ususfructus autem dividuus est: quia licet & ipse in facto ab initio consistat, facto tamen solo non terminatur, sed post se relinquit & fructuario adjicit fructus atque omnem rei utilitatem, cujus utique divisio esse potest, *d. l. 1. §. 9. l. sed usufr. 81. ad l. Falc. Cujac. Donn. & DD. vulg. ad l. stipulationes 72. de verb. obl. Gomes. 2. res. 10. num. 18. Castill. tr. de usufr. c. 31.* Adhæc usumfructum quoque constitui legimus in judiciis familiæ erciscundæ & communi dividundo, si judex alteri fundum, alteri usumfructum adjudicaverit, *l. 6. §. 1. de usufr. l. 16. §. 1. fam. erc. l. 6. §. 10. comm. div.* de usu nihil tale, non magis quam servitutibus prædiorum. In amittendo hoc interest, quod usus amissus semper ad proprietatem redeat, nunquam ad conjunctum, ut aliquando ususfructus. Quinimo plures in eundem usum conjungi non possunt: nam qua ratione usus divisionem non recipit, eadem nec recipit communionem. Ea propter si duobus ejusdem rei usus legatus sit, nulla intelligitur conjunctio aut usu inter eos communio; nec concursu partes faciunt. Et ideo altero deficiente nihil alteri accrescit, sed quod omissum aut amissum est, statim ad proprietatem redit: ac neque communi dividundo judicio locus est inter duos ejusdem rei usuarios, *l. 1. com. div.* ut inter plures ejusdem rei fructuarios, *l. 7. §. 10. eod. tit.* nisi utili: *arg. l. 32. de stip. serv.* & tum res ita transigetur, ut uni usus totus adjudicetur, & is alteri vicissim condemnetur in præstationem partis æstimationis, *l. 10. §. 1. comm. div.* aut ut utendi necessitas inter eos temporibus dividatur, *per l. arbor. 19. §. ult. d. tit.*

TEXTUS.

Quid intersit inter usumfructum & usum fundi.

1. ***Minus autem juris est in usu quam in usufructu: nam is, qui fundi nudum habet usum, nihil ulterius habere intelligitur, quam ut oleribus, pomis, floribus, fœno, stramentis & lignis ad usum quotidianum utatur: inque eo fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit, neque iis, per quos opera rustica fiunt, impedimento: nec ulli alii jus, quod habet, aut locare, aut vendere, aut gratis concedere potest: quum is, qui usumfructum habet, possit hæc omnia facere.***

NOTÆ.

1. *Minus juris*] Id est, minus emolumenti. Nam usus quotidiana utentis sufficientia & consumptione terminatur, *l. 12. §. 1. h. t.* ususfructus omnem rei utilitatem continet, *l. 7. l. 9. D. de usufr.* Denique fructuarius defruitur. Defrui est omnem rei fructum percipere. Fest.

Hactenus morari] *l. 11. eod.* sed explica hæc ex *l. 10. §. ult. l. 12. pr. eod.*

Hæc omnia facere] *l. 12. §. 2. l. 38. l. 67. D. de usufr. l. 8. §. ult. D. de per. & com. rei vend.* retento scil. jure, quod personæ ejus inhæret, *l. 66. D. de jur. dot.*

COMMENTARIUS.

1. *Usuarium etiam ex fructibus industrialibus sumere posse, quantum ad victum sibi sufficiat; & qua conditione.*
2. *Modus hujus juris proprius; & quam large aliquando cum usuario agatur.*
3. *Quarum partium fundi possessio quodammodo penes usuarium.*
4. *Usuarium rem utendam alii locare aut vendere non posse: nisi fortè ex conjecturis appareat, hoc quoque jus ei concessum.*

5. Fructuarium posse jus, quod in re fructuaria habet, alteri locare, vendere, gratis concedere: retento sc. jure, quod ex constitutione personæ ejus inhæret.

HOc §. *& 3. seqq.* docet Imperator, quid rei cujusque usus contineat, & quibus in rebus discrepet ab usufructu: idque, exemplo veterum, declarat propositis ordine quatuor speciebus, usu fundi, ædium, servorum, pecorum: unde reliquarum rerum usus satis intelligi potest. Initio tradit generalem regulam, quæ ad rerum omnium usum ex æquo pertinet. Ait, minus juris esse in usu, quam in usufructu; id est, minus emolumenti, ἧττον κέρδος: siquidem usus cujuscunque rei non plus commoditatis aut utilitatis tribuit, quam quantum usuario necessarium est, eique sufficit ad usum & consumptionem quotidianam, arg. *hujus §. & l. plenum* 12. §. 1. *eod.* Ususfructus autem extra hanc sufficientiam & consumptionem progreditur, omnemque utilitatem, commodum omne, quod quavis ratione ex re percipi potest, sine exceptione continet, *vid. tit. pr. in pr.* Denique & usus fructui inest: & ideo si usufructu legato, usus adimatur, placet nullam esse ademptionem; & , si tibi usus, mihi ususfructus legetur, concurrere nos in usu, *l. per servum* 14. §. 1. *& 2. hoc tit.* In summa utimur ad indigentiam, fruimur etiam ad compendium: uno verbo, fructuarius defruitur. Defrui dicebant antiqui, teste Festo, ut deamare, deperire; significantes, omnem fructum percipere. Planè in pecunia & cæteris rebus, quæ usu consumuntur, nihil interest, usus legetur, an ususfructus; quia usus in his rebus tantum continet, quantum ususfructus, *l. 5. §. ult. l. 10. §. 1. de usufr. ear. rer. quæ us. consf.*

Oleribus, pomis, floribus, fœno, stramentis & lignis] De
1 his nulla fuit inter veteres controversia. Dubitatum de foliis, oleo, frumento, frugibus: sed obtinuit contra Nervæ sententiam, ut etiam ex his usuarius sumere posset, quod ad victum sibi & familiæ suæ sufficiat; & generaliter ex omnibus, quæ in fundo nascuntur, *d. l.* 12. §. 1. *hoc tit.* Malim tamen eo loci *pro foliis* legere *oleis*, cum D. Cujac. *in not. ad hunc loc. & 9. obs.* 37. *Don.* 10. *comm.* 25. ut oleæ & oleum conjungantur cum cæteris, quæ majus proprietarii onus continent: nam ineptum videtur atque iniquum, usum foliorum arborum denegare ei, cui pomis, fæno, olere, lignis uti conceditur: & quod de usu foliorum ex Catone & Columella refert Rævard. 2. *conj.* 4. pecora illis ali solita, hoc vel magis ad fœnum pertinet. Stramenta quoque jumentis usui sunt & esui, & poma, olera, familiæ domini rusticæ. Nullo autem colore, quod Jureconsultus de foliis indefinitè enunciat, trahi potest ad folia barbarica aut Indica; aut cum Zas. *par. hoc tit. n.* 12. (unde transtulit Cantiuncula in paraphrasin suam) ad folio mori, quam fronde nova pubescentem depascuntur bombyces; aut palmæ, ex cujus foliis in quibusdam partibus lanam trahi, & validos funes in Oriente fieri testatur *Plin. lib.* 13. *c.* 4. *& lib.* 16. *c.* 24. Et cur non addiderunt scopas etiam è palma fieri solitas, quod ostendit Martial. *lib.* 14. his versibus;

In pretio scopas testatur palma fuisse:
Sed pretium scopis nunc analecta dabunt.

Et fortassis hic usus non minus Europeæ, quam Asiaticæ & exoticæ fuit. Cæterum ita demum eximo, vinum, frumenta, & cæteras fruges in usum venire, si vindemiarum sementisque & arationis pro sua parte usuarius sumptus ferre velit: quod etsi nusquam scriptum est, humanitas tamen suggerit: & usu fundi relicto, si non major sit fructus, quam qui legatario usui sit, æquum est, ipsum solum onera culturæ sustinere, *per l. si domus* 18. *hoc tit.* Manifestè autem fallitur Wesemb. *par. hoc tit. n.* 2. dum simpliciter negat, usuarium uti posse frumento aut cæteris fructibus industrialibus, contra textum expressum in *d. l.* 12. §. 1. *eod.* & cur, cum impensas sementis præbet non utatur terræ matris largitione?

Ad usum quotidianum] Modus utendi hujus juris 2
proprius dum ex his omnibus sumat usuarius, quod ad victum sibi suisque sufficiat, non amplius, *d. l.* 12. §. 1. Quantum autem cuique sufficiat, id æstimandum ex dignitate & conditione utentis: neque enim ita usus restringendus est, ut non etiam pateat & honestati vitæ & dignitati. Quin etiam longius aliquando itur, & tam largè cum usuario pro dignitate ejus agitur, ut his rebus non tantum cum familia, sed etiam cum convivis & hospitibus uti ei permittatur: hactenus tamen, ut oleo, frumento, & cæteris frugibus cum convivis & hospitibus utatur in villa: cætera, quorum non admodum grave onus est, si abundent in fundo, etiam in oppidum deferri hujus rei gratia possunt, *d. l.* 12. §. 1. Enimvero necesse non est, sumere singulis diebus, quod in singulos eos sufficiat: sed ex penu, hoc est, ut ego interpretor, ex eo, quod ad penum pertinet, capere licet, quod sufficiat in annum: quamvis eo modo fructus consumantur, quod facilè evenire potest usu mediocris prædii relicto: nam usuarii prior semper ratio est, *l. si alii* 42. *de usufr.* & in usu domus & servi hoc accidit, ut nihil alii fructuum nomine supersit, *l. fundi* 15. *hoc tit. D. Tuld. comm. hic cap.* 2. eademque causa est navis, vestimentorum, vehiculi, & similium rerum, quarum fructus in usu est. Cæterum usuario intra annum mortuo, quod ex penu superest, ad hæredem ejus non pertinebit: desiit enim posse uti, neque usuarius fructus, quos decerpsit, aut collegit, suos facit, aut perceptione dominium eorum acquirit, quod tribuitur fructuario: sed tantum jus iis modicè utendi habet. Illud constat,

stat, non posse ei, qui usum habet, objici quod pecuniis abundet, unde sibi quæ opus sunt, aliunde quam ex re usuaria comparare possit.

3 *Hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit*] Possessio earum fundi partium, quæ ad fructum ferendum comparatæ non sunt, quodammodo penes usuarium est: placet enim, eum solum usurum cellis vinariis & olearis, dominum invito eo non usurum: *l.* 10. *in fin. hoc tit.* Deambulandi quoque & gestandi in locis ad eam rem paratis solus jus habet *d.l.* 12. §. 1. *eod.* Prætorio autem, hoc est, villa urbana, sive domo, non fundi, sed domini causa parata, non utetur, nisi & nominatim hujus usus relictus sit, & tum quidem utetur solus, *d.l.* 12. *in pr.* Sed villam suo jure occupabit, & dominum illo venire prohibere poterit: tantum pati cogetur illic habitare colonum & familiam rusticam, quæ agri colendi causa illic sit: sed nec impedire poterit, quominus proprietarius ipse eo veniat ad fructus percipiendos, & per tempora fructuum colligendorum ibi habitet, *d. l.* 10. §. *ult. & d. l.* 12. *in pr.* Hinc explicandum quod ex Gajo *l.* 11. *eod.* Justinianus hic tradit, hactenus usuarium in fundo morari posse, ut neque domino fundi molestus sit, neque iis, per quos opera rustica fiunt, impedimento.

4 *Nec ulli alii jus quod habet locare aut vendere*] Quod hic traditur, etiam ad aliarum rerum usum pertinet, *l.* 8. *& d. l.* 12. §. 4. *& ult. eod.* & hanc habet rationem, quod in usu spectatur persona ejus, cui relictus est & modus familiæ ejus, ut pro conditione & dignitate sua utatur: quod fieri non potest, si alii venderet: nam emptoris alia potest esse consideratio & multum diversa à conditione usuarii. Id tamen cum hoc temperamento accipiendum est, nisi ex conjecturis appareat, testatorem jus quoque locandi aut vendendi usum concedere voluisse. Cujusmodi conjecturæ sumi possunt vel ex conditione legatarii, vel ex genere relicti. Nam si aurigæ usus equorum legatus sit, cum testator sciret eum hujus esse instituti & vitæ, placet eum etiam locare equos posse: quia de hoc etiam usu testator videtur sensisse & retulisse usum ad rationem vitæ legatarii, *d. l.* 12. §. 4. Si silvæ usus legatus sit, Adrianus statuit fructum quoque legatum videri: quia nisi liceret cædere silvam & vendere, quemadmodum usufructuariis licet legatarius nihil habiturus esset ex eo legato, *l. pen. eod.* quod plerique sic accepere, si silva remotior sit ab oppido, ut, si cogatur legatarius ipsa eam cædere, & quod excidit usus sui causa domum comportare, plus impensurus sit, quam si in propinquo ab aliis emeret: neque ita intelligendum, quasi legatario liceat cædere & vendere tantum, quantum solebat dominus, aut quantum fructuario licet; sed pro modo & ratione usus sui. In universum autem non esse invidendum usuario, *Connan.* 4. *comm.* 5. *& Wesemb. par. hoc tit. num.* 1. existimant, si velit, fructus, quos usus sui causa jam percepit & collegit, alteri vendere aut donare.

5 *Possit hæc omnia facere*] Rem utendam fruendam alteri locare, vendere, gratis concedere, *l.* 12. §. 2. *de usufr.* etiam invito hærede, *l.* 67. *eod.* Græci καὶ ἄκοντος τοῦ δεσπότου, ἢ καὶ κληρονόμου αὐτοῦ. Interpretes hoc restringunt ad nudam fruendi commoditatem: cæterum veteres amplius quid intelligere videntur, qui sic loquuntur, ut dicant, usufructuarium, jus, quod habet, *l.* 11. *hoc tit.* usumfructum, *l. non utitur.* 38. *eod.* jus utendi fruendi, *l.* 8. §. *ult. de per & com. rei vend.* posse alteri concedere, locare, vendere. Et illud tamen certum est, non posse fructuarium ullo modo alteri constituere usumfructum, hoc est, novum in suum locum fructuarium substituere, nisi volente & sese accommodante domino proprietatis, *l. usufructu* 57. *sol. matr.* Dicendum videtur cum domino Bachovio, duplex quodammodo jus fructuarium habere. Quorum unum merè personale est, ita infixum personæ ejus, cui ususfructus primo constitutus est, ut ab eo avelli nequeat: unde etiam cum de amittendo aut finiendo usufructu quæritur, ejus solius persona semper spectatur, *d.l.* 8. §. *ult. de per. & com. rei vend.* Alterum reale, consistens in usu & fruitione rei fructuariæ, quod à fructuario abire & in alium transferri possit, licet à personali illo jure promanet, inque eo ita radicetur, ut necesse sit cum illo extingui. Illustrat hanc distinctionem exemplo hæredis & creditoris: in quibus similiter jus geminum animadvertimus: unum, quod personale est, atque ossibus eorum, ut DD. loquuntur, inhæret, hæredi ex aditione hæreditatis, creditori ex obligatione quæsitum: alterum reale in re quæsita aut debita. Illud in eo cernitur, quod qui semel hæres extitit semper hæres maneat, ac proinde vendita hæreditate nihilominus actiones hæreditarias ipse exerceat & excipiat, *l.* 2. *C. de hær. vel de act. vend.* creditor actione vendita jus ipsum agendi adhuc retineat, *l.* 3. *C. de novat.* Hoc in eo, quod hæres jus omne, quod in re habuit, in emptorem hæreditatis transfert, *l.* 2. *in pr. & passim de hær. vel act. vend.* qui ob id vicem hæredis obtinere dicitur, *d. l.* 2. §. *antepen.* & utilibus etiam actionibus suo nomine experiri potest: ut & is, cui nomen venditum aut legatum est, *l. si cum* 16. *de pact. l.* 5. 7. 8. *C. de hær. vel act. vend. l. ex legato* 18. *C. de legat.* Potest igitur fructuarius, ut eo redeam, etiam jus, quod habet, in alium transferre: utique tamen non illud, quod ex constitutione personæ ejus inhæret; sed eo retento, quod extra personam ejus consistit, quod habet in re fructuaria. Cumque nullo modo efficere possit, ut ipsum jus, quod habet, à se abeat atque

atque in extraneum transferatur, ne hoc quidem agere voluisse in dubio censeri debet; sed ubi causa sive titulus non obstat, seu appellatione usufructus aut jus utendi fruendi nihil amplius transferre, quam jure suo potest; veluti si locavit usumfructum aut jus utendi fruendi, si vendidit, donavit, *d. l. non utitur 58. de usufr. l. 11. hoc tit. d. l. 8. §. ult. de per. & comm. rei vend.* De cessione autem in jure idem dici non potest, quia per eam necessario jus omne à cedente abibat, secundum ea, quæ tradita sunt sub §. pen. superioris tituli.

TEXTUS.

Ædium usus.

2. *Item is, qui ædium usum habet, hactenus jus habere intelligitur, ut ipse tantum inhabitet: nec hoc jus ad alium transferre potest: & vix receptum esse videtur, ut hospitem ei recipere liceat, & cum uxore liberisque suis, item libertis, nec non personis aliis liberis, quibus non minus, quam servis utitur, habitandi jus habeat. Et convenienter, si ad mulierem usus ædium pertineat, cum marito ei habitare liceat.*

NOTÆ.

2. *Item is*] Hic locus ex variis prudentum responsis confusus est, *l. 2. l. 3. & aliquot. seqq. hoc tit.*

Vt hospitem recipere] Ex veteri more hospitii, quod inter privatos contrahebatur. V. Bud. ad pand. in *l. 6. §. 3. de off. proconf.* Salmas. ad *jus Attic. cap. 26.*

Nec non personis alius] Tandem eo decursum, ut & inquilinum recipere possit, dum ipse quoque inhabitet, *d. l. 2. §. ult.* & pensionem percipere, *l. 4. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Vsuarium non prohiberi, dum ipse inhabitat, partem ædium, quam non occupat, alii locare.*

HOc §. ostenditur, quid contineatur usu ædium: latissimè autem hoc declaratur *l. 2. §. 1. cum 6. ll. seqq. & l. pen. §. 1. hoc tit.* De eo nemo dubitavit, quin is, cui ædium usus legatus est, eas inhabitare possit: uti & illud quoque semper constitit, non posse usuarium habitationem alteri locare, vendere aut gratis concedere, *hoc text. & l. 8. eod.* Circa eum autem qui ipse inhabitat, quædam quæsita sunt. Veluti si ædes amplæ sint, & tam augustus usuarius, ut eas totas simul occupare non possit, an non liceat proprietario partibus iis, quæ vacabunt, uti: sed placuit, non licere: quia cum usuarius jus utendi habeat, etiamsi nunc non utatur, postea tamen cum voluerit, uti potest, & alio tempore partes illas occupare, *d. l. pen. §. 1.* Item, an qui ipse inhabitat, possit in partem habitationis alios admittere: de quo mox in explicatione textus.

Nec hoc jus ad alium transferre] Qui usum ædium habet, neque locare, neque concedere habitationem, neque vendere usum potest, *l. 8. hoc tit.* quod non est speciale in usu ædium, sed ad aliarum quoque rerum usum pertinet, ut relatum *sup. §. præc.* Illud speciale est, quod usus ædium & ususfructus in eo solum differunt, quod hic locari, vendi, alteri concedi potest, ille non potest. Cæterum utentis nihil interest, usum ædium habeat, an usumfructum; idque clarissimè patet ex locis supra citatis, & hoc §. *junct. l. 15. eod.* Quod autem diximus, eum, qui usum ædium habet, non posse habitationem locare aut alteri concedere, hoc ita est, si seorsum locet aut concedat sine se, *d. l. 8.* nam si ipse inhabitet, non prohibetur partem ædium, quam ipse non occupat, aut, quia nimis spatiosæ, occupare non potest, alteri locare, ut pensionem percipiat, *l. 4. hoc tit.* quod Labeo dicebat, posse eum, qui ipse habitat, inquilinum recipere, *l. 2. in fin. eod.* notatus à Proculo, quod *inquilinum* non belle appellavit eum, qui cum alio habitat, *d. l. 4.* nam *inquilinus* propriè dicitur, qui in conductis ædibus habitat solus, *l. rei pignori. 37. de acq. poss. l. 1. §. 1. l. 2. de migrand.*

Et vix receptum esse videtur] Quod ait vix receptum esse, ut is, qui ædium usum habet, hospitem recipere possit, sic accipiendum est, ægrè quidem ab initio id receptum esse propter dubitationes veterum, tandem tamen obtinuisse, *d. l. 2. §. 1.* Ait. *ut hospitem recipere liceat.* Eum, qui ipse in habitat, placuit etiam hospites recipere posse, *d. l. 2. §. 1.* sive gratuitum illis hospitium præstet, sive mercenarium, *d. l. 2. §. 1. & d. l. 4. in pr.* nec audiendus Bachovius, qui verbo hospitis eos solos significari existimat, quibus more veterum ex singulari amicitia jus mutuum ἰδιοξενίας, hoc est, privati hospitii erat: de quo *Bud. ad l. 6. §. 3. de off. proconf. Salmas. ad jus Attic. c. 26.* Planè etsi quemlibet extraneum convictorem recipere potest: tabernam tamen cauponariam ei exercere non licebit, quæ publicè viatoribus omnibus & peregrinis pateat, *arg. l. 13. §. ult. de usufr.*

Cum uxore liberisque suis, item libertis] Domus usuimarito relicto, facilè admissum fuit, ut maritus illic habitaret cum uxore liberisque suis, cum servis item & famulis, id est, cum omni familia, *d. l. 2. in pr.* Quæstionis autem fuit, an & cum libertis: sed Labeo & Celsus etiam hoc recipi posse admiserunt, *d. l. 2. §. 1.* Paulus & clientes, *l. 3. eod.* Ita dicebantur homines liberi, qui se ad potentioris alicujus ductũ applicabant, ut ejus patrocinio defenderentur in capite & fortunis, *l. 7. §. 1. de capt. & postlim.* susceptos

ptos posterior ætas vocavit, *Consul. Hotom. in Lexic.* Nec mirum. hoc admitti, cum etiam extraneus quilibet, ut jam dictum est, recipi possit, qui modo honestè cum eo, qui usum habet, habitaturus sit.

Cum marito ei habitare] Nec mulieri matrimonio carendum sit, cum uti vult domo *d. l.4. §.1.* Sed etsi usus ædium mulieri legatus sit ea conditione, si à viro divorisset, placuit tamen, cum viro habitaturam, remissa ei conditione legati, *d. l. 8. §. 1.* Hoc amplius, si virgini aut viduæ legatus sit, placuit & postea nubentem cum viro habitare posse, *d. l. 4. §.1.* Nec solum cum marito, sed & cum liberis, parentibusque & liberis, cum socero etiam habitaturam: atque eo usque processum, ut eosdem, quos masculi, etiam mulieres recipere possint, *d. l.4. in fin. & l.6. eod.* Possunt ergo & hospitem, sed non aliter, quam si is sit, qui honestè cum iis sit habitaturus, *l.7. eod.*

TEXTUS.

De servi vel jumenti usu.

3. Item is, ad quem servi usus pertinet, ipse tantum opera atque ministerio ejus uti potest: ad alium vero nullo modo jus suum transferre ei concessum est. Idem scilicet juris est & in jumento.

NOTÆ.

3. *Ipse tantum opera*] Non modo tamen ad ministerium suum, sed etiam liberorum suorum & conjugis, *l. 12. §. pen. eod.*

In jumento] ὑποζυγίῳ, equo, bove, asino, *v. d. l.12. §.3. & 4.*

COMMENTARIUS.

Servorum usus est in eorum operis: est & in fructibus, hoc est, iis rebus, quæ per servos acquiruntur. Operis uti potest usuarius in re qualibet, nec tantum ad ministerium suum, sed etiam ad liberorum suorum & conjugis, *l. plenum 12. §. pen. & ult. hoc tit.* dum tamen secundum conditionem servi: nam & à fructuario hoc exigitur, *l. 15. §. 1. de usufr.* Cæterum ipsum usuarium uti oportet, non aliis operas locare aut utendas concedere: quanquam parum refert utrum utatur in re planè sua an in opere alieno, quod ipse expediendum conduxerit, *d. l.12. §. ult. & l. seq. eod.* De iis, quæ per servum usuarium acquiruntur, ita placuit, ut si quid acquirat ex operis suis, id non acquiratur usuario; quoniam nec locare servi operas potest: sin autem ex re usuarii, puta si institor erit, & opera ejus usuarius utatur in taberna ad merces emendas & vendendas, aut si jussu usuarii per traditionem accipiat, usuario acquirit, cum hac opera in re sua usuarius utatur, *l. per servum 14. in pr. l. si ita 16. §.2. l. servus 20. eod.*

Idem scilicet juris est & in jumento] Jumentorum quoque usus, sicut servorum, in operis est, & quidem solis, ut equorum, mulorum, asinorum; item boum: habetque in his usuarius omnem usum ad arandum ad vehendum sub jugo, ad onera ferenda, & ad cætera, ad quæ hæc animalia apta sunt: utetur autem secundum conditionem cujusque jumenti & morem regionis, *l.12. §.3. & 4. hoc tit.* nec locabit, nisi fortè de eo etiam usu testatorem sensisse appareat. Quid enim si aurigæ equitii usus legatus sit, cum sciret testator eum hujus esse instituti? *d. l.12. §.4.* Et si fortè unius bovis usus legatus sit homini tam inopi, ut alterum emere non possit, nec cum uno fundum suum arare, non puto ei invidendum, ut cum vicino, qui itidem bovem habeat, agat, ut per aliquot dies invicem boves ad opus faciendum commodent, ne legatum ei inutile sit, *arg. l. pen. in pr. eod.* Hoc & Cantiuncula; ex quo ad verbum, ut ferè omnia, descripsit Mynsing.

TEXTUS.

De pecorum usu.

4. Sed & si pecorum vel ovium usus legatus sit, neque lacte, neque agnis, neque lana utetur usuarius: quia ea in fructu sunt. Planè ad stercorandum agrum suum pecoribus uti potest.

COMMENTARIUS.

Pecorum vel ovium] Ἁμάρτημα Triboniani; nisi legendum, *veluti ovium,* οἷον προβάτων, ut vertit interpres Græcus, & flagitat locus Pauli *d. l.12. §.2. hoc tit.* unde hic desumptus est: quippe nemini dubium est, quin appellatione pecorum etiam oves contineantur: & facetum est, quod ex Mynsingero in margine hic adscripsit Pacius, quamvis oves sint species pecorum, non propterea tamen legatum ovium esse speciem legati pecorum.

Neque lacte, neque agnis, neque lana] Igitur in usu pecoris, puta gregis ovilis, vaccarum aut caprarum, minimum est: nam nihil ex iis, quæ in fructu harum pecudum sunt, usuarius sumere potest: sed tantum ad stercorandum agrum suum, quo pinguior & fœcundior fiat, his uti: & insuper modico etiam lacte, neque enim tam strictè voluntates interpretandæ, *d. l.12. §.2.* Cumque cæterarum rerum

etiam possessionem tradi usuario oporteat, ut iis utatur, diversum tamen esse apparet in pecoribus, quæ tantum ad fructum ferendum habentur.

TEXTUS.
De habitatione.

5. Sed si cui habitatio legata, sive aliquo modo constituta sit, neque usus videtur, neque ususfructus, sed quasi proprium aliquod jus: quanquam habitationem habentibus, propter rerum utilitatem, secundum Marcelli sententiam nostra decisione promulgata, permisimus non solum in eo degere, sed etiam aliis locare.

NOTÆ.

5. Nostra decisione] Ex constitutione Justiniani habitatio usumfructum ædium imitatur, ut & locari possit; & consequenter etiam vendi & gratis alteri concedi, jure ipso apud eum, cui constituta est manente: nihil enim interest. Constitutio extat in *l.13. C. de usufr.*

COMMENTARIUS.

1. *Falso à nonnullis negari, habitationem esse speciem servitutis personalis.*
2. *Habitationem tam vendi & gratis concedi, quam locari posse.*

Restat ultima species servitutis personalis, habitatio. Ea est jus in ædibus alienis habitandi cum personis quoquo modo ad nos pertinentibus. Etenim effectu idem penè est habitatio, quod usus ædium: easdemque personas, qui habitandi jus habet, recipere potest, quas usuarius, *l.10. hoc tit.* Constituitur quoque habitatio iisdem modis, quibus usus & ususfructus, iisdemque modis finitur, excepto quod non finiatur non utendo, *d. l.10.* quod ideo placuit, qui habitatio magis in facto, quam in jure consistit, *l. pen. de min.* ex quo est, quod legatæ habitationis dies non semel cedat, sed per dies singulos, perinde ut ususfructus in singulos dies relicti, *l.1. pr. quand. dies usf. leg. ced. & arg. d. l. pen. de cap. min.* ut plura hic sint legata, & quasi nova singulorum dierum habitatio: ob quam etiam causam nec capitis deminutione (scilicet minima) olim amittebatur, *d. l. pen. & d. l.10.* Ex constitutione autem Justiniani nec usus nec ususfructus ita perit, *l. pen. C. de usufr.* ut jam hac in parte nulla amplius sit differentia: quod vix unus aut alter, quod sciam, admonuit.

Quasi proprium aliquod jus] Hoc est, species quædam servitutis personalis quæ propriè neq; usus est, neque ususfructus; licet olim parum distaret ab usu, *d. l.10.* Hodie per constitutionem Justiniani *l.13. C. de usufr.* ad usumfructum propè accedit. Sunt tamen qui negant, habitationem esse speciem servitutis personalis, & omninò servitutem esse: quoniam duæ tantum personarum servitutes memorantur à Marciano *l.1. de serv.* Sed ille vel exempli causa duas istas duntaxat retulit, vel sub usu etiam habitationem comprehendit, quia jure veteri habitatio effectu idē erat, quod usus, auctore Ulpian. *d. l.10.* Quod autem ajunt, de servitute tam personali quam reali proditam esse agenti actionem in rem confessoriam, *§.2. inf. de act.* eum autem, cui habitatio constituta sit, actionem tantum personalem habere, vel ex testamento, vel ex stipulatu, vel commodati, aut præscriptis verbis, eo quod habitatio non sit jus aliquod in re, vel ut illi loquuntur, non in dominio, sed in obligatione consistat, id quoque perperam dici existimo. Nam esse aliquod jus in rem, vel ex hoc ipso loco apparet: & argumento est, quod conjunctim cum usu & usufructu de hoc jure & hic & in Pand. & C. tractetur. Nullum autem certius argumentum est habitationem servitutem & personæ esse, quam servitutis definitio, tum generalis, tum specialis personarum: est enim jus in re aliena alteri constitutum, quo dominus aliquid pati cogitur in suo, & jus constitutum personæ. Nec obstat, quod habitatio in facto potius, quam in jure consistere dicitur *l. pen. de cap. min.* nam idem ferè & de usufructu prædicatur, *l. un. quand. dies usf. leg.* Dicuntur enim ista per extenuationem, non quod sint nuda facta: estque similis habitatio usuifructui in dies aut menses singulos legato; *d. l. pen.* Si igitur is, cui in dies aut annos singulos ususfructus legatus est, eum confessoria vindicare non prohibetur; cur non & confessoria pro habitatione competat ei, cui ea legata est? Nec verum est, quod Hotomannus scribit, usum & usumfructum servo aut filiofamil. legatum, domino aut patri acquiri; habitationem non acquiri: idque liquet vel ex ipsa, quam citat, *l.9. quand. dies leg. ced. junct. l.2. & 3. eod.* Agnosco autem lubens sensus mei hebetudinem, qui videre non possum, quomodo id, quod de actione commodati aut præscriptis verbis ei, cui habitatio constituta est, danda profertur, probari possit ex *l.1. in fin. pr. commod. junct. l. si gratuitam 17. in pr. de præs. verb.* Illud quidem video, tractari illic de actione commodati aut præscriptis verbis danda domino ædium, qui habitationem commodavit, sive gratis alicui concessit. Sed quid hoc ad rem?

Quanquam habitationem habentibus, &c. etiam aliis locare] Hoc est, quamvis in hoc habitatio ex nostra constitutione usumfructum imitetur; quod eam alteri

teri locaei permisimus, *l. cum antiquitas* 13. *C. de usufr.* Poterit ergo & vendi & gratis alteri concedi jure ipso apud eum, cui ab initio constituta est, manente, secundum ea, quæ diximus §. 1. *sup. eod.* nihil enim interest: & puerile nimis, quod quidam ajunt, ideo habitationem vendi aut donari non posse, quia est jus personale: nam eadem ratione nec ususfructus vendi aut donari posset: & si nihil aliud obstaret, usus quoque locari aut vendi non prohiberetur: sed in usu spectatur conditio personæ usuarii & indigentia pro modo familiæ ejus: alius autem alio numerosiorem familiam habet, & pluribus indiget; nec una omnium conditio, ut recte D. Connan. 4. *comm.* 5. Putat Hotomannus, etiam jure veteri habitationem commodari potuisse, licet usus non potuerit: per *d. l.* 1. *commod. & d. l.* 17. *de præsc. verb.* sed fallitur πονηρᾷ ἐκδοχῇ. non enim de habitatione jam alicui constituta, & ab eo, cui constituta est, alteri commodata illic agitur, sed de commodata aut gratis alicui concessa demum à domino ædium: quomodo locus istos etiam accepit D. Bachovius.

TEXTUS.
Transitio.

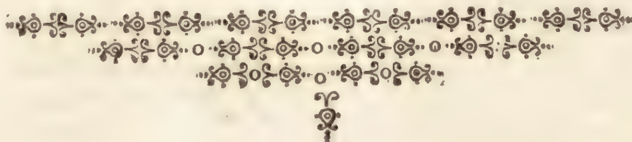
6. Hæc de servitutibus, & usufructu, & usu, & habitatione dixisse sufficiat. De hæreditatibus autem & obligationibus suis locis proponemus. Exposuimus summatim, quibus modis jure gentium res acquiruntur: modo videamus, quibus modis legitimo & civili jure acquiruntur.

NOTÆ.

6. Legitimo & civili jure] Antiquitatis studiosi consulant Budæ, in Pand. ad *l.* 2. §. *& cum placuisset.* 24. *de orig. jur.*

COMMENTARIUS.

Duplex transitio, & utraque perfecta: in epilongo prioris respicitur ad *tit. de reb. corp. & incorp. hujus libri secundum:* ubi cum non tantum servitutes prædiorum, usus & ususfructus inter res incorporales numerentur, verum etiam hæreditas & obligationes, ac de servitutibus, usufructu & usu hactenus tractatum sit, videri poterat, nunc protinus de hæreditatibus & obligationibus dicendum esse: sed in propositione, seu membro sequenti, harum rerum tractationem in alium locum rejicit: tractationem de hæreditate, quia adhuc agendum de modis, quibus res acquiruntur singulæ; susceptione autem hæreditatis acquiritur bonorum universitas: tractationem de obligationibus, quia obligatio non est jus in rem, de cujusmodi jure acquirendo nunc quæritur, sed ad rem duntaxat, pariens creditori actionem in personam, non vindicationem rei. In posterioris epilogo respicit ad §. *singulorum* 11. *sup. tit.* 1. *de res. div.* quo loco recepit, se post expositos modos acquirendi jure gentium dicturum esse de iis modis, quibus dominium nanciscimur jure civili: quod est τὸ ἐφεξῆς. Modi acquirendi jure civili vel singulares sunt, vel universales. Singulares, quibus acquiruntur res singulæ: universales, quibus una acquisitione, tanquam per aversionem, acquiruntur bona alicujus universa: de quo genere acquisitionis agere incipit *inf.* §. *ult. tit.* 9. hujus libri. Modi acquirendi jure civili res singulas duo tantum ab Imperatore exponuntur, usucapio *tit. seq.* & donatio *tit.* 7. Cur de legatis & fideicommissis, quæ huc alioqui pertinent, nunc non simul tractare voluerit, dicetur *d.* §. *ult.* Pertinent item huc & alii modi: veluti cum possessori attribuitur dominium rei, quam dominus vi eripuit aut invasit, §. 1. *inf. vi bon. rap. l.* 7. *C. unde vi,* cum uno ex duobus, qui à Principe munus acceperunt, moriente absque hærede, pars deficientis consorti accrescit, *l. un. l. si liberal. imp. soc. fin. hæred. dec. lib.* 10. item cum pupillo, ecclesiæ acquiruntur res ex pecunia sua emptæ absque ulla traditione, *l. ult. C. de sacros. eccles.* Mancipatio, quam Cicero in *topic. traditionem nexu* vocat, & in jure cessio, de quibus *Vlpian. tit.* 19. *Boët. ad d. loc. Ciceronis,* jam tempore Justiniani exoleverant: antiquitatis studiosi adeant *D. Ant. Concium* 1. *disp.* 12. *clariss. Salmans. c.* 8. *de usur.*



TITULUS VI.

D. Lib.41. Tit.3. C. Lib.7. Tit.31. & 33.

De Usucapionibus & longi temporis præscriptionibus.

1. *Non satis considerate à D. Cujacio & aliis pro* præscriptionibus *hic reponi* possessionibus.
2. *Quibus in rebus olim usucapio & longi temporis præscriptio differebant.*
3. *Falli, qui putant usucapionem tantum esse rerum mobilium.*
4. *Quæ qua serie hoc titulo tractentur.*

INter acquisitiones juris civilis vel prima & præcipua est usucapio. Nam etsi ea Græcis quoque non incognita fuit, eamque etiam Plato *lib.12. de legib.* in suam invexit rempub. tamen civili tantum ratione, non etiam pura aliqua naturali nititur, ab eaque longius etiam quam cæteræ acquisitiones civiles, recedit. Utrum autem quid juri civili adscribendum sit, an juri naturali, id non ex nudo usu populorum, sed ex eo, quod suggerit ratio naturalis, æstimandum est, §.1. *sup. de jur. gent. & civili.* Usucapio definitore Modestino *l.3. hoc tit.* est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti. Quid singula definitionis sibi velint, dicetur Postea in explicatione §. *diutina 7. inf. eod.*

Longi temporis præscriptionibus] Qui hanc partem
1 inscriptionis mutant, & pro *longi temporis præscriptionibus*, reponendum arbitrantur, *longi temporis possessionibus*, inter quos sunt *Cujac. Hotom. Wesemb. Tim. Faber*, quod & Pacius probat, illi nec mentem Justiniani, nec quid hoc tit. agatur, satis animadvertere mihi videntur. Mens Justiniani intelligitur ex eo, quod in principio commemorat constitutionem suam de usucapione transformanda; qua constitutione cum duo diversa essent genera acquisitionis, usucapio, & longi temporis præscriptio, usucapionem ita transformavit, ut tamen utrumq; in illo uno velut permixtum retinuerit: atque hoc etiam ex verbis inscriptionis intelligere nos voluit. Sic alibi quoque hæc duo conjungit, usucapionem aut longi temporis præscriptionem, *§.pen. inf. per quas pers. cuiq. acq.* Conferuntur item, & conjunctim ista duo appellantur à Gajo *l. qui alienam 54. in pr. de evictionib.* Hoc tantum interest, quod Gajus duo diversa acquirendi genera, ut tunc erant, significat, Justinianus unum & idem ex duobus istis à se conflatum; neque enim sustulit ille longi temporis præscriptionem, sed auxit addita ei usucapione in solo provinciali. Sed neque agitur hoc titulo de possessione, nisi per occasionem, neque magis, quam de bona fide, aut justo titulo: sed de horum omnium concurrentium effectu, & acquisitione ipsa, quæ olim duplex erat, usucapio & longi temporis præscriptio: quam utramque, ut diximus, sic retinuit Justinianus, ut ex duabus unam facerit. Erat vero triplex inter usucapionem & longi temporis præscriptionem discrimen in rebus, in tempore, in acquisitionis effectu. Usucapio locum habebat in rebus immobilibus Italici soli tantum, in mobilibus omnibus. Præscriptio frequentabatur in prædiis duntaxat provincialibus. Usucapio rerum mobilium anno terminabatur, immobilium biennio. Præscriptio consummabatur decem annis inter præsentes, viginti inter absentes. Usucapio possessorem dominium efficiebat. Præscriptio possessori non do- 2
minium tribuebat, sed jus aliquod dominio simile & proximum: de quo dicam plenius postea. Hasce differentias sustulit Justinianus, servato uno discrimine rerum mobilium & immobilium, *l. un. C. de usuc. transform.* Eorum error manifestior est, quam ut refelli debeat, qui hæc genera sic distingunt, ut dicant, ut usucapionem tantum esse rerum mobilium, longi temporis præscriptionem rerum immobilium: & vel unum hujus tit. principium hos refellit. Initio docetur, quæ res quanto tempore à quibus usucapiantur; deinde de rebus agitur, quæ usucapionem non recipiunt; tum de conditione possessionis & conjunctione temporum: postremo de fisci traditione & præscriptione quadriennii fiscali.

TEXTUS.

Præcipua Usucapionis requisita. 1. Bona fides. 2. Possessio per tempus definitum continuata. 3. Justus Titulus.

Jure civili constitutum fuerat, ut qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cum crederet eum dominum esse, rem emerit, vel ex dona-

donatione, aliave quavis justa causa acceperit, is eam rem, si mobilis erat, anno ubique uno; si immobilis, biennio tantum in Italico solo usucaperet: ne rerum dominia in incerto essent. Et cum hoc placitum erat, putantibus antiquioribus, dominis sufficere ad inquirendas res suas præfata tempora, nobis melior sententia resedit, ne domini maturius suis rebus defraudentur, neque certo loco beneficium hoc concludatur. Et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium; immobiles vero per longi temporis possessionem (id est, inter præsentes decennio, inter absentes viginti annis) usucapiantur. Et his modis non solum in Italia, sed etiam in omni terra, quæ nostro imperio gubernatur, dominia rerum justa causa possessionis præcedente acquirantur.

NOTÆ.

Bona fide] In quo tempus traditionis inspicitur: at in emptione etiam, quo contrahitur, *l.2. pr. D. pro empt.*

Crederet dominum esse] Aut jus vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse, *l.109. de verb. sign.*

Biennio] Lex 12. tabb. usucapionem fundi jubebat esse biennium: cæterarum rerum annum. Cic. *pro Cæc. & in top.* de quo vid. Bud. *ad l.63. D. evict.* Cont. 1. *disp.* 10. Salmas. *c.8. de usur.*

Justa causa] Id est, justo titulo: nam titulus est possessionis causa, *l.7. Cod. de acquir. possess. l.24. Cod. de rei vind.*

Dominia acquirantur.] Recte igitur adhuc definietur usucapio cum Modest. *l.3. D. h. t.* adjecto dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti.

COMMENTARIUS.

1. *Auctoritatis verbo quid lex. 12. tabb. intellexerit.*
2. *In persona usucapientis quæ necessaria: & de bona fide.*
3. *De justo titulo.*
4. *Cur prædia provincialia usucapi non potuerint.*
5. *Juris de usucapione constituti ratio & defensio.*
6. *In incerto esse, an tempora usucapioni à Justiniano præstituta apud nos quoque observanda sint.*

JUre civili] Hoc plerique sic interpretantur, perinde ac si dixisset lege 12. tabb. & verum est, ex hoc fonte jus usucapionum manare. Sed quod sequitur de distinctione locorum, ex lege 12. tabb. esse non potest: quippe cum eo tempore, quo Decemviri legem tullerunt, populus Romanus pedem extra Italiam non haberet, adeoque augustissimis intra ipsum Italiæ solum finibus imperium Rom. contineretur. Credibile vero est, propagatis postea imperii finibus, Jurisconsultorum disputatione prædia Italici soli & provincialia jure auctoritatis distincta fuisse. Apud M. Ciceronem *in Top.* hæc leguntur; *Quoniam usus, auctoritas fundi biennium est, sit etiam ædium. At in lege ædes non appellantur.* Et *in orat. pro Cæcinna*; *Lex usum auctoritatem fundi jubet esse biennium.* Unde existimare licet, sic lege sancitum fuisse; *Usus, auctoritas fundi biennium esto. Cæterarum rerum annus esto.* Auctoritatis verbo multa & diversa significantur. Vulgata non tangemus. Venulejus *l. ult. de evict.* auctoritatem interpretatur actionem pro evictione. Quo sensu etiam accipitur apud Paul. 2. *sent.* 17. L. Seneca *lib.4. natur. quæst. Ergo si mihi parum credis. Posidonius tibi auctoritatem promittet*, id est, βεβαίωσιν. Scævola *l. ult. de pign. act.* instrumentum auctoritatis appellat, quod primo dixerat instrumentum emptionis; nimirum instrumentum; quo de evictione promissum est, aut omnino instrumentum, quo probatio juris nostri, sive ut vulgo loquuntur, tituli acquisitionis continetur: cujusmodi tabulæ instrumenta ad probationem originis prædiorum appellantur, *l. 24. C. de fideic.* Sic apud M. Senecam *lib.7. contr.6.* quæ emptionis tabulæ primum, eædem post auctoritatis tabellæ nominantur. In lege Atinia, & in illo duodecim, *Adversus hostem æterna auctoritas esto*, verbo auctoritatis jus dominii significatur, aut jus vindicandi, *Grot. in spar. flor.* Sensus hic est, ne peregrinus dominium rerum nostrarum usucapione nobis eripere possit. 1 Cicero *pro Cæcin. Aquæductus, haustus, iter, actus à patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium à jure civili sumitur. Rata auctoritas*, id est, *firmum ac fixum harum rerum jus.* Eodemque significatu & Scævola hac voce usus est *l. ult. de aq. & aq. pluv.* In proposito quoque puto Decem viros nomine auctoritatis intellexisse jus legitimi dominii, ut sit sensus, usus, qui auctoritatem, id est, justum dominium fundi afferat, sit spacium biennii; qui cæterarum rerum, annus. Quod perinde est, ac si dixissent, *Fundus biennium possessus usucapitor: cætera res annum possessæ usucapiuntor.* Cicero in ea de *Arusp. resp. Multæ sunt domus jure optimo sed tamen jure privato, jure hereditario, jure auctoritatis, jure mancipii jure nexi. Jure auctoritatis* perspicuum est hic significari ipsam usucapionem, sive jus legitimi dominii per usucapionem quæsiti, non emptionem, quæ non mancipio facta est, ut vult doctissimus Salmasius *lib. de usur.* c.8. Neque enim dici possum jure optimo domum habere, cujus ex jure

re. Quiritium dominus non sum; & ideo jura legitima tantum Cicero commemorat. Idem vir doctissimus existimat, legem 12. tabb. verbo auctoritatis intelligere actionem pro evictione, cui Decem viri voluerint non ultra biennium patere locum in rebus soli, in mobilibus non ultra annum. At plerique omnes, qui in conditione usucapiendi sunt, re evicta ante impletam usucapionem, actionem pro evictione non habent. Qui pro herede, pro legato, pro derelicto, pro adjudicato, pro noxæ dedito, pro suo possidet, certo jure usucapit; & tamen si res intra tempora usucapionis evincatur, non est locus actioni ob evictionem, cujus hic periculum nemo præstat. Sed neque ipsa evictio, seu jus, quod dominus habet rem à possessore judicio auferendi, intelligi potest: non enim eo principaliter hoc caput legis pertinet, ut sciamus, quid juris domino relinquatur intra annum aut biennium. sed quid usus sive possessio anni aut biennii tribuat utenti possidenti, nimirum rei possessæ legitimum dominium, ut patet ex definitione Modestini *l. 3. hoc tit.* Videsis *Budæ. ad l. Herennius 63. de evict. Cont. 1. disp. 19. Don. 4. com. 20.* &, qui legem 12. tabb. commentariis illustrarunt, *Balduin. Hotom. Marcil.*

2 *Bona fide*] In persona ejus, quem usucapere volumus, hæc sunt necessaria; ut possideat, ut juste, ut continenter, ut per tempus lege definitum: quorum unumquodque, ut sese offeret, ita explicabo. Quod hic traditur de bona fide, ad justitiam possessionis pertinet; quemadmodum & illud, quod mox sequitur, de causa. Igitur ad usucapionem non sufficit possidere, nisi & bona fide possideas. Bona fides æstimatur ex eo, quod possessor putavit, eum, à quo rem accepit, dominum esse, aut jus transferendi dominium habere, ut proinde opinetur se quoque statim dominum effectum esse, *l. bonæ fidei 109. de verb. sign. l. qui à quolibet 27. de contr. empt. §. si quis 35. sup. de rer. div.* Hæc autem opinio necesse est ut remota sit ob errore juris. Nam juris error acquirere volentibus nunquam prodest: *l. 7. l. 8. de jur. & fact. ign.* ac proinde nec possessori in usucapionibus, *l. nunquam 31. pr. hoc tit. l. 1. §. si à pupillo 15. pro empt.* Cæterum sufficit, ab initio bona fide possessionem nancisci. Iure enim civili bene cœptam usucapionem non impedit scientia rei alienæ postea superveniens, *l. un. C. de usuc. transform. l. bonæ 48. §. 1. de acq. rer. dom.* spectaturque in ea re initium traditionis, non contractus, *l. si is 15. §. ult. l. justo 44. §. 1. hoc tit.* præterquam in emptione, in qua utrumque tempus inspici placet, & quo contrahitur, & quo res traditur, *l. 2. pr. pro empt. l. pen. hoc tit.* Diversitatis rationem indicat Paul. in stipulatione *d. l. 15. in fin.* quia, inquit, concessum est stipulari rem etiam, quæ promissoris non sit, innuens, salva fide etiam scientes rem alienam stipulari nos posse: at non pati sinceram fidē, ut rem alienā sciens quis emat. Et ideo huic non præstatur evictio, *l. si fundum 27. C. de evict.*

Rem.] *Corporalem* scil. nam res incorporales, veluti servitutes, per se usucapionem non recipiunt, *l. 14. de serv. l. servus 43. §. 1. de acq. rer. dom.* quippe in quæ non cadit possessio, in ea nec usucapio cadit. Cæterum est in his rebus locus acquisitionis longæ quasi possessionis, & effectu juris quasi usucapiuntur, *l. ult. C. de præsc. long. temp. l. 10. si serv. vind.* vide quæ scripsi ad *§. ult. sup. de serv.* Plane per consequentiam etiam veteri jure usucapiebantur, cum id prædium usucaptum esset, cui servitus debetur, *l. 10. §. 1. hoc tit.* quanquam revera nihil hic usucapitur, sed prædium suæ conditiones sequuntur, *l. via 23. §. 2. de serv. præd. rust.* de aliis rebus, quæ usucapionem non admittunt, dicam *§§. seqq.*

Aliave justa causa] Id est, justo titulo, eoque qui idoneus sit ad transferendum dominium: eos enim 3 qui nullo justo titulo possident, ratio juris dominium quærere non patitur, *l. nullo 24. C. de rei vind. l. 4. C. de præsc. long. temp.* eademque prorsus in proposito ratio est dominii transferendi & transferendi conditionem usucapionis, *l. nunquam 31. de acq. rer. dom. §. pen. inf. per quas pers. cuique acq.* Justa causa aut à privatis est, aut à judice, aut á magistratu, aut à nullo, sed ab ipsa rerum conditione. A privatis, si quid ab his dominii transferendi causa traditur, solvitur, datur, derelinquitur, *l. 3. §. antep. de acq. poss.* cujus generis pleræque propriis tit. comprehensæ in Pand. & C. A judice in adjudicantibus; quæ fiunt in judiciis divisoriis, si videlicet de alienis fundis tanquam communibus actum sit, *l. si per errorem 17. hoc tit.* alioqui statim res ejus fit, cui adjudicata est, *§. ult. inf. de off. jud.* A magistratu quibus in causis possessionem transferre potest: siquidem juste possidet, qui auctore prætore possidet, *d. l. 3. inf. l. 11. de acq. possess.* A nullo, quæ sola occupatione, si nullius essent, statim nostra fierent. Hinc titulus possessionis specialis pro suo, *l. 2. pro suo* Generaliter quidem etiam, quisquis ex justa causa possidet, pro suo possidet, *l. 1. eod.* verum ex speciali titulo certa usucapio; ex generali nulla, nisi specialis aliqua causa, puta emptio, donatio, &c. præcesserit: nec sola existimatione nostra, sed revera, *l. Celsus 27. hoc tit.* de quo plenius postea.

Si mobilis erat, anno ubique uno] *Vbique*, tam in provinciis, quam in Italia. Nam cum res mobiles solo non cohæreant, loco distingui non potuerunt: & conditione sua omnes usucapionem recipiunt. Immobilium autem quædam tales erant, ut usucapio in iis non haberet locum: qualia erant prædia provincialia, ut mox dicemus. Quod autem brevius tempus usucapioni rerum mobilium præfinitum sit,

ſit, quam immobilium, id eam rationem habere putant, quod regulariter minus in illarum, quam harum amiſſione præjudicium vertitur: cum alioqui longius tempus poſcere videatur uſucapio rerum mobilium, ut pote quæ occultari poſſunt, quam prædiorum. Sed hoc nihil eſt: nam occultatio illa vitio furti rem afficit, & uſucapioni eximit. Non alia ratio eſt, quam ea, quam hic indicat Juſtinianus poſt Gajum *l. 1. hoc tit.* quod veteres crediderunt, annum aut biennium domino ſufficere ad inquirendas res ſuas: poſſe ſcil. quemlibet patremfamil. res mobiles uno ſemeſtri recenſere, & altero, quæ deſiderantur, quærere; prædia uno anno luſtare, & quæ ab alio poſſeſſa invenerit, altero anno recuperare. Quod & Varro *de re ruſt.* bono patrifam. faciendum eſſe monet.

Immobilis, tantum in Italico ſolo] Aut eo, quod jus Italici ſoli habebat. Nam & in provinciis fuere quædam prædia juris Italici, videlicet coloniarum, quibus jus Italicum datum erat, *l. 1. de cenſib.* in quibus prædiis mancipationi & uſucapioni locum fuiſſe dubitandum non eſt. His exceptis prædia pro-
3 vincialia neque à poſſeſſoribus mancipio dari, neque ab alio uſucapi olim potuerunt. Nimirum quia uterque hic modus acquirendi ex jure Quiritium erat, plenumque jus & dominium Quiritiarium continebat. Poſſeſſores autem prædiorum provincialium directi domini & pleno jure non erant: ſed jus ſummum dominii populus Romanus ſibi reſervare conſveverat, cum eà bello capta veteribus dominis reſtitueret, inque argumentum retenti juris annuum iis vectigal imponere. Cæterum jus, quod poſſeſſoribus relictum erat, uti id à domino juris ſtatim in alios traditione transferri poterat, ita & à bonæ fidei poſſeſſore longi temporis poſſeſſione acquiri, ne ſemper inquietaretur, quæ acquiſitio præſcriptio dicebatur, *l. qui alienam 54. in pr. de evict. l. ſi duo 13. §. 1. de jurejur. l. ei à quo 21. hoc tit.* Erat autem jus tale, quod & exceptione defendere, & amiſſa poſſeſſione, utili actione perſequi, *d. l. 13. §. 1. de jurejur. l. 8. Cod. de præſc. 30. ann.* heredibus denique relinquere, & in alios quosvis transferre licebat. Jus nimirum aliquod reale, ſimile emphyteutico, quod proxime ad jus dominicum accedebat, & quod nunc vocarent dominium utile. rep. quæ notavim. *ſup. §. per traditionem 40. de rer. diviſ.* Poſtquam autem Juſtinianus, quod præſcriptioni deerat, ex uſucapione ſupplevit, unumque genus acquiſitionis ex duobus fecit, certum eſt, poſſeſſione longi temporis juſtum & directum dominium poſſeſſori acquiri.

Ne rerum dominia in incerto eſſent] Si jus de uſucapione conſtitutum æſtimetur ex meris præceptis juris naturæ ſive gentium, defendi ab iniquitate non poteſt: ſed quod ex iniquo habet, id contra ſingulos rependitur utilitate publica. Bono enim publico uſucapio introducta eſt, ne ſcilicet diu rerum dominia in incerto eſſent, *l. 1. hoc tit.* quippe incer- 5
titudo dominii facit, ut res quæque negligentius habeatur, agri minus diligenter colantur: parit lites & controverſias, quibus occurri publice intereſt: atque ut occurratur, & litium aliquis ſit finis, uſucapio conſtituta eſt, *l. ult. pro ſuo l. 2. in pr. de aq. & aq. pluv.* & ideo Cicero in *orat. pro Cæcin.* uſucapionem appellat *finem ſollicitudinis & litium. Plato 12. de legib.* Hæc igitur cauſa legislatores movit, ut uſucapionem introducerent: ut vero id fieret cum minima privatorum injuria, certa atque idonea tempora præſtituerunt, quæ abunde dominis ſufficerent ad inquirendas res ſuas, easque ſibi aſſerendas, & poſſeſſionem alterius interpellandam. Quod ſi facere negligant, & patiantur uſucapi, ſuamet ipſorum voluntate quodammodo rem alienare videntur, *l. alienationis 28. de verb. ſign.* Quanquam etiam contra ignorantem rem ſuam ab alio poſſideri uſucapio procedit, *l. un. Cod. de uſuc. transform. l. ult, C. de præſc. longi tem.* Privatum enim damnum, quod ex uſucapione eſt, penſatur egregio publico, in quo vera & ſolida utilitas continetur, & cujus proinde prima ratio habenda. Atque hæc hujus acquiſitionis defenſio ſit contra eos, quibus ea genere ipſo injuſta videtur. Appellat ſane Juſtinianus præſcriptionem impium præſidium & improbam temporis allegationem, *nov. 9.* verum non ſimpliciter, ſed quatenus eo præſidio homines ſcienter abutebantur contra conſtitutionem ipſius, & adverſus bona ac ſubſidia Eccleſiarum. Poſtea tamen conſtitutionem iſtam abrogavit, experimento doctus eam ex uſu reipubl. non eſſe. *Nov. 111. & 131. cap. 6.*

Ne domini maturius rebus ſuis defraudentur] Id eſt, ne maturius res ſuas amittant, ne poſſeſſionibus ſuis citius, quam par eſt, cadant, ut eſt in *d. l. un. C. de uſuc. transform.* Uſus autem eſt verbo defraudandi propter duritiem legis antiquæ, quæ nimis anguſto temporis ſpatio uſucapionem terminabat, remque alienam excluſo domino addicebat poſſeſſori. Cæterum quod proprie hoc verbum ſignificat, per fraudem rem alienam intervertere, id neque lege antiqua poſſeſſori permiſſum fuit.

Conſtitutionem ſuper hoc promulgavimus] Ea eſt *l. un. C. de uſuc. transform.* qua lege, cum jam antea ſuſtuliſſet antiquam diſtinctionem dominii in bonitarium & Quiritiarium, *l. un. Cod. de nud. jur. Quir. toll.* hoc inſuper conſtituit, ut prædia provincialia eodem jure cum Italicis cenſerentur, atque æque ut Italica, eodemque effectu uſucapi poſſent. Præterea tempora uſucapionum tam in rebus mobilibus, quam in rebus ſoli in tantum prolongavit, ut nulla juſta querimonia ſuperſit, ſi tam longo tempore continuata poſſeſſio poſſeſſorem tueatur, eique domini-

minium adjiciat. Summa constitutionis est, ut qui rem à non domino accepit ex justa causa & bona fide, eamque mobilem per triennium, immobilem per decem annos inter præsentes, per viginti inter absentes continenter possedit, is ejus rei dominus
6 pleno jure efficiatur. Quod jus etiam hodie apud nos obtinere debere multi contendunt. Alii ad rerum immobilium præscriptionem sive usucapionem triginta requiri annos, aut tertiam seculi partem existimant. Apud Zelandos adversus præsentes annis viginti, adversus absentes triginta annorum spatio res soli certo jure usucapiuntur, *cap. 2. stat. Zeland. art. 2.* In hoc autem nunc fere à jure civili recessum est, quod in præscriptione, quantumvis longissimi temporis, non tantum bonum possessionis initium requiritur, verum etiam bonæ fidei perseverantia, juxta scita juris Canonici, *c. fin. X. de præscript.* cum jure civili sufficiat possessionem ab initio bona fide nancisci, nec bene cœpta usucapio aut præscriptio interpelletur incidente postea mala fide, *d. l. un. de usuc. tr.* quin nec bonum initium in præscriptione 30. annorum jura civila desiderant, *d. l. 3. & 4. C. de præscr. 30. ann.* Clarissimus Grotius *lib. 2. manuduct. ad jurispr. Bat. cap. 7.* tradit, duplicem in hac regione usucapionem seu præscriptionem rerum soli in usu antiquitus fuisse, unam brevioris, alteram longioris temporis. Brevem, fuisse unius anni & diei, eamque jure singulari multarum civitatum & agrorum tunc locum habuisse, cum prædium aliquod venditum esset interveniente auctoritate & cognitione Scabinorum, aliorumve, qui jurisdictioni præsunt, idque prædium per illud tempus ab emptore sine interpellatione possessum esset. Longam fuisse tanti temporis, quantum tertia pars seculi continet, id est, annorum 33. & 4. mensium; cui locus erat in alienatione rei immobilis facta absque cognitione publica. Et hoc sequendum etiamnum putat. De præscriptione tanti temporis juxta consvetudinem Gelriæ ex professo disserit doctissimus Lamb. Goris *advers. jur. tract. 3. cap. 9.* Vix autem est, ut aliquid certi secundum mores hodiernos hic definiri possit, *vid. Grœnevv. ad rubr. Cod. de præscr. 30. annorum, & ibi laudat.*

Decennio inter præsentes, viginti annis inter absentes] Explicat quantum tempus intelligat per possessionem longi temporis, nimirum inter præsentes, id est, qui in eadem provincia sunt, *l. ult. C. de præscr. long. temp.* decem annos, inter absentes viginti. Atque ita sicut ex veteri usucapione effectum sumit & acquisitionem veri dominii, ita ex veteri præscriptione sumit spatium temporis, atque id ad usucapionem omnium rerum immobilium transfert, efficitque ex duabus unam acquisitionis speciem, ut jam nulla amplius differentia inter præscriptionem & rerum immobilium usucapionem supersit; præscriptionem inquam longi temporis, quæ itidem ut usucapio titulum & bonam requirebat fidem: nam præscriptionis temporis longissimi, sc. 30. vel 40. annorum, alia ratio est, quæ solo temporis lapsu possessorem tuetur.

TEXTUS.

Quæ Usucapi possunt vel non. De his quæ sunt extra commercium & de servo fugitivo.

1. Sed aliquando, etiamsi maxime quis bona fide rem possederit, non tamen illi usucapio ullo tempore procedit: veluti si quis liberum hominem, vel rem sacram vel Religiosam, vel servum fugitivum possideat.

NOTÆ.

1. *Liberum hominem. &c.*] Quia hæ res omnem respuunt acquisitionem, nec in bonis esse possunt, *l. 9. D. h. t. §. 2. inf. de inut. stip.* Res quoq; incorporales, veluti servitutes, natura sua usucapionem non recipiūt, *l. 14. D. de serv. l. 43. de acq. rer. dom.* Cæterum effectu juris diuturno usu & ipsæ quasi usucapiuntur, *l. 10. si serv. vind. l. ult. C. de præscr. long. temp.*

Servum fugitivum] Defenditur tamen possessor fugitivi 30. annorum præscriptione, per *l. 3. & 4. C. de præser. 30. ann.*

COMMENTARIUS.

Hoc §. & aliquot sequentibus disputatur de rebus, quæ etsi corporales sunt, usucapionem tamen non recipiunt: sed quia multæ, quæ in hoc nummero sunt, hic non commemorantur, ecce tibi in summa omnes exhibebo. Quarundam rerum ea natura est, ut omnem omnino acquisitionem; qualiscumque ea sit, respuant, & consequenter simul usucapionem: cujusmodi sunt. quæ commertio humano sunt exemptæ, ac pro inde in bonis haberi non possunt, ut homo liber, res sacræ, religiosæ, sanctæ, publicæ populi aut civitatum, *l. 4. l. 6. de contr. empt. l. 9. hoc tit.* Quædam etiam res sunt, quæ cum sint in bonis & acquiri possint, usucapi tamen non possint, lege earum usucapionem prohibente. In hoc genere sunt res fisci, *§. 4. inf. l. quamvis 18. eod.* res dominicæ: *tit. C. ne rei dom. vel templ. vind.* civitatum, Ecclesiarum, gerontocomiorum & locorum similium, *l. 23. C. de sacrosanct. Eccles. Novell. 9. 111. & 131. c. 6.* res furtivæ & vi possessæ, *§. seq.* præsidi contra legem Juliam datæ, *l. bonæ 48. de acquir. rer. dom. l. pen. de leg. Iul. rep.* res pupillorum,

dict. l.48. l.3. Cod. quibus non obst. long. temp. præsc. quin nec præscriptio 30. annorum contra pupillos currit, *l.3. Cod. de præsc. 30. ann.* res minorum 25.annis, *l. ult. Cod. in quibus ca. in int. rest.* bona adventitia filiifam. *l.1. §.2. C. de annal. exc.* fundus dotalis, cujus quoque alienatio lege Julia prohibita est, *l.4. de fund.dotal.* hoc ipso etiam usucapionem prohibitam esse pro certo statuit Triphonius in *l. si fundum 16. eod. tit.* Postremo res testamento alienari prohibitæ, *l.2.Cod. pro empt. l. ult. §. sin autem Cod. com. de legat.* Jam pergamus.

Liberum hominem] Sola temporis longinqui tate, etiamsi sexaginta annorum curricula excesserit, libertatis jura non mutilari à Constantino scriptum est, *l. ult. Cod. de long. temp. præsc. quæ pro lib.* Meminit Imp. 60. annorum, non quia longioris temporis lapsu libertati præscribatur; sed quia raro homines diutius vivunt. Etenim nec centum annorum præscriptio hic suffecerit, *ut bene istic Accurs.* quoniam nulli omnino hic locus esse titulo potest. Possessores 30. annorum defenduntur exceptione temporis, quæ omnes excludit actiones, etiamsi nec titulis probetur, nec bona fides, *l.3. l.4. C. de præsc. 30. ann.* Cæterum res ipsas, quæ possidentur, tales esse oportet, ut justo titulo acquiri, & dominio nostro subjici possint.

Servum fugitivum] Hic servus pertinet ad prohibitionem, *§. seq.* quippe qui sui ipsius furtum facere intelligatur, *l. ancilla 60. de furt. l.1. C. de serv. fug.* Accursius putat, dominum ne 30. quidem annorum præscriptione excludi, eo quod possessionem fugientis servi retinet, *l.1. §. per servum 14. l. rem quæ 15. in fin. de acq. poss.* Quod ineptum est. Nam cum de usucapione aut præscriptione quæritur, necesse est ejusmodi casus ponatur, quo alius servi possessionem nactus sit. Hoc vero cum sit, dominus possidere desinit.

TEXTUS.

De rebus furtivis & vi possesis.

2. *Furtivæ quoque res, & quæ vi possessæ sunt, nec si prædicto longo tempore bona fide possessæ fuerint, usucapi possunt. Nam furtivarum rerum lex duodecim tabularum & lex Attilia inhibent usucapionem; vi possessarum, lex Julia & Plautia. Quod autem dictum est, furtivarum & vi possessarum rerum usucapionem per leges prohibitam esse, non eo pertinet, ut ne ipse fur, quive per vim possidet, usucapere possit, (nam his alia ratione usucapio non competit; quia scilicet mala fide possident) sed ne ullus alius, quamvis ab eis bona fide emerit, vel ex alia causa acceperit, usucapiendi jus habeat. Unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonæ fidei possessoribus usucapio competat. Nam qui sciens alienam rem vendiderit, vel ex alia causa tradiderit, furtum ejus committit. Sed tamen id aliquando aliter se habet. Nam si heres rem defuncto commodatam, aut locatam, vel apud eum depositam, existimans, hereditariam esse, bona fide accipienti vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, quin is, qui acceperit, usucapere possit, dubium non est. Quippe quum ea res in furti vitium non ceciderit: quum utique heres, qui bona fide tanquam suam alienaverit, furtum non committat. Item si is, ad quem ancillæ ususfructus pertinet, partum suum esse credens vendiderit, aut si donaverit, furtum non committit. Furtum enim sine affectu furandi non committitur. Aliis quoque modis accidere potest, ut quis sine vitio furti rem alienam ad aliquem transferat, & efficiat, ut à possessore usucapiatur. Quod autem ad eas res, quæ solo continentur, expedit, jus ita procedit, ut, si quis loci vacantis possessionem, propter absentiam aut negligentiam domini, aut quia sine successore decesserit, sine vi nanciscatur, quamvis ipse mala fide possideat, (quia intelligit, se alienum fundum occupasse) tamen, si alii bona fide accipienti tradiderit, poterit ei longa possessione res acquiri: quia neque furtivum, neque vi possessum acceperit. Abolita est enim quorundam veterum sententia, existimantium, etiam fundi locive furtum fieri. Et eorum utilitati, qui res soli possident, principalibus constitutionibus prospicitur, ne cui longa & indubitata possessio debeat auferri.*

NOTÆ.

2. *Lex Attilia*] In Pand. Flor. *Atinia l.4. §.6. l.33. pr. h. t. l.115. de verb. sign.* Auctoritas, ait Grot. in *spars. Flor.* est jus vindicandi.

Ab eis bon. fid. emerit] Aut ab aliis, qui jam ante à fure aut violento possessore rem acceperunt.

Bon. fid. accipienti] Species: Cum Titius longo tempore

tempore abesset, fundumque suum incultum relinqueret, eum Sejus occupavit; ac mox vendidit & tradidit Sempronio ignoranti fundum alienum esse. Hic etsi ipsi quidem Sejo non processisset usucapio propter malam fidem; procedet tamen Sempronio bonæ fidei possessori: quia neque furtivum neque vi possessum accepit.

Quorundam sententia] *l.*38. *h. t.* Inter hos & Sabinum fuisse testatur Gellius *lib.*11. *C. ult.*

COMMENTARIUS.

1. *Aliquo casu qui sciens rem alienam vendit, furtum facere non videri.*
2. *Emendationem Cujacii vers. quod autem: non esse necessariam.*

FVrtivarum rerum lex 12. tabb. & lex Atinia] Utriusque hujus legis etiam meminit Julian. *l. non solum* 33. *in pr. hoc tit.* Verba legis Atiniæ prodit Gellius *l.*17. *c.*7. *Quod surreptum erit, ejus rei æterna auctoritas esto.* Quorum verborum hic sensus est; Ejus rei, que surrepta est, dominium à domino nunquam recedat; jus & potestatem habeat semper eam vindicandi; nec ullo usu alteri acquiratur. Fabrot. Quam sententiam fuisse legis, ex eo liquet, quod lex ita accepta est; quasi interdiceret rei furtivæ usucapionem. Eademque sententia est ejus quod apud Ciceronem *lib.*1. *de Offic.* legimus; *Adversus hostem æterna auctoritas esto.* Proculdubio autem lege Atinia quædam addita sunt, de quibus prius lege duodecim nihil cautum fuerat: & Paulus legi Atiniæ tribuit hoc caput, quod est de usucapienda re furtiva, cum in potestatem domini rediit, *l.*4. §. *quod autem* 6. *hoc tit. l. potestatis* 215. *de verb. sing.*

Vi possessarum lex Iulia & Plautia] Leges hæ non uno tempore latæ; alioqui Julia Plautia diceretur sine copula, ut Plautia Papyria, Pappia Poppea, Junia Norbana, &c. sed Plautia de vi, item Julia de vi, hoc caput habuerunt. Plautia de vi prior fuit lege Julia, unde & in Pand. præponitur, *l. non solum* 33. §. 2. *hoc tit.* Ait, *vi possessarum.* Vi possessa res sit oportet, ut usucapi nequeat: neque sufficit, vi aliquem de prædio dejectum esse, nisi, qui dejecit, possessionem occupavit. Quod si ille ingressus non fuerit, sed alius in vacuam possessionem intraverit, poterit id prædium, etiam antequam in domini potestatem redeat, à bonæ fidei possessore usucapi, *l.*4. §. *si tu* 22. *l.*33. §.2. *eod.*

Quod autem dictum est] Superfluum, hoc monere. Frustra enim prædictæ leges latæ fuissent, si nihil aliud caverent, quam ut ne fur ipse, aut qui per vim possidet, usucapere possent. Quippe, qui nec ante legem Atiniam aut Plautiam usucapere potuerunt certo jure, propter malam fidem, quam manifestum est usucapioni semper obstitisse. Hoc tantum prospicere leges voluerunt, ne maleficium alienum causam daret rem alienandi.

Ne ullus alius, quamvis ab eis bona fide] Aut etiam ab aliis, qui jam ante à fure aut violento possessore rem acceperunt. Nam res cum suo vitio, quo ab initio effecta est, transit, *l.*7. *Cod. pro empt. l. vitia, C. de acq. poss.* Ut autem à bonæ fidei possessore usucapi possit, talem esse oportet, ut in se non habeat vitium, §. *novissime, inf. eod.* Denique ubi lex simpliciter inhibet usucapionem, bona fides possidenti ad usucapionem rei nihil prodest, *l. ubi* 24. *hoc tit.* Plane præscriptio triginta annorum dominum repellet: sic enim constitutum est de actionibus omnibus, sive in rem sint, sive in personam, ut triginta annorum jugi silentio præscriptione excludantur: usque adeo, ut in rebus possessis hoc etiam ipsis malæ fidei possessoribus tribuatur, *l.*3. *l.*4. *C. de præsc.* 30. *ann.* quanquam id secta nostrorum temporum non admittit.

Vnde in rebus mobilibus non facile procedit] Quia rerum mobilium tantum, non etiam immobilium, furtum fieri potest, inde colligit, usucapionem in rebus mobilibus difficilius & rarius contingere, hoc argumento, quod res, quæ furto obnoxiæ sunt, etiam facile in furti vitium cadunt: quisquis enim rem alienam mobilem sciens quacunque ex causa alii tradit, eum furtum committere; quod etiam scriptum est *l.*1. *Cod. pro empt. l.*2. *Cod. pro donat.*

Qui sciens rem alienam vendiderit] Videamus, an non aliquo casu hæc regula vitietur. Finge hæredem rem defuncto commodatam, quam hæreditariam esse putabat, vendidisse & tradidisse bona fide accipienti: emptorem, cum esset in conditione usucapiendi, cognovisse, rem alienam esse. Constat, non interrumpi usucapionem: sed quæro, an, si possessor eam rem, antequam usucapionem impleret, alteri iterum vendiderit, furtum facere dicendus sit? Et quidem, quam diu res usucapta non est, aliena est, ut si verba regulæ præcisè sequamur, dicendum sit, furtum committi: sed puto, hoc in proposito non debere admitti; & regulam procedere, cum quis ad initio scivit, rem alienam esse; qui cum usucapere non possit, intelligitur vendendo rem velle intervertere domino: nam etsi sibi eam retineat intervertendi causa, furtum facit, *l. inficiando* 67. *de furt.* At vero qui bonum initium habet, cum possit ipse continuando possessionem rem usucapere, non potest videri furtum committere, si alteri eam tradat. *Cujac ad l.*7. §. *procurator.* 6. *pro empt.*

Sed tamen id aliquando aliter] Dixit modo rerum mobilium difficilem esse usucapionem, idque probavit hac ratione, quod res alienæ mobiles difficulter transferantur, quin in vitium furti cadant. Id nunc ostendit aliquando aliter se habere, & non uno etiam modo citra furtum accidere posse, ut res aliena alteri

reri vendatur aut donetur, ac proinde totidem modis fieri, ut à bonæ fidei possessore usucapi queat. Locus hic descriptus est ex Cajo *l. potest 36. hoc tit.* non iisdem quidem verbis, sed idem significantibus, æque claris ac perspicuis. Quod ideo moneo, quia Hotomannus scribit, Tribonianum hoc loco non satis ad suum negotium attentum fuisse, & verba hujus textus nihil significare. Mihi ipse Hotomannus, dum hæc scriberet, vigilasse non videtur.

Bona fide accipienti vendiderit aut donaverit] Duos profert modos, quibus alienatio rei alienæ mobilis fit absque furto: utrumque ex Gajo *d. l. 36.* Unus hic est, si hæres rem defuncto commodatam, locatam, aut apud eum depositam, existimans, eam hæreditariam esse, tanquam suam alienaverit. De hærede ipso rem talem retinente nihil dicit, quia ad probandum, quod propositum erat, sine vitio furti aliquando rem alienam transferri posse, hoc nihil facit. Nos, an hæres ipse hujusmodi rem usucapere possit, videbimus postea sub §. *diutina inf. eod.*

Partum suum esse credens] Casus hujus generis alter. Partus ancillæ in fructu non est, sed ad dominum proprietatis pertinet, §. *in pecudum 37. sup. de rer. div.* Sed nec fructuarius usucapere partum potest, sive sciat, partum alienum esse, sive ad se pertinere putet: quia juris hic error est; qui possessori in usucapione non prodest, *l. nunquam 31. hoc tit.* Cæterum si partum suum esse credens, forte errori causam præbente, quod fœtus pecudum ad fructuarium pertinet, alteri eum vendiderit, poterit à bonæ fidei possessore usucapi, *d. l. 36. §. 1.* quippe cum hic nihil sit in persona accipientis, quod usucapioni obstet, neque furti vitio res affecta sit: non enim, si fructuarius ignorantia juris partum, ut suum, vendat, idcirco eum furtivum facit. Quippe cum furtum non committatur sine animo & affectu furandi, qui in errante nullus est, *l. furtum 37. eod.* §. *placuit, inf. de obl. quæ ex del.* vulgatumque est, quamvis vel fatuam existimationem excusare à dolo, *per l. 1. in fin. de abigeis, l. 14. C. ad l. fab. de plag.*

Aliis quoque modis accidere potest] Alius modus est apud Gajum *d. l. 36. §. 1.* si quis scil. errore aliquo lapsus crediderit se hæredem esse, cum non esset, & rem hæreditariam alienaverit. Item alius apud Papinian. *l. mandatum 57. mandat.* si hæres defuncti mandatarii quid distraxerit animo exequendi, quod defunctus suæ curæ fecerat. Duo alii sunt apud Pompon. *l. 5. pro derel.* Si quis id, quod pro derelicto habitum possidebat, vendiderit; item si quis rem vendiderit ab uxore sibi donatam: Usq; adeo ut hic non obstet usucapioni, quod emptor sciverit, rem in ea causa esse: quia quasi volente & concedente domino venditur, *d. l. 5. pro derel.*

Quod autem ad eas res, quæ solo continentur, expedit, jus ita procedi, ut si quis] D. Cujacius hunc locum sic restituit; *Quod autem ad eas res, quæ solo continentur, expeditius procedit, ut quis, &c.* Ut hæc phrasis, *quod ad eas res, quæ solo continentur*, sit elliptica, & intelligatur verbum *attinet*, & quia tunc nondum totius loci sententia constat, inter colon & conjunctionem discretivam, *quamvis*, ponit relativum *qui*. Ut sit hæc sententia; Expeditius procedit, ut quis sine vi nanciscatur rei alienæ immobilis possessionem, quam rei mobilis sine furto; ac proinde etiam facilius est, ut res immobiles à bonæ fidei possessore usucapi queant. Quæ sententia quidem vera est: sed non ideo necesse est quicquam mutari. Nam & lectionis vulgatæ recta est & aperta sententia, atque effectu pene eadem: nimirum hæc; *Quod ad res immobiles attinet.* Pro quo Tribonianus dixit, *expedit, jus ita procedere, ut si quis fundi aut loci alieni possessionem nactus sit sine vi, licet mala fide, de quo dubitari præcipue poterat, is eum locum aut fundum in alium bona fide accipientem transferre possit cum conditione usucapiendi, in qua ipse propter malam fidem non erat: quoniam neque vi possessum accipitur, neque furtivum; cum rerum immobilium furtum fieri non intelligatur, l. furtum 37. §. 1. & l. seq. hoc tit.* Unde hæc sumpta sunt. In re autem aliena mobili secus esse, quæ à sciente vendita in vitium furti cadat. Quamobrem causam non video, cur restitutio Cujacii quibusdam tantopere placeat.

Vacantis propter absentiam aut negligentiam] Simplex absentia domini possessionem vacuam non facit: quippe quam constat solo animo retineri, *l. 3. §. saltus 11. l. 6. §. 1. de acq. poss. §. possidere, inf. de interd.* Quapropter locus hic intelligendus est de absentia domini diuturna, rem suam penitus negligentis & relinquentis incultam. Et Gajus hoc expressit, *longo tempore, d. l. furtum 37. §. 1.* Illi perspicue errant, qvi locum vacantem interpretantur à domino derelictū. Quippe res pro derelicto habita statim fit occupantis, *§. pen. sup. de rer. div.* qvi vero hic vacuus dicitur, negatur etiam usucapi ab occupante posse, uti & in *l. quam rem 38. eod.* Errat & Glossa, quod putat, qvæ hic scripta sunt, correcta esse per *l. ult. Cod. und. vi* eoqve nomine etiam vulgo reprehenditur. Non enim ideo, qvia Justinianus interdictum momentaneæ possessionis dedit adversus eum, qui vacantem possessionem occupavit, statim pronuntiandum est, eum in cæteris qvoqve omnibus pro invasore & violento possessore habendum esse. Et potest aliquo casu etiam ubi competit interdictum unde vi, locus esse usucapioni, *l. 4. §. si tu me 22. l. non solum 33. §. 2. hoc tit.* Adde quod constitutio ista diutius anno ante Institutiones edita fuit, ut ostendit subscriptio.

Sine successore decesserit] Ita etiam Gajus *dict. l. 37. §. 1. eod.* Sine successore autem sic accipiemus, non tan-

tantum si quis decesserit sine ullo successore, sed etiam si certum successorem reliquerit, legitimum aut testamentarium hæredem, quamdiu is rerum hæreditariarum possessionem nondum nactus sit. Et jacente quidem adhuc hæreditate, nec furtum rei hæreditariæ fieri, à Scævola proditum est, *l.* 1. §. *Scævola* 15. *si is qui testam. lib.* Adita autem hæreditate etsi jura omnia ad hæredem transeunt, possessio tamen ei non acquiritur, nisi naturaliter apprehensa fuerit, *l. cum hæredes* 23. *de acq. poss.* Quamobrem etsi quis vacantis fundi hæreditarii possessionem vi occupavit, etiam ubi certus hæres est, eumque bona fide accipienti tradidit, procedet bonæ fidei possessori usucapio: quia neque furtivum neque vi possessum accepit. Neque obstat quod constitutum est, cœptam usucapionem à defuncto posse & ante aditam hæreditatem impleri, *l. cœptam* 40. *hoc tit.* ut proinde non videatur posse rem interim ab alio possideri: quoniam duo eandem rem simul possidere nequeunt, *l.* 3. §. *ex contrario, de acq. poss.* Hoc enim, ut alibi traditum est, tunc procedit, quando medio tempore possessio ab alio occupata non est, *l. possessio* 20. *hoc tit. l.* 6. §. *ult. pro empt.* Deinde de re loquimur, quæ defuncti propria fuit, non quam ille possidebat tantum & cœperat usucapere.

Abolita est sententia existimantium] In hac opinione etiam Massurium Sabinum fuisse testatur Gell. *lib.* 11. *cap. ult.* non quod ille credidit fundum locumve auferri aut loco moveri posse: sed quia furtum à fraude dici putavit, vel, ut Varro quoque & Labeo, à furvo, quod clam & obscure, & plerumque nocte fiat: æque autem clam & per fraudem posse intercipi possessionem fundi, ac rei mobilis aut se moventis. Sed verius est, furtum à ferendo seu auferendo dictum esse, aut potius à Græco φώρ, per affinitatem literarum, quod παρὰ τὸ φέρειν Græci dixere, *l.* 1. *de furt.* §. 2. *inf. de obl. quæ ex del. Gell. lib.* 2. *cap.* 8. quæ notatio non patitur, ut rei immobilis furtum fieri dicamus. Quin nec illud verum est, possessionem domino interverti, si quis clam fundum ingessus fuerit, *l.* 6. §. 1. *de acq. poss.* furtum autem est interversio possessionis. Quod si revertentem dominum non admiserit, jam vi intelligitur possidere, *d. loc.*

Fundi locive] Auctores nostri plerumque fundum à loco separant, *l. ex mille.* 64. *de evict. Gajus l.* 38. *hoc tit. & hic Iustinian.* Per fundum fere integrum quid significant, agrum cum villa ædificium cum area? per locum, autem certam fundi portionem, *l. locus* 26. *de acq. poss.* & plerumque agrum aut aream; qui loci sunt sine ædificio, in urbe area, rure ager, *l. ager.* 27. *l. locus* 60. *l. quæstio.* 115. *l. fund.* 211. *de verb. sign.* quanquam hæc non sunt perpetua, & loci significatio sæpè generalior, quam fundi, etiam apud nostros. *l.* 4. *si serv. vind. l.* 1. §. 4. *und. vi* Consulendi *Alciat. Forn. Goedd. in tit. de verb. sign.*

Principalibus constitutionibus] Tum quibus possessores rerum soli longi temporis, id est, 10. vel 20. annorum possessione defenduntur, *tit. C. de præsc. long. temp.* quod tempus nunc ad rerum immobilium usucapionem translatum est: tum quibus 30. annorum præscriptione domini omnimodo includuntur, *l.* 3. & 4. *C. de præsc.* 30. *ann.* Illud hic monendi sumus, Justinianum *Nov.* 119. *c.* 7. unde sumpta est *auth. malæ fidei C. de præsc. long. temp.* hactenus juris ejus, de quo proxime egimus, constitutioni derogasse, ut si à possessore malæ fidei res alienata sit, non aliter ab eo, qui eam etiam bona fide accepit, usucapi aut longa possessione 10. vel 20. annorum acquiri possit, quam si dominus sciverit, rem suam ab alio possessam esse & toto eo tempore contestatus non sit: alioqui spectari jubet 30. annorum præscriptionem. Cæterum hoc procedere tunc tantum volunt, si eo ipso tempore, quo res alteri traditur, sciat is, qui tradit, rem alienam esse, & nec initium quoque bonum habuerit, add. quæ notat. *D. Gothofred. ad. d. auth.*

TEXTUS.
De vitio purgato.

3. Aliquando etiam furtiva, vel vi possessa res usucapi potest; veluti si in domini potestatem reversa fuerit: tunc enim vitio rei purgato procedit ejus usucapio.

NOTÆ.

3. *In potestatem domini*] Non utique ejus, cui surrepta est, *l.* 4. §. 6. *h. t. l. ult. vi bon. rapt.* Igitur si creditori res surrepta sit, in domini potestatem redire debet, *d. l.* 4. §. 6. nisi dominus ipse surripuerit: ita accipe Paul. *l. ult. eod.* in potestatem domini redisse videtur, cum possessionem ejus nactus est juste, ut avelli non possit, & tanquam suæ rei, *d. l.* 4. §. 2.

COMMENTARIUS.

1. *Si res pignori data surrepta sit, utrius in potestatem redire debeat, ut vitium purgetur, domini ne debitoris, an creditoris.*

Rerum furtivarum, vi possessarum, contra legem Juliam datarum, vitium purgatur, si in potestatem domini aut prioris possessoris redierint: ex quo fit, ut jam iterum usucapi posse incipiant, *l.* 4. §. *quod autem* 6. *l. ubi* 24. §. 1. *hoc tit. l. pen. de leg. Iul. rep.* Verbum potestatis in proposito possessionem significat, & potestatem habendi tenendique

que, *d. l.4. §. tunc* 12. Res vi possessa redire debet in potestatem ejus, qui dejectus est, ut maxime dominus non sit: neque enim aliter vitium violentiæ purgatur, quam si dejectus ipse restituatur in possessionem, *fac. l. 6. §. 3. de precar.* Res contra legem repetundarum data necesse est ut revertatur in potestatem ejus à quo profecta est, heredisve ejus, *d. l. pen. de leg. Iul. rep.* Rei autem furtivæ vitium ut purgetur, in ipsius domini potestatem eam reverti oportet, *d. l.4. §. quod autem,* quippe furtum in re furtiva solum dominum lædit: cui proinde soli etiam de re furtiva condictio competit, *§. ult. inf. de obl. quæ ex del.* Plane nihil interest, utrum in potestatem domini aut possessoris res pervenerit, an quocumque modo his satisfactum sit; *d. l.4. §. sed & si* 13. *l. si fur.* 32. *pr. eod. l. quamvis* 48. *de furt.* De re pignori data & surrepta creditori dubitari potest, in domini debitoris aut creditoris potestatem redire debeat, ut vitium purgetur, & usucapi possit: nam Paulus respondit, in domini potestatem eam redire debere, *d. l.4. §. quod autem.* Labeonis quoque eadem sententia est, *l. ult. eod.* Idem tamen Paulus *d. l. ult.* notas ad Labeonem scribens contra affirmat, rem pignori datam & surreptam usucapi posse, si in potestatem creditoris redierit. Sed hæc non magno negotio conciliari possunt. Refert enim, utrum debitor ipse, an alius rem creditori surripuerit. Posteriore casu semper necesse est, ut vitium purgetur, in potestatem debitoris rem reverti, *d. l.4. §. quod autem*, atque hoc etiam Labeo sensit. Priore autem causa purgatur reversa in potestatem creditoris: neque hoc Labeo negaret, fuitque semper extra omnem controversiam, atque à Paulo tantum indicatur, ut ostendat, posse aliquando pignus, quod in potestatem creditoris rediit, usucapi: quod Labeo non expresserat. Fuit autem, ut dixi, illud explorati juris: siquidem ratio aliqua esse debet purgandi vitii per reversionem rei in potestatem alterius, quam furis. Enim vero hoc amplius usucapionem admittebat Cassius, etiamsi pignus à debitore surreptum & distractum in potestatem creditoris nondum pervenisset: eaque sententia etiam obtinuit, *d. l.4. §. si rem* 21. *l.5. pro empt.* quamvis aliis, nec dubito quin Labeoni etiam & successoribus ejus, displicuerit, & absurdum visum sit, ab eodem & fieri furtum, & furtum emendari: quorum sententia etiam expresse confirmari videtur, *l.6. C. pro empt.* Verum Cujac. *in d. l.4. §. si rem* ita distinguit: aut debitor non tenente creditore pignus alii vendidit, & tunc ab emptore usucapi non potest, quia ipsa venditione furtum committitur, nec post admissum furtum vitium purgatur re in potestatem non redeunte; ac de hoc casu loqui putat *d. l.6. C. pro empt.* aut tenenti creditori pignus aufert, & deinde vendit & tunc ab emptore usucapi posse existimat: quoniam postquam furtum factum est: res in potestate debitoris fuit; atque hoc ostendere, *d. l.4. §. si rem. hoc tit. & d. l.5. pro empt.* Illud constat, tractari in hac quæstione de re aliena, quæ à bonæ fidei possessore pignori obligata est, ut sit locus usucapioni pro empore, *d. l.5. pro empt.* Quamvis enim res aliena, pignori non sit, inter ipsos tamen qui contraxerunt, rata est pignoris conventio, *per l.9. §. pen. l. si pignore.* 22. *§.2. de pign. act.*

TEXTUS.

De re fiscali & bonis vacantibus.

4. *Res fisci nostri usucapi non potest: sed Papinianus scripsit, bonis vacantibus fisco nondum nuntiatis, bonæ fidei emptorem traditam sibi rem ex his bonis usucapere posse, & ita divus Pius, & divus Severus & Antoninus rescripserunt.*

NOTÆ

4. *Res fisci*] *l.18. l.24. §.1. h. t.* Sunt & aliæ, ut res dominicæ, *C. ne rei dom. vel templ.* civitatum, ecclesiarum, gerontocomiorum, &c. de quibus *l. ult. C. de fund. patrim. l. ult. C. de fund. rei priv. lib.* 11. *l.23. C. de SS. eccl.* Nov.9. Nov.111. Nov.131. *c.6.* Res pupillorum, *l.3. C. quib. non obst. long. temp. præscr.* minorum, *l. ult. C. in quib. ca. in int. rest.* præsidi contra leg. Juliam datæ, *l. pen. de leg. Iul. Rep. l.48. de acq. rer. dom.* bona adventitia filiifam. *l.1. §.1. C. de ann. exc.* denique res prohibitæ alienari aut lege aut testamento, *l.2. C. pro. empt. l.16. de fund. dot.*

COMMENTARIUS.

1. *Hoc. §. tolli videri præscriptionem quadriennii, quæ olim bonorum vacantium possessori dabatur adversus fiscum.*

Inter res, quæ juris constitutione usucapioni obnoxiæ non sunt, quarum summam complexus sub §.1. *sup.* primum locum obtinent res fisci, *l. quamvis* 18. *l. ubi* 24. *§.1. hoc tit. l.2. C. com. de usuc.* Hoc autem privilegium rebus fiscalibus merito datum est, ne negligentia procuratoris fisci principi noceat, qui aliis curis implicatur, & tot ac tanta negotia sustinet, ut de suis aut fisci rebus ipsi inquirendi otium non sit. Rerum patrimonialium eadem ratio est, quæ ob id etiam cum fiscalibus comparantur, *§§. ult. eod.* Nullane igitur temporis defensio possessorem adversus fiscum tuetur? De fundis patrimonialibus & rei privatæ rescriptum est, possessores eorum 40. annorum præscriptione defendi,

fendi, *l. ult. C. de fund. patrim. lib.* 11. *l. ult. C. de fund. rei priv. lib. eod.* Tantum hoc cavetur, ut ne adversus fiscum ea præscriptione hoc allequantur, ut in futurum à canone possessio sit immunis, *l. 6. C. d. tit.* Cæterum Justinianus *l. ut inter* 23. *C. de Sacros. Eccl.* civitatibus hoc privilegium dedit, ut adversus eas nulla procedat temporis præscriptio, præterquam 100. annorum: quo jure vel magis fiscum uti oportet. Idem jus eodem loco concedit etiam ecclesiis: & confirmat *Nov.* 9. verum abrogat iterum *Nov.* 111. & *Nov.* 131. *cap* 6. substituta pro 100. annorum 40. præscriptione: quibus posterioribus constitutionibus sublatum quoque intelligi debet jus civitatibus datum, *l.* 23. *C. de Sacros. Eccles.* atque ita postremo in his rebus reditur ad præscriptionem 40. annorum. In causis fisci criminalibus, uti persecutio criminum regulariter exceptione 20. annorum excluditur, *l. querela. C. ad leg. Corn. de fals.* ita etiam persecutio bonorum damnati, aut adnotati, quam fiscus habet: eoque refero *l. in omnibus* 13. *de divers. temp. præscr.* quamvis D. Cujac. eam accipiat de causis fisci civilibus, quas omnes scribit 30. annis extingui, excepta causa commissi & bonorum vacantium, *l. 2. C. de vect. & comm. l. 1. §. 2. de jur. fisc.*

Bonis vacantibus] Bona vacantia dicuntur eorum qui sine hærede decesserunt. Strabo *lib.* 17. *Geograph.* ἀδέσποτα vocat, Harmenopulus ἀκληρονόμητα, *lib.* 3. *tit.* 1. §. 18. Hæc ex lege Julia caducaria ad fiscum pertinent, *l. quidem* 96. §. 1. *l. filiusfam.* 114. §. 2. *de legat.* 1. *l.* 1. *de jur. fisc. l.* 1. *C. de quadr. præscr. l.* 1. *C. de bon. vac. &c.* Jus occupandi bona vacantia inter regalia numeratur *lib.* 2. *Feud. tit. quæ sint regal.* Erant autem certi delatores, qui hujusmodi bona aliamve rem ad fiscum pertinentem præmii alicujus gratia nuntiabant, *tit. de jur. fisc. passim.* similes ferè antiquis quadruplatoribus: de qua voce vide *Fest.* Bonorum vacantium numero habenda etiam bona caduca nondum nuntiata, ita dicta, quod in fiscum certis de causis cadunt. Verum caduca penè à Justiniano sublata sunt, *l. un. C. de eod. toll.*

Fisco nondum nuntiatis] Nempe à delatoribus, qui nunciabant, aliquid cecidisse in fiscum, *passim tit. de jur. fisc. de quo ex professo Gudelin. lib.* 5. *de jur. noviss. c.* 10.

Usucapere posse] Opus tamen ad introducendam usucapionem rerum vacantium fuisse rescriptis, indicat hic locus, & *d. l.* 18. *eod.* quippe bona vacantia ad fiscum pertinent ipso jure, etsi in patrimonio fisci non videantur computari, antequam nunciata sunt, & fiscus ad ea animum adjecit. Videtur autem
1 Justinianus hic tollere præscriptionem quadriennii. quæ bonorum vacantium possessori dabatur adversus fiscum post quadrienium agentem, *l. 1. C. de quad. dien. præscr. l.* 1. §. 2. *de jur. fisc. l.* 10. *de diu. tem. præscr.* Nam olim quidem hic sua utilitas & præscriptioni quadriennii & usucapioni anni aut biennii adversus fiscum fuit: præscriptioni in eo, quod fisco ea obstabat sine consideratione bonæ aut malæ fidei possessoris: quippe cum hoc tempus actioni fisci præstitutum esset, uti quinquenium vindicandæ rei, quæ in commissum cecidisset, *l.* 2. *C. de vect. & comm.* usucapioni in eo, quod breviori tempore implebatur. Si vero idem tempus in usucapione rerum immobilium vacantium adversus fiscum desideramus, quod aliarum hujus generis rerum usucapioni Justinianus præstituit, poterit fiscus usque ad 10. annos quæstionem de his rebus movere, neque amplius finietur nuntiatio quadriennio. Et tamen vix dubito, quin hæc mens Justiniani fuerit: argumentoque est, quod Tribonianus in *l. quamvis* 18. *hoc tit.* pro eo, quod Modestinus scripserat, *usucapiet*, reposuit, *diutina possessione capiet:* uti primæ notæ scriptores omnes profitentur. Hæc vulgo intacta.

Textus.
Regula generalis.

5. Novissime sciendum est, rem talem esse debere, ut in se non habeat vitium, ut à bonæ fidei emptore usucapi possit, vel qui ex alia justa causa possidet.

Commentarius.

Conclusio superiorum. In summa autem hoc dicit, non sufficere possessori ad usucapionem, quod bona fide possideat, quod rem ex Justa causa seu titulo ad transferendum dominium idoneo acceperit, nisi res sit integra. & in se nullum vitium habeat, id est talis sit, quæ neque natura, neque lege usucapioni exempta est, *fac l. ubi* 24. *hoc tit. l.* 4. *C. pro empt.* de possessione, quæ fundamentum est usucapionis causa proxima, deque ejus continuatione, dicam ad §. *diutina inf.*

Textus.
De errore falsæ causæ.

6. Error autem falsæ causæ usucapionem non parit; veluti siquis, quum non emerit, emisse se existimans, possideat, vel quum ei donatum non fuerit, quasi ex donato possideat.

Commentarius.

Jam ante dictum est, nulla justa causa possessionis præcedente usucapionem aut longi temporis præscriptio-

ſcriptionem non procedere, *l. nullo 24. C. de rei vind. l.4. C. de præſc. long. temp. l.6. C. de acq. poſſ.* Hæ cauſæ in uſu juris etiam tituli appellantur, *l. ult. C. de uſuc. pro hær. d. l. nullo, C. de rei vind. d. l.4. C. de præſc. long. temp.* Juſtæ autem cauſæ poſſeſſionis ſunt eædem, quæ & dominii acquirendi. *l.3. §.21. de acq. poſſ.* ubi pleræque hujus generis commemorantur. Error autem falſæ cauſæ, id eſt, opinio juſti tituli, uſucapionem non parit, ſed oportet titulum revera interveniſſe: hoc eſt, non is, qui putat, ſe emiſſe, ſibi donatum aut legatum eſſe, cum non ſit, pro emptore, pro donato aut legato uſucapere poteſt; ſed is ſolus, qui verè emit, cui res verè donata aut legata eſt, *l. Celſus 27. hoc tit. l.1. pro donat. l.2. & 3. pro legat. l.6. pro derel. l.1. §. ult. pro dot.* quippe falſa noſtra exiſtimatio rei veritatem non mutat, *l.6. ad munic.* Quidam tamen veterum cenſebant, in falſa opinione tituli admittendam eſſe uſucapionem pro ſuo; ſed errare eos Celſus oſtendit *d. l.27.* Utitur autem hac ratione, quod ubi nihil donatum aut legatum eſt, uſucapio pro emptore, pro donato aut legato non valeat. Quæ ratio prima fronte inepta videri poteſt: nam illi, quos errare ait, non hoc dicunt, bonæ fidei poſſeſſorem, qui modo emptum, donatum aut legatum ſibi exiſtimet, etiamſi nihil horum ſit, pro emptore, prove donato aut legato uſucapere poſſe, ſed pro ſuo: quod ratio Celſi non videtur removere: quoniam & titulus pro ſuo juſtus titulus eſt. Explicanda igitur eſt Celſi ratio, ut appareat, ex ea etiam effici, ut in propoſito nec locus ſit uſucapioni pro ſuo. Titulus pro ſuo duplex eſt, unus ſpecialis, qui ex ſola conditione rei poſſeſſæ naſcitur, & locum habet in his, quæ ſola occupatione noſtra fiunt, ex quo titulo certa uſucapio *l.2. pro ſuo,* alter generalis, cohærens cum aliis omnibus cauſis: ut ecce, qui bona fide pro emptore, pro donato, prove legato poſſidet, is ſimul ex his cauſis etiam poſſidet pro ſuo: ſed hic titulus generalis pro ſuo, pro juſto titulo poſſeſſionis non habetur, niſi concurrat alius ſpecialis, cui ille adhæreat, *l.1. pro ſuo.* Jam puto intelligitur, quam vim ratio Celſi habeat, nimirum remoto alio titulo ſpeciali, quem in propoſito nullum eſſe in confeſſo eſt, admitti non poſſe generalem illum pro ſuo. Cæterum hoc totum ſic acceptum eſt, ut juſtus & probabilis error poſſeſſoris uſucapioni non obſtet, veluti; ſi ſervus aut procurator rem aliquam ſe emiſſe falſo domino perſvaſerint, quam emendam illis mandaverat; in hoc errore poſſeſſor pro emptore uſucapiet; quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error eſt, *l. quod vulgo. 11. pro empt. l. ult. §.1. pro ſuo.* Poteſt & in noſtro ipſorum facto talis error intervenire. ut uſucapio non impediatur, *l.2. §. ſi à pupillo, & §. ſeq. pro empt.*

TEXTUS.
De acceſſione poſſeſſionis.

7. Diutina poſſeſſio, quæ prodeſſe cœperat defuncto, & hæredi & bonorum poſſeſſori continuatur, licet ipſe ſciat, prædium alienum eſſe. Quod ſi ille initium juſtum non habuit, hæredi & bonorum poſſeſſori, licet ignoranti, poſſeſſio non prodeſt. Quod noſtro conſtitutio ſimiliter & in uſucapionibus obſervari conſtituit, ut tempora cotinuentur.

NOTÆ.

7. *Diutina poſſeſsio*] Sine poſſeſſione uſucapio non procedit, *l.25. h. t.* Non autem præciſè exigitur poſſeſſionis continuatio in una eademque perſona: ſed receptum, ut etiam alienæ poſſeſſionis acceſſione uti liceat. *l.14. h. t. l.2. §.19. & ſeq. pro emp. l.13. §.1. & deinceps de acq. poſſ. l.14. de div. & temp. præſc.*

Hæredi continuatur] *l.43. h. t. d. l.2. §.19.* eadem ratione, qua perſeverat uſucapere, qui poſtea cognovit rem alienam eſſe, *l.48. §.1. de A. R. D.* nam hæres defuncti vice fungitur, *l.22. hoc tit.*

Hæredi non procedit] Quia etiam ἁμαρτίας ἐςι κληρονομία, hæres non tantum in virtutes, ſed etiam in vitia defuncti ſuccedit, *l.11. de div. & temp. præſc. l.11. C. de acq. poſſ.*

Et in uſucapionibus] Senſus eſt, ſe conſtitutione ſua caviſſe, ut eadem temporis inter hæredem & defunctum continuatio obſervaretur & in uſucapione à ſe reformata, & rerum quoque mobilium. Cujaciana transpoſitio non placet.

COMMENTARIUS.

1. *Quid in hoc argumento ſit poſſidere.*
2. *Poſſeſsionem legitimi temporis ad uſucapionem definiti, continuam requiri.*
3. *Interrumpi poſſeſsionem duobus modis, & quis utriusque effectus.*
4. *Ad implendam uſucapionem etiam alienæ poſſeſsionis acceſsione uti licere.*
5. *Juſtam poſſeſsionem defuncti prodeſſe hæredi, etiam ſcienti rem alienam eſſe: injuſtam defuncti non prodeſſe licet ignoranti. Et quam rationem utrumque habeat.*
6. *Cujac. Weſemb. Hotomannus confutantur: & quis ſit ſenſus verborum in calce hujus §. oſtenditur.*

IN primis eum, quem uſucapere volumus, poſſidere oportet: ſine poſſeſſione ait Juriſconſultus uſucapio contingere non poteſt. *l.25. hoc tit.* Poſſidere in hoc argumento is ſolus intelligitur, qui animo dominantis rem tenet. Quamobrem hinc remo-

removentur primum, qui alieno nomine in possessione sunt, ut fructuarius, creditor, colonus, is cui res commodata, aut apud quem deposita est, *l. non solum 33. §. qui pignori. hoc tit. l. pen. §. 2. qui satisd. cog. §. 4. inf. per quas pers. § possidere 5. inf. de interd.* deinde etiam sequester, apud quem possessio deposita est: item is, cui possessio tradita est, ut eam postea restituat: etsi enim hi verè possident, *l. licet 17. §. 1. depos. l. si quis 17. in fin. de acq. poss.* tamen quoad effectum usucapionis pro possessoribus haberi non possunt, quia rem non ut suam: non animo domini
2 tenet. Possidere autem oportet totum illud tempus, quod lege definitum est, rem mobilem triennium, immobilem decem aut viginti annos, & possidere continenter sine possessionis interruptione. Hinc rectè usucapio à Modestino definitur adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti, *l. 3. hoc tit.* In computatione temporis hoc observatur, ut non à momento ad momentum computetur, sed dies postremus cœptus pro impleto
3 habetur, *l. 6. eod.* Interrumpitur possessio duobus modis: uno naturaliter, veluti cum quis vi de possessione dejicitur, aut res nobis eripitur, *l. 5. eod. l. 15. de acq. poss.* altero civiliter per litis contestationem: hoc modo civiliter interrumpi possessionem dicimus, quia post litis contestationem verè & naturaliter possidere non desinimus, & implemus usucapionem, *l. 2. pro donat. l. 2. §. ult. pro empt.* sed impleta inter moras judicii usucapio effectu juris victo possessori non prodest, sed rem restituere cogitur, perinde quasi non usucepisset, *l. si potest 18. de rei vind.* Naturalis interruptionis hanc vim fuisse constat, ut etsi quis amissam semel possessionem deinde recuperasset, ei prioris possessionis tempora ad usucapionem aut præscriptionem non prodessent, sed à recuperata possessione tempus denuo inchoaretur; & proinde etiam, quod ad bonam fidem possidentis attinet, initium possessionis recuperatæ spectatum fuisse, *l. 15. §. 2. hoc tit. l. 7. §. qui bona 4. pro empt.* neque ex hoc jure quicquam mutatum. Litis autem contestatione usucapio non interpellabatur, sed, ut dixi, condemnato possessore erat inefficax: lite omissa erat efficax. At longi temporis præscriptio, quod facti esset, etiam plenè interrumpebatur lite ut nec lite omisso ullius momenti esset, etiamsi post omissam litem ex integro is, cum quo actum erat, longo tempore possedisset, *l. 2. l. 3. l. nec bona 10. C. de long. temp. præscr. l. nemo C. de acq. pos.* Sed hæc differentia sublata est per *l. pen. & ult. C. de annal. exc. l. un. C. de usuc. transfor.* An ergo & mala fides simpliciter incidens, quæ usucapionem neutiquam interpellabat, *l. bonæ 48. §. 1. de acq. rer. dom.* interpellavit præscriptionem longi temporis? Id quidem affirmat Cujacius in *d. l. 2. §. ult. pro empt.* Verum hoc nusquam scriptum est: nec eadem effecta, quæ litis contestationi tributa sunt, fuisse scientiæ rei alienæ simpliciter incidentis, argumento est tum vetus usucapio; tum etiam Justinianea, quæ non interrumpitur ex posteriore alienæ rei scienria, *d. l. un. C. de usuc. transform.* plenissimè interrumpitur litis contestatione, atque adeo libelli oblatione, ut expresè constitutum est *l. pen. & ult. C. de annali except.* Atque hactenus igitur minus est in nova usucapione, quam in veteri fuit, quod nova istis modis plenè interpellatur. Continuationem possessionis 4
dum exigimus, non hoc præcisè exigimus, ut una eademque persona per totum legitimum tempus continenter possideat, sed receptum est, ut ad usucapionem & longi temporis præscriptionem implendam alienæ possessionis accessione uti liceat. Atque hoc tributum est, licet dissimiliter, de quo statim, tam successori rerum singularum, puta emptori, donatario, quam successori universi juris, ut hæredi aut bonorum possessori. *hoc text. & §. seq. l. 14. eod. l. 2. §. si defunctus 19. & seq. pro empt. l. Pomponius 13. §. 1. & seqq. de acquiv. poss. l. de accessionibus 14. de div. temp. præscr.*

Licet ipse sciat prædium alienum esse. Quod si ille initium justum non habuit] Hæc non ad quemvis successorem, sed ad successorem universi juris, hæredem aut bonorum possessorem, tantum pertinent. Duo autem hic traduntur: unum est, Justam pos- 5
sessionem defuncti prodesse hæredi & procedere, etiamsi hæres sciat rem alienam esse. quod & traditur *l. hæres 34. hoc tit. l. 2. §. si defunctus 19. pro empt.* alterum, Injustam possessionem defuncti hæredi non procedere, licet ignoret rem alienam esse, *fac. l. cum hæres 11. de div. temp. præscr. l. vitia, C. de acq. poss.* Utrumque eandem rationem habet, quia scilicet hæres personam & conditionem defuncti suscipit, ita ut una persona cum defuncto censeatur. Hoc enim posito, qualitas possessionis ex persona defuncti tantum æstimanda, ut illa vel prosit hæredi, vel noceat: prosit, si defunctus bonum initium habuerit, etsi hæres non habeat; noceat, si defunctus bonum initium non habuerit, etiamsi hæres habeat: & perinde per omnia habeatur, ac si defunctus adhuc ipse possideret. Succedit itaque hæres non tantum in virtutes defuncti, sed etiam in vitia, nec ignoratione sua ea excludit, ut ait Papinianus *d. l. 11. de div. tem. præsc. & Impp. d. l. 11 C. de acq. poss. Vitia possessionum,* inquiunt, *à majoribus contracta, perdurant, & successorem auctoris sui culpa comitatur,* Ex quo hoc amplius etiam intelligimus, errare eos, qui hæredem volentem uti accessione possessionis defuncti à semet ipso inchoare possessionem, atque usucapionem præscriptionemve statuto tempore implere posse arbitrantur; quod jus tantum singularis est succes-

successoris; ut postea demonstrabitur. Nihil vero eorum opinionem juvat *l. pen. pro hæred.* neque enim negamus, posse aliquando hæredem usucapere quod defunctus non potuit: sed dicimus, non posse, quod defunctus vitiosè possedit. Ut ecce, potest hæres ex sententia plerorumque veterum usucapere rem, quam putat hæreditariam esse, cum non sit, sed defuncto comodata, aut pignerata, aut apud eum deposita: quomodo explicando est *d.l.pen.* nimirum quia nihil ex persona defuncti hic obstat hæredi, quominus ipse eam rem pro hærede usucapere possit: quanquam sunt, inter quos etiam Bachovius, qui nec hoc ipso casu usucapionem pro hærede admittunt: per *l.2. & ult. C. pro hæred. l.4. C. de præscr. long. temp.* Sed hos si sequimur, delendi erunt *tit. de usuc. pr. hærede*, possuntque *dd. ll.2. & ult.* commodè accipi de iis, qui falso existimant se hæredes esse: & *d. l. ult. cum d. l.4.* etiam de vero hærede, sed qui rem ex titulo ad usucapionem inhabili tenens, possessionis causam sibi mutare conatur, eamque rem obtentu, quasi hæreditaria esset, pro herede usucapere; cujusmodi species proponitur *d. l.2 & §.1. pro hærede.*

Quod nostra constitutio similiter & in usucapionibus] Hunc versum transposuit Wesembecius secutus auctoritatem Cujacii: qui putavit, eum non suo loco positum esse, & reponendum post *§. sequentem*: propterea quod Justinianus constitutione sua *l. un. C. de usuc. transf.* nihil novi caverit de continuatione possessionis defuncti & hæredis: sed, quod ex rescripto Severi & Antonini tantum obtinebat in præscritione longi temporis, ut inter emptorem & venditorem tempora conjungerentur, traxisse ad usucapionem, in qua olim successor singularis propter brevitatem temporis accessione possessionis auctoris sui non utebatur, per *l. si ædes 32. §.1. de serv. præd. urb.* In quo vix est ut Cujacio assentiri possim. Nam in *l. id tempus 14. hoc tit.* expresè etiam emptori & legatario prodesse dicitur tempus, quo venditor & testator possederunt; prodesse scilicet etiam ad usucapionem, de qua ex professo isto titulo agitur. Similiter Ulpian. in *l. Pomponius 13. §.1. & seqq. de acq. poss.* latissimè disputans de accessione temporis, qua posterior possessor utitur ex persona auctoris sui, in tota illa disputatione nullius differentiæ meminit, quæ hac in parte sit inter usucapionem & longi temporis præscriptionem. Quin etiam disertissimis verbis scriptum à Paulo est, emptori tempus venditoris ad usucapionem procedere, *l.2. §.pen. pro empt.* Hoc amplius Scævola etiam, emptorem servi uti accessione venditoris, *l. in accessionibus 14. §.2. de div. temp. præscr.* Atqui constat res mobiles anno ubique usucaptas fuisse. Nec absurdum est, in ea temporis brevitate pari spacio duorum conjuncta possessione rem acquiri, quo unius: imo in duorum possessione domini conditio melior: quoniam tam in successore volente uti accessione, bonum initium exigitur, quam in auctore ejus, cum unius usucapionem mala fides superveniens non interpellet. Hæc autem omnia Triboniano adscribere magnæ temeritatis est; neque in *d. l. si ædes 32. §.1. de serv. præd. urb.* agitur de emptore, aliove, in quem ex justa causa possessio ab auctore translata est, quo demum casu locus est conjunctioni temporum; sed de eo, qui interpellata usucapione, propterea quod res simpliciter possideri desita esset, postea eandem rem possidere cœpit. Quomodo igitur defendimus, quod Justinianus ait de conjunctione temporum à se introducta in usucapionibus, similiter ut in diutina possessione? Hotomannus existimat, totam hanc disputationem ante Justinianum nihil ad usucapionem pertinuisse, sed ad longi temporis præscriptionem duntaxat: ac ne hæredi quidem tempora in usucapionibus continuata: sed id primum effectum esse constitutione Justiniani: idque esse, quod hoc loco Justinianus significet. Verum hanc sententiam falsam esse ostendunt quotquot sunt loci, quos modo citavimus: & de hærede hoc amplius jam ante obtinuit, ut nec scientia continuatio temporum in usucapione impediretur, *l. hæres 43. hoc tit. l.2. §. si defunctus 19. pro empt.* idque locum haud dubiè etiam habuit in usucapione rerum mobilium: neque simplex scientia hæredis rem magis furtivam facit, quam si defunctus ipse ante impletam usucapionem rescivisset rem alienam esse. Quapropter omnino existimo, Justinianum, nisi forte quid falso sibi attribuerit, his verbis, *Quod nostra constitutio similiter & in usucapionibus, &c.* nihil aliud significare, quam se in usucapione à se reformata, nihil innovasse, quod attinet ad continuationem temporum inter defunctum & hæredem; sed eam observari voluisse etiam in sua usucapione & rerum quoque mobilium, uti ea antea observabatur, & maximè in diutina possessione, in qua frequentior erat propter longioris temporis spacium. Non meminit quidem nominatim defuncti & hæredis, sed tamen generaliter antecessoris & successoris cujusvis; quod satis est ad retinendum hunc versum in suo loco: ita propemodum & *Car. Hannib. Fabrot. in not. Theoph.* Hinc simul apparet, abuti hoc textu DD. qui eum adducunt ad probandum, usucapionem tantum esse rerum mobilium.

TEXTUS.

8. Inter venditorem quoque & emptorem conjungi tempora, divi Severus & Antoninus rescripserunt.

NOTÆ.

8. *Venditorem & emptorem*] Cæterosque singularis rei successores, *l. 15. §. 10. & seq. de acq. poss. l. 5. l. 14. de div. præs.*

Conjungi tempora] Modo uterque bona fide acceperit. Vide fus. in comment.

COMMENTARIUS.

1. *Quando successor singularis accessione possessionis auctoris sui uti possit.*
2. *Vitium auctoris successori neque nocere, neque prodesse.*

De conjunctione temporum inter priorem possessorem & universi juris successorem dictum *§. præc.* hic de eadem conjunctione agitur inter venditorem & emptorem, quod tamen jus ad cæteros quoque pertinet, qui alio titulo singulari, etiam lucrativo rem acceperunt, puta ex causa donationis aut legati, *l. id tempus 14. pr. & §. 1. hoc tit. l. Pomponius 13. §. sed. & 10. & seq. de acq. poss l. 5. l. in accessionibus 24. §. 1. de div. temp. præscr.* Scriptum hic simpliciter est, inter venditorem quoque & emptorem tempora conjungi. An igitur eodem modo, quo inter defunctum & hæredem? Nequaquam: sed ita, si uterque bona fide rem acceperit. Proinde si emptor justum possidendi initium non habuerit, etiamsi venditor habuerit, non utetur emptor accessione venditoris, contra quam existimat Hotomannus: nam traditum est, vitiosæ possessioni nullam, ne justam quidem, posse accedere, *d. l. Pomponius in fin.* quanquam diversum est in successore universi juris, de quo abunde *§. præc.* Ex contrario quoque vitiosa venditoris possessio non prodest justæ possessioni emptoris: sed qui vult uti adminiculo ex persona auctoris, eo uti debet cum sua causa suisque vitiis, *d. l. Pomponius §. 1.* id est, eadem conditione eodemque jure, quo auctor uteretur, uteretur. Deniq; hoc etiam traditum est, nec vitiosam possessionem accedere posse ei, quæ vitiosa non est, *d. l. Pomponius in fin.* Planè non nocebit successori, quod auctor ejus bono initio nixus, rescivit, rem alienam esse, antequam eam alienaret: quia, si non alienasset, ipse eam usucapere potuisset. Quid si successor accessione auctoris uti nolit, sed suæ tantum possessionis tempora computare, an hic etiam vitiũ auctoris ultrò nocebit successori? Placuit, quemadmodum vitium auctoris successori non prodest, si accessione uti velit; ita neque nocere, si accessione uti nolet: denique successorem per se usucapere posse, quod auctor usucapere non potuit, *d. l. 5. de div. temp. præsc. l. 4. §. auctoris 27. de dol. exc. l. 4. C. de rei vind.* quod tamen ex parte emendatum & temperatum est distinctione, quæ extat in *authent. malæ fidei, C. de præscr. long. temp.* In hoc autem dissimilis item causa hæredis est, cui vitiosa defuncti possessio nocet, etiamsi adminiculo ex persona defuncti uti nolit: quippe qui tam in vitia, quam in virtutes defuncti succedit, & eadem cum defuncto persona esse existimatur, *l. cum hæres 11. de div. temp. præscr. vid. §. præced.* Loquimur autem de vitio personæ possessoris: nam quod vitium in re est, puta si res furtiva sit aut vi possessa, id generaliter successoribus omnibus nocet, *§. novissimè sup. l. ubi 24. eod. l. 7. C. pro empt.* Illud addo, si medio tempore alius possiderit, interruptam esse possessionis continuationem; atque in ea re similes esse emptores universi juris successoribus, *d. l. Pomponius 13. §. quæsitum 4. de acquir. possess. l. possessio 20. hoc tit.*

TEXTUS.

De his qui à fisco, aut Imp. Augustæve Domo, aliquid acceperunt.

9. *Edicto divi Marci cavetur, eum, qui à fisco rem alienam emit, si post venditionem quinquennium præterierit, posse dominum rei exceptione repellere. Constitutio autem divæ memoriæ Zenonis bene prospexit iis, qui à fisco per venditionem, aut donationem, vel alium titulum accipiunt aliquid: ut ipsi quidem securi statim fiant, & victores existant, sive experiantur, sive conveniantur: adversus autem sacratissimum ærarium usq; ad quadriennium liceat iis intendere, qui pro dominio vel hypotheca earum rerum, quæ alienatæ sunt, putaverint, sibi quasdam competere actiones. Nostra autem divina constitutio, quam nuper promulgavimus, etiam de iis, qui à nostra, vel venerabilis Augustæ domo aliquid acceperint, hæc statuit, quæ in fiscalibus alienationibus præfatæ Zenonianæ constitutionis continentur.*

NOTÆ.

9. *Constitutio Zenonis*] *l. 2. C. de quadr. præscr.* Fisco hoc tributum, quo paratiores reperiat in subhastationibus emptores. Wes.

COMMENTARIUS.

1. *Ærarium etiam post occupatam rempubl. diu dictum pecuniam publicam, sive imperii; fiscum, pecuniam principis privatam, postea utrumque verbum promiscuè usurpatum.*
2. *Præscriptionem quadriennii fiscalem & veteri juri incognitam, & Canonibus improbatam: neque usu apud plerosque receptam esse.*

Si post

Si post venditionem quinquennium] Mentio fit hujus edicti D. Marci *l. ult. C. si adv. fisc.* In hac autem præscriptione quinquennii nullam factam fuisse distinctionem inter bona aut mala fide quid à fisco accipientem, apparet ex eo, quod alioqui melior conditio fuisset ejus, qui à privato emisset, quam qui à fisco: siquidem is, qui à privato bona fide rem emerat, ad summum biennio eam usucapiebat.

Constitutio Zenonis] Ea est *l. 2. C. de quadrien. præscr.* Olim quinquennii præscriptione tuti erant, qui quid alienum emerant à fisco. Hodie statim tuti sunt ex constitutione Zenonis, sive conveniantur, sive ipsi amissa fortè rei possessione ultro agant. Fisco autem alienanti rem alienam, vel alii pignori obligatam, datur præscriptio quadriennii, si post quadriennium eo nomine conveniatur à domino aut creditore pigneratitio, *d. l. 2.* Quod ideo sic constitutum esse videtur, ut tanto facilius emptorem fiscus reperiat; tum etiam ne rescindatur venditio facta publica auctoritate: alioqui sanè durum atque iniquum est domino aut creditori, jus vindicandi aut persequendi rem suam aut sibi nexam statim auferre, iisque objicere tam potentem adversarium.

Sacratissimum ærarium] Hic disertè fiscus appellatur ærarium Principis, uti & in *l. 2. & 3. C. de quadr. præs.* neque causam habet Hotomannus, cur eo nomine Tribonianum reprehendat: & falsum est, quod scribit, ærarium esse rerum Principis privatarum, quibus sc. ipsius patrimonium constet: fiscum vero cæterarum omnium, quæ sacræ largitiones & sacri thesauri passim appellentur: eamque differentiam in *dd. ll.* accuratè observatam. Scimus i locum, ubi pecunia publica reponebatur, Romanis ærarium appellatum, eumque locum fuisse in æde Saturni, quo etiam Senatusconsulta deferebantur: testes passim Livius aliique scriptores. Ipsam quoque pecuniam publicam ærarium dictam κτ̀ μετωνυμίαν. Cic. 3. *Tusc. Et quidem C. Gracchus, cum largitiones maximas fecisset, & effudisset ærarium, verbis tamen defendebat ærarium.* Idem *Attic. Ariobarzanes nullum 1 ærarium, nullum vectigal habebat.* Illud quoque constat, post occupatam rempubl. ærarium adhuc diu dictum fuisse pecuniam publicam sive imperii, & à fisco separatum: fiscum enim dixerunt pecuniam Imperatoris, propriā ac privatam: cujusmodi erant bona damnatorum, caduca, vacantiā aliaq; ἀδέσποτα. quæ Principi deferebantur. Plinius in *Panegyr. Traiano. dict. At fortasse non eadem severitate fiscum, qua ærarium, cohibes? Imo tanto majore, quanto plus tibi licere de tuo, quam de publico credis:* & Paulo post; *Quæ præcipua tua gloria est, sæpius vincitur fiscus: cujus mala causa est nunquam, nisi sub bono Principe.* Ulpianus in *l. 2. §. 4. ne quid in loc. pub. Res.* inquit, *fiscales quasi propriæ & privatæ Principis sunt.* Hinc ratio fisci idem quod ratio Principis & ratio privata, *l. pen. C. de edend. l. 2. C. de priv. fisc.* Procedente tempore distinctio illa ærarii & fisci evanuit, ac utraque voce promiscuè usi sunt, unaque tantum sub Græcis principibus distinctio usurpata, fisci & bonorum principis patrimonialium: quod hic locus apertè ostendit, &, unde desumptus est, *l. ult. C. de quadr. præscr.* Id autem inter res fiscales & patrimoniales intererat, quod etsi utræque principis erant, illæ essent Principis, qua talis, & ideo publicæ; hæ propriæ Zenonis, Justiniani, & ideo privatæ: unde & comites rerum privatarum dicti, quibus harum rerum cura demandata, *tit. C. de off. com. rer. priv.* qui antea procuratores patrimonii appellabantur, *l. cum servus 39. §. ult. de legat. 1.* Planè vocabulo ærarii aliquando latius usi sunt, ut eo etiam significarent res principis privatas; yeluti cum in *l. un. C. de quæst. & magistr. offic. lib. 12.* comitiva utriusque ærarii dicitur, id est, sacri sive fiscalis, & privati. Qui fiscali præerat, in specie comes sacrarum largitionum & thesaurorum appellari videtur, *l. 3. C. ubi senat. vel. clariss. l. 2. C. ut dign. ord serv. lib. 11.*

Nostra autem divina constitutio] Intelligit *l. ult. C. de quadr. præscr.* qua constitutione quod Zeno de fisco statuerat, producit ad substantiam principis privatam, ut scilicet etiam rerum patrimonialium emptor statim securus sit, & dominus quadriennii præscriptione excludatur: affertque hanc constitutionis suæ rationem, quod cum omnia principis esse intelligantur, sive res sint fiscales, sive privatæ Cæsaris, nulla, quod attinet ad harum rerum alienationem, differentia introducenda sit. Explodendi autem sunt, qui hinc colligunt, omnia omnino, & bona etiam subditorum propria esse principis. Eadem constitutione etiam serenissimæ Augustæ idem privilegium conceditur. Hoc jus atque hæc præ- 2
scriptio fiscalis veteribus incognita fuit, uti liquet ex *l. nec ullam 13. §. item si quis 9. de her. pet.* Jus Canonum eam improbat, *cap. placuit 16. q. 3.* nec apud nos recepta, *Zypæ. notit. jur. Belg. tit. de præscript. Christin. vol. 4. decis. 82. n. ult,* ubi etiam alios allegat, qui tradunt, hunc *§. & tit. C. de quadrien. præscript.* in usu non esse. Aliud tamen visum *Groenevv. hic tract. de legib. abrog. arg. decis. 15. Cur. Holland.*

TITULUS VII.
D. Lib.39. Tit.5. 6. C. Lib.8. Tit.54. Nov.162.
De Donationibus.

1. *Absolutam inter vivos donationem ad acquisitiones juris gentium pertinere.*
2. *Sit ne donatio modus acquirendi, an titulus, sive causa.*
3. *Series hujus tituli.*

Usucapionem, de qua proxime egimus, esse modum acquirendi jure civili extra controversiam est: utrum autem donatio quoque eo pertineat
1 ambigitur. Et quidem absolutam inter vivos donationem, quæ traditione perficitur, & potissima donationis species est, nemo opinior, tam est excors, qui juri civili adscribendam putet. Quid enim habet illa à jure civili, quod ad formam ejus aut perfectionem pertineat? Quid tam naturale est, quam hominem homini bene facere? Ad liberalitatem natura propensi sumus, testibus *Cic. in Læl. & Sen. in libb. de benef.* Antiquitas nihil aliud existimavit esse Deum, quam prodesse mortalibus. De quo Desiderius noster *in Chiliad.* Adhæc nihil magis rationi naturali convenit, quam voluntatem domini rem suam in alium transferentis ratam haberi, *Demonsth. advers. Leptin.* ex causa liberalitatis id fiat, an ex qua alia, nihil refert, auctore ipso Justiniano *§. per traditionem 40. sup. de rer. div.* ubi nominatim etiam donationem refert inter causas acquisitionis juris gentium. An vel apud Sinas aut Lapones credimus nullũ esse exercitium liberalitatis, nullum donationis usum? At inquis, lex Cincia supra modum donare prohibuit: & nunc donatio excedens summam 500. solidorum insinuanda est. Quid tum postea? Lex Fusia Caninia vetuit ultra præscriptum numerum manumittere, an ideo manumissio ex jure civili est? Quarundam rerum vetita est distractio, an idcirco emptio venditio contractus juris gentium non est, sed juris civilis? Plane cum necessitas insinuandi donationem, quæ excedit supra dictam summam, à jure civili sit, concedo tantæ quantitatis donationem, utpote quæ jam sola voluntate & traditione donantis non perficitur, posse referri inter modos acquirendi jure civili, *arg. l.6. de just. & jur.* ut tamen non meri juris civilis habeatur, sed mixti & maximam adhuc partem naturalis: aliæ autem omnes, quæ qualitatem legitimam non excedunt, juris mere naturalis sive gentium manent. Quomodo ergo defendimus methodum Justiani? Nimirum si dicamus, Justiniano principaliter propositum esse tractare de donationibus impropriis, mortis causa & propter nuptias, quæ ad jus civile non ineptè referuntur, ut postea palam fiet. Hoc autem ipsa series tractationis ostendit, cujus initium à mortis causa donatione capitur; cum alioqui converso modo de donatione vera & absoluta primo loco agendum fuisset, uti factum est *in Pand. & C.* Occurrit hic & aliud dubium, sitne scil. donatio modus acquirendi dominii, an solummodo titulus sive causa, ut emptio, dos, permutatio. Nam ratio ordinis exigit, ut dicamus esse acquirendi modum: contra vero causam tantum acquirendi esse, probat *d. §. per traditionem, de rer. div.* Verum hoc non adeo difficile expeditu est. Etenim donationis verbum duobus modis accipitur. Uno modo propriè pro ipsa donatione, quando scil. liberalitatis exercendæ gratia aliquid alicui tradimus, & actutum in accipientem transferimus, ut simul & causam tradendi & traditionem ipsam includat. Nam proprie donare nemo intelligitur, nisi qui & tradat, Unde donare & dare promiscue Jurisconsultus usurpat *l.1. hoc tit.* & donatio dicta quasi doni datio, *l. senatus 35. §.1. mort. caus. don.* unde & Papinianus *l.23. de donat. int. vir. & ux.* donationem distinguit à stipulatione donationis causa facta. Altero modo metonymice pro conventione de dando, cum quis donationis causa aliquid promittit, *l.2. l.12. l. eum qui. 22. eod.* Priore sensu accepta donatio modus est acquirendi dominii; posteriore non dominium, sed obligationẽ parit, rationemq; contractus & tituli habet *d.l.22.* Pleriq; magno molimine magnas hic nugas agunt. 3
Initio hujus tituli proponitur donationis divisio; deinde explicantur species, non omnes quidem, sed tres tantummodo, hoc ordine. Primum agitur de donatione mortis causa; deinde de donatione simplici inter vivos; tum de donatione propter nuptias. Ad extremum subjicitur modus antiqvus acquisitionis civilis ex causa lucrativa per jus accrescendi.

TEXTUS.
De Donatione.

Est & aliud genus acquisitionis, donatio. Donationum autem duo sunt genera; mortis causa, & non mortis causa.

NOTÆ.

Donationibus] Donatio est, cum quid nullo jure cogente conceditur, *l.29. h. tit.*

Acquisitionis] Civilis scil, ut ordo arguit. At eo tan-

tantum referendæ donationes impropriæ, mortis causa & propter nuptias, de quibus hîc principaliter tractatur; non illa absoluta inter vivos. Nam res suas quibusque donare apud omnes gentes jus potestasque est, §.40. *sup. de rer. div.* Demosth. *adu Leptin.*

Donatio] Donatio proprie est doni datio, *l.1. D. h. t. l.35. §.1. D. de mort. ca. don.* Estque modus acquirendi, quoniam & causam tradendi includit & ipsam traditionem. Cum autem accipitur pro conventione de dando, tituli seu causæ tantum rationem habet, §.40. *sup. de rer. div.*

Duo genera] Utriusque autem generis plures sunt species, *l.1. D. h. t. l.2. D. de mort. ca. don.*

COMMENTARIUS.

Rectior fortassis erit divisio, si dicamus, donationem aliam esse propriam, aliam impropriam, *l.1. hoc tit.* est enim donatio ex eorum generum numero, quæ πρὸς ἕν dicuntur, nec pariter subjectis speciebus omnibus conveniunt. Donatio propria, quæ & vera atque absoluta, *l. senatus 36. §. 2. de mort. ca. don.* est, cum quis solius liberalitatis gratia sic aliquid dat, ut statim velit accipientis fieri, neque ullo casu ad se reverti, *d. l.1. & d. l. senatus §.2.* Impropriæ donationis variæ sunt species. Talis est donatio propter nuptias, de qua §.3. *inf. eod.* Tales sunt donationes omnes, quæ sub modo, causa, conditione fiunt, *tit. C. de don. quæ sub. mod.* & in speciem incidunt contractuum innominatorum, do ut des. Do ut facias: item remuneratio. In quibus omnibus pro modo & quantitate retributionis propius aut longius à vera donatione receditur. Sic item quod honorarii nomine datur pro officio & opera præstita, & in factis, quæ locari solent, merces diceretur, in speciem meræ donationis non cadit. Quia donari non videtur, nisi quod nullo jure cogente conceditur, *l. donari 29. hoc tit.* τὸ χωρὶς ἀνάγκης διδόμενον. *Harmenop. lib.3. tit.1.* & hoc est, quod DD. tradunt, donationem remuneratoriam propriè donationem non esse, *per l. hoc jure 19. §.1. l. Aquilius 28. eod.* Talis denique est donatio mortis causa, propterea quod ex casu resolvitur, atque adeo ex pœnitudine revocari potest.

TEXTUS.

De mortis causa donatione.

1. *Mortis causa donatio est, quæ propter mortis fit suspicionem: quum quis ita donat, ut si quid humanitus ei contigisset, haberet is, qui accipit: sin autem superuixisset is qui donavit, reciperet: vel si eum donationis pœnituisset, aut prior decesserit is, cui donatum sit. Hæ mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactæ sunt per omnia. Nam cum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis, an legati instar eam obtinere oporteret, & utriusque causæ quædam habebat insignia, & alii ad aliud genus eam retrahebant à nobis constitutum est, ut per omnia fere legatis connumerentur, & sic procedat, quemadmodum nostra constitutio eam formavit. Et in summa mortis causa donatio est, quum magis se quis velit habere, quam eum, cui donat, magisque eum, cui donat, quam heredem suum. Sic & apud Homerum Telemachus donat Piræo:*

Πείραι', οὐ γάρ τ' ἴδμεν ὅπως ἔσαι τάδε ἔργα.
Εἴ κεν ἐμὲ μνηστῆρες ἀγήνορες ἐν μεγάροισι
Λαθρῇ κλείναντες, πατρώϊα πάντα δάσονται,
Αὐτὸν ἔχοντά σε βούλομ' ἐπαυρέμεν, ἤ τινα τῶνδε.
Εἰ δέ κ' ἐγὼ τούτοισι φόνον καὶ κῆρα φυτεύσω,
Δὴ τότε μοι χαίροντι φέρειν πρὸς δώματα χαίρων.

Hos versus sic vertere licebit.

Cum Piræe homines late ant secreta futuri,
Si me forte proci sceleratis ad Styga mittant
Insidiis, patriasque velint ercíscere prædas:
Hæc ego præ reliquis multo tibi cedere malim.
Sin ego eos justis prosterum, cladibus ultor,
Hæc mihi tu gaudens media inter gaudia reddas,

NOTÆ

1. *Mortis suspicionem*] Vel sola etiam cogitatione mortalitatis ex sorte humana, *l.2. & aliquot seqq. l.35. §.4. D. de mort. ca. don.*

Cum quis ita donat] Hoc expresso scil. etiamsi in extremis vitæ quis constitutus sit, alioqui non tam mortis causa, quam moriens dedisse videtur, *l.42. in fin. eod.*

Si quid humanitus] Quo verbo mors significatur, *l.26. pr. depos.*

Eam formavit] Ut quinque adhibeantur testes: qui numerus legitimus in omni ultima voluntate, excepto testamento, *l. ult. §. ult. C. de codicill.*

Quam hæredem suum] *l.1. d. l.35. §.1. D. h. t.*

Apud homerum] *Odyss. 17.* Hic locus arguit etiam mortis causa donationem ratione facti juris gentium esse.

COMMENTARIUS.

1. *Ex verbis donatoris æstimandum, an donatio facta sit ob suspicionem mortis: & citra talem suspicionem mortis quoque causa recte donari.*
2. *Quibus in rebus similitudo hujus donationis & convenientia cum legatis cernatur.*
3. *Quibus in rebus dissimilitudo & discrepantia.*

Q*Væ propter mortis fit suspicionem*] Cum quid metu mortis vel ex præsenti vel ex fututuro periculo donatur; puta si donator gravi morbo laboret, si periculosam peregrinationem vel navigationem suscepturus sit, si iturus in militiam, si grassetur pestilentia, &c. *l.2. & aliquot seqq. l.senatus 35.*
1 *§. mortis 4. hoc tit. de mort. ca. don.* Cæterum an propter mortis suspicionem donatio facta sit, ex verbis donatoris æstimandum est. Nec enim sufficit ad hanc donationem, à moriente aut in periculo mortis posito quid donatum esse, nisi verbis declaraverit, se ob metum propinquæ mortis donasse: alioqui non tam mortis causa, quam moriens donasse censetur, *l.si quis mortis 29. l.Seja 42. in fin.eod.D.Tuld. comm. hic cap.4.* hodie tamen in dubio mortis causa factam præsumi, & in Gallia sic judicatum referunt *Autum. conf. jur. ad d. l.42. & Bugn. lib.5. de ll. abrog. cent.16. fac. l.fulcimus 43. eod.* Quin etiam extra suspicionem ullius periculi & à sano atque in bona valetudine constituto mortis causa recte donatur, sola cogitatione mortalitatis ex sorte humana, *d.l.2. & d.l.35.§.4. eod.* Sed itidem verbis hoc declarandum, ne alias pura & simplex habeatur donatio. Quod si consideraſſet Hotomannus, abstinuisset, credo, à reprehensione Jurisconsultorum, Juliani, Ulpiani, Pauli; neq; tam temerè pronunciasset, nullam esse mortis causa donationem, cujus non mortis periculum causa sit. Si Titio centum donavero, præstanda post mortem, donatio inter vivos est: nam tempus adjectum differendæ solutionis causa, ad substantiam donationis non pertinet. Unde legi Falcidiæ in ea donatione locus non erit, uti memini me ex facto consultum respondisse, *add. Fachin.5. contr.22.* Non solum autem suæ mortis causa donare quis potest, sed etiam alterius, puta filii, fratris, sororis, *l.11. l.mortis 18. hoc tit. de mort. ca. don. l.3. C.eod.*

Quum quis ita donat] Dupliciter autem quis sic donat, vel ut statim rem faciat accipientis, vel ut tunc demum, cum mors fuerit insecuta, *d.l.2.eod.* Posteriore casu ad revocandam donationem competit donatori directa in rem actio, sive pœnitentia ductus donationem infringere velit, sive periculum, quod metuebat, evaserit, *l.si mortis 29. eod.* Priore condictionem habet, *l.senatus 35.§.3.eod.* habet & utilem in rem adversus quosvis possessores, *l.qui mortis 30. eod.* sublatoq; periculo aut præmortuo eo, cui donatum est, fortassis etiam in rem directam, quasi donatio ipso jure resoluta, *d.l.29. add. Gomez.2. resol.4.*

Si quid humanitus] Ἀνθρώπινόν τι. Si quid humanum, *l.26. pr. depos.* Veteres ominis causa sic loquebantur; *Si quid mihi acciderit*, ἐαν τι συμβῇ, ἐάν τι πάθω, pro, *si moriar. l.162. §.1. de verb.sign.* Abstinebant à mortis vocabulo, tanquam ominoso.

Si autem supervixisset, &c.] Tribus casibus mortis causa donatio fit irrita; si donator salvus evaserit, quod hic dicitur *supervixerit*, si donationis eum pœnituerit; si donatario supervixerit, *l.mortis 16. d. l.29. & seq.eod. l. non omnes 19. de reb. cred.* Si salvus evaserit, sic accipe, licet donatarius adhuc vivat: si supervixerit donatario, sic, etsi periculum adhuc duret, cujus contemplatione donatio facta. Plane si quis sanus & valens extra suspicionem alicujus periculi, sola cogitatione mortalitatis commotus, donaverit, non puto irritam fieri donationem, si forte donator morbum aliudve periculum, in quod postea incidit, evaserit: nam nihilominus causa donandi manet, *Soar. in recept. lit.D. num.29. D.Tuld.comm. hic c.5.*

Ad exemplum legatorum redactæ sunt per omnia] Fere scilicet. Quam particulam mox etiam ipse exprimit, cum constitutionis meminit, qua hæc exequatio facta est. Intelligit autem *l. ult. C. d. hoc tit. de mort. ca don.* qua quidem hanc donationem ad similitudinem legatorum revocat: cæterum non simpliciter & per omnia, sed κατα τι & maxime ratione effectorum. In aliis vero magna adhuc dissimilitudo est: de quo habebimus, quod certo statuamus, si res hæc inductione utriusque generis exemplorum declaretur. Similitudo hujus donationis & convenientia cum legatis in his cernitur. 1. Quod, quem- 2
admodum in omni voluntate, quæ testamentum non sit, quinque testes desiderantur, *l. ult. §. ult.Cod. de codicill.* ita & in mortis causa donatione, idque ad solennitatem actus, *l. ult. Cod. hoc tit.* 2. Quod, sicut legata à vivo testatore revocari possunt, nec quicquam suprema voluntate relictum valet, nisi post mortem relinquentis, ita & hanc donationem pro arbitrio revocare liceat, nec prius rata aut perfecta habeatur, quam mors donatoris insecuta sit, *l. si mortis 29. & l. seq. l. non videtur 32. hoc tit.* 3. Quod, sicut dominium rei legatæ statim à morte testatoris transit in legatarium, ita rei mortis causa donatæ, nec ante traditæ statim à morte donatoris in donatarium, *l.2. de publ. in rem act.* Hæc sufficiunt, ut donatio mortis causa numeretur inter acquisitiones civiles. Illud autem falsum est, quod Glossa, Bart. Castr. in *l. qui mortis 30. hoc tit.* tradunt, & sequitur Gomez *2.res.4. n.20.* dominium rei mortis causa donatæ statim, ut donatio facta est, transire, etiãsi traditio nulla

la secuta sit. Nam sive cum contractibus hanc donationem conferre placet, explorati juris est, ex contractu nullo citra traditionem dominium transferri; sive cum legatis, constat, dominium rei legatæ demum post mortem testatoris in legatarium transire. 4. Quod, sicut legatario substitui potest, ita & nostro donatario, *l. 1. C. eod.* 5. Quod hæc donatio, perinde ut legata, lege Falcidia imminuatur, *l. Seja* 24. *§. 1. hoc tit. l. 2. C. eod.* 6. Quod in ea locum habet jus accrescendi inter conjunctos in eandem rem, *l. un. §. hæc autem* 14. *C. de cad. toll. Gomez. 1. resol.* 10. *num.* 7. 7. Quod, quemadmodum conjux conjugi legare, ita & mortis causa donare potest, *l. 9. §. ult. & ll. seqq. de donat. int. vir. & ux.* 8. Postremo, quod in hoc genere donationis non opus est insinuatione, *l. ult. C. hoc tit.* Dissimilitudo & discrepantia elucet in his. 1. Quod mortis causa donatio sic fieri potest, ut nullo casu revocetur, *l. si alienam* 13. *de mort. ca. don.* quod secus est in legatis, *l. si quis* 22. *de legat.* 3. *l. 4. de adim. legat.* Quanquam fatendum est, talem mortis causa danationem naturam mutare, & effectu esse donationem inter vivos, *l. ubi ita* 27. *eod.* idque eleganter ostendit D. Joan. Deckher. *dissert.* 1. *n.* 40. *& seq.* 2. Quod donatio hæc ab aditione hereditatis, sicut legatum, non pendet, sed sola morte confirmatur donantis, *l. non videtur* 32. *eod. fac. l.* 5. *§. qui mortis* 17. *de his quæ ut indig. Clar. lib.* 4. *§. donatio, quæst.* 5. *n.* 2. *c.* 3. Quod donatio in singulos annos una est, legatum tale multiplex; itaque illa ad heredes pertinet; at primi anni legatum duntaxat purum est, reliquorum conditionale, quod ad heredem legatarii ante diem non transit, *l. senatus* 35. *§. ult. hoc tit. l. 4. de ann. legat.* 4. Quod in mortis causa donationibus, an quis capere possit, non donationis, sed mortis tempus inspicitur, *l. in mortis* 22. *hoc tit.* cum in legatis etiam tempus facti testamenti spectatur, *§. in extraneis* 4. *inf. de her. qual.* 5. Quod donatio fit inter duos, legatum autem præter voluntatem unius testatoris nihil desiderat: unde legatum etiam in absentem & ignorantem conferri potest: donatio autem à præsente in præsentem conferenda: *l. inter mortis* 38. *hoc tit.* aut utique in absentem per nuntium aut literas, ut sciat, & donationem accipiat, *l. 10. eod. Mantic. de conject. ult. vol. lib.* 8. *tit.* 1. *n.* 36. Quod si quis absenti & ignoranti se donare quid simpliciter dixerit, defenditur donatio jure fideicommissi ex communi interpretum sententia. His de causis donatio hæc naturam contractus habere dicitur, *d. l. senatus* 35. *§.* 3. unde etiam illud est, quod filiusfam. consensu patris mortis causa donare potest; quamvis testamentum facere non possit, nec permittente patre, *l. tam is* 25. *§. 1. eod.* vulgo Dd. sic distinguunt, donationem hanc habere naturam contractus, cum in esse producitur; effectu autem, & cum in esse producta est, rationem ultimæ voluntatis. Cæterum hoc per omnia verum non esse, tum numerus testium, & remissio insinuationis, liquido ostendit, tum quod hæc donatio non pendet ab aditione hæreditatis,

Cum prudentibus ambiguum fuerat] Familiare Justiniano est, cum quid quasi novum constituit, veterum Jurisconsultorum allegare ambiguitatem: in quo tamen sæpe fallitur, & fortassis etiam hoc ipso loco. Sane in responsis veterum nullum hujus ambiguitatis vestigium apparet. Tradunt illi, quod hic à se factum ait Justinianus, donationes mortis causa ad exemplum legatorum esse revocatas, *l. Marcellus* 15. *l. illud* 37. *eod. l. 2. de publ. in rem act.* Mansit tamen adhuc nonnullum inter hæc discrimen, de quo inter omnes convenit, ut ex aliis locis patet: nec hoc discrimen à Justiniano sublatum est.

Magis se quis velit habere, &c.] Ex Marciano *l. 1. eod.* Estque hæc ratio, cur donationem mortis causa revocare liceat. In donatione inter vivos, qui donat, donatarium solum cogitat, atque illum, quam se, habere mavult: in donatione autem mortis causa, qui donat, se primum & principaliter cogitat, atque amore vitæ recepisse potius, quam dedisse mavult. In summa, se potius habere vult, quam eum, qui donat: illum deinde potius, quam heredem suum, *d. l. senatus* 35. *§. 2. eod.*

Sic apud Homerum] Odyss. 9. ubi Telemachum ex peregrinatione reversum, quam patris Ulyssis conquirendi causa susceperat, Piræus, qui comes illi in peregrinatione fuerat, monet, ut vasa illa aurea & argentea, quibus Telemachus à Menelao donatus erat, quæque secum Piræus asportarat, quæsitum mittat: ancillis Telemachi se traditurum. Cui Telemachus in hanc sententiam respondet; Piræe, quoniam incertum est, qualis harum rerum exitus sit futurus, si me feroces proci domi ex insidiis necent, paternasque opes diripiant, malo te vasa hæc tibi habere, quam illorum quempiam. Sin autem ego illis interitum afferam, tum vero tu lætus & gratulans mihi læto & gratulanti domum illa referes. Est & mortis causa donatio in *Alceside* Euripidis, ubi sic Hercules: γυναῖκα τήνδε μοι σῶσον λαβών, &c. Adde de hac donatione *Covar. rubr. de testam. part.* 3.

TEXTUS.

De simplice inter vivos donatione.

2. *Aliæ autem donationes sunt, quæ sine ulla mortis cogitatione fiunt, quas inter vivos appellamus, quæ non omnino comparantur legatis: quæ si fuerint perfectæ, temere revocari non*

non possunt. Perficiuntur autem, quum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit. Et ad exemplum venditionis nostra constitutio eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, ut, etiamsi non tradantur, habeant plenissimum & perfectum robur, & traditionis necessitas incumbat donatori. Et quum retro Principum dispositiones insinuari eas actis intervenientibus volebant, si majores fuerant ducentorum solidorum, constitutio nostra eam quantitatem usque ad quingentos solidos ampliavit, quam stare etiam sine insinuatione statuit. Sed & quasdam donationes invenit, quæ penitus insinuationem fieri minime desiderant, sed in se plenissimam habent firmitatem. Alia insuper multa ad uberiorem exitum donationum invenimus, quæ omnia ex nostris constitutionibus, quas super his exposuimus, colligenda sunt. Sciendum est tamen, quod etsi plenissimæ sint donationes, si tamen ingrati existant homines, in quos beneficium collatum est, donatoribus per nostram constitutionem licentiam præstitimus certis ex causis eas revocare: ne illi, qui suas res in alios contulerint, ab his quandam patiantur injuriam, vel jacturam, secundum enumeratos in constitutione nostra modos.

NOTÆ.

Perficiuntur autem] De primo gradu perfectionis intellige, unde obligatio & actio, non rei dominium, quod demum acquiritur præstatione promissi.

Nostra constitutio] *l.35. §.ult. C. eod.* ubi pacto donationis causa facto verbis in præsens conceptis, veluti *dono tibi centum aureos*, eandem vim tribuit, quam habet stipulatio, ut ex eo obligatio & actio nascatur, contra regulam juris antiqui *l.7. §.4. D. de pact.* unde tale pactum hodie legitimum, pariens condictionem ex lege *per l.6. d.t.*

Ad 500. solidos] Ad 300. primum *l. 34. Cod. eod.* novissime ad 500. *l.pen.§.ult.C.eod.* Si definitum modum excedens insinuata non est, non in totum irrita sed quatenus excedit, *d. l.34.* Nov. 162. *c.1. §. ult.* τὸ ὑπέρπλεον μὴ ἰσχυέτω Bas. 47. *tit.1.*

Nostris constitutionibus.] *L.33. d. l. 34. pr. §. 1. pen. & ult. l. ul.. C. eod.*

Ex certis causis] Insignis ingratitudinis: cujus generis causæ enumerantur quinque *l. ult. C. d. t.* Plerique addunt & aliam, supervenientiam scil. liberorum, ex *l.8. C. eod.* quæ tamen constitutio tantum de donatore patrono & liberto donatario loquitur, nec à Græcis extenditur, Basil. 47. *tit.2.* Harm. 3. *tit.2.* Vide Fusius in comment.

COMMENTARIUS.

1. *Plenius & planius exponitur, quomodo donatio inter vivos perficiatur.*
2. *Non ex quolibet pacto donationis causa facto obligationem ex constit. Iust. nasci.*
3. *Errare eos, qui putant, simplex pactum donationis, vi constitutionis Iust. parere actionem in rem.*
4. *Donationes, quæ insinuationem non desiderant, recensitæ.*
5. *Ad uberiorem exitum donationum à Iustiniano quæ inventa.*
6. *Neque heredem donatoris revocare donationem, neque ab hæredibus donatarii revocari ob ingratitudinem ejus posse.*
7. *In l.* si unquam, C. de rev. don. *constitui jus singulare; quod non producendum ad consequentias.*

Agitur hic de donatione propria. Quæ alias vera, absoluta, & mera, *l. senatus 35. §.2 de mort. ca. don. l. Aquilius 27. hoc tit.* alias simplex, *l. si filia 20. §.si pater. fam. etc. l. cum multæ 20. C. de don. ant. nupt. l.pen. §.1. C. de collat.* alias directa, *l. donatio 25. hoc tit. C. de donat.* alias inter vivos, ut hic & *l. ubi ita 27. de mort. ca.don.* appellatur. Descripsimus hanc donationem initio hujus tituli.

Quæ non omnino comparantur legatis] Hotom. Weiemb. Giphan. *omnino non*, ita enim esse in veteribus libris. Ut si sensus, Donationes inter vivos nullo modo comparantur legatis. Quomodo etiam legisse apparet paraphrastem Græcum: vertit enim μηδαμῶς. Et sunt sane hæ donationes plane dissimiles legatis, neque natura, neque proprietatibus, neque forma neque effectu ullam cum legatis societatem habentes. Pro tuenda tamen vulgata lectione hoc affert Pacius, quod legatum & donatio hæc in eo conveniunt, quod utrumque sit causa lucrativa, & modus acquirendi peculiaris. Quod mihi futile & valde puerile esse videtur: cum nullæ res tam sint dissimiles, quæ non in uno aliquo aut altero comparari queant.

Temere revocari non possunt] Mortis causa donatio temere, hoc est, pro arbitrio, facile, & sine causa revocari potest: quippe quæ hanc in semper conditionem habet, ut revocare liceat. Vera autem donatio natura sua irrevocabilis est: ἡ δωρεὰ δόσις ἀναπόδοτος ait *Aristot.4. topic.4.* nam quod hanc etjam aliquando revocare licet, id ex accidenti est & facto

facto donatarii, pro beneficio insignem injuriam rependentis, non ex intentione donantis, utpote qui sic donat, ut nullo casu velit ad se reverti, *l.* 1. *hoc tit. l. hoc ita* 27. *de mort. ca. don.* Utique tamen si præscivisset donator ingratum fore donatarium, abstinuisset dubio procul à beneficio: & hinc ortum jus revocandi, de quo sub finem hujus §.

Perficiuntur autem, cum donator voluntatem suam] Poterat hæc res plenius & planius proponi; & po-
1 terat æque paucis verbis. Ait donationem inter vivos perfici, quum donator voluntatem suam declaravit: addendum fuerat, & donatarius eam voluntatem gratam au ratam habuit. Neque enim donatio est sine acceptione, *l. absenti* 10. *hoc tit. l. hoc jure* 19. §. 2. *eod.* quippe datio acceptione confirmatur: nec potest videri datum, quod non est acceptum. Et recte in illum locum Comici; *Dos est decem talenta. Accipio* Vetus interpres, *nisi,* inquit, *dixisset, accipio, dos non esset.* Perficitur donatio ex constitutione Justiniani solo consensu, ut emptio & venditio: non est igitur perfecta habenda, antequam eam gratam habuerit donatarius, excepto casu comprehenso *l.* 15. *C. de sacros. Eccles.* favore Ecclesiæ. Denique in omni conventione consensum mutuum intervenire oportet. Sed perfectio, de qua hic agitur, primus tantum gradus perfectionis est, unde donatario acquiritur obligatio & actio, non rei donatæ dominium. Etenim vere & plene demum perficitur & consummatur donatio, doni & promissi præstatione. Eodem modo emptio venditio perfici dicitur, simul atque de pretio inter emptorem & venditorem convenerit, §. 3. *inf. de empt. & vend.* At constat, eam non ante pro consummata haberi, quam res tradita & pretium solutum sit. Videtur autem Justinianus hoc loco id tantum indicare voluisse, quod ipse constituit, ex nudo pacto donationis obligationem introducens, *l. si quis argentum* 35. *C. hoc tit.* contra regulam generalem juris antiqui, *l. juris gentium* §. *sed cum nulla* 4. *de pact.* Sic est; perficitur donatio aut traditione & præstatione rei donatæ, quæ vera perfectio est. Imo non prius proprie dicitur esse donatio, quam res, quæ donatur, detur ac tradatur. Nam ut ostendimus *ad rubr.* donatio proprie ipsam translationem rei significat: & potest etiam incipere statim à traditione, & perfici circa conventionem præcedentem. Aut conventione, qua hactenus perfici dicitur, quatenus ea donatorem adstringit necessitate traditionis, donatarioq; in eam rem comparata est in personam actio. Conventio hujus generis una tantum olim fuit, stipulatio. Justinianus autem eandem vim tribuit etiam pactioni nudæ, *d. l. si quis* 35. §. *sed siquidem* 5. *C. hoc tit.* unde pactum donationis hodie pactum est legitimum, *arg. l.* 6. *de pact. &*
2 *ibi Cujac.* Neque tamen ex quovis pacto donationis causa interposito, obligationem nasci voluit Justinianus, sed ex eo tantum, quo quis in præsentia se donare dicit, verbis in præsens, non in futurum conceptis; veluti si quis dicat, *dono tibi centum aureos.* Hæc enim verba occurrunt in *d. l.* 35. *si donaverit, si donationem faciat feceritve, ut tradat, quod donaverit.* Quod si quis donaturum se pacto promittat, manebit etiamnum jus antiquum, nec ex tali nudo pacto obligabitur. Per *l. præcipimus* 32. *in fin. C. de appel. l. sancimus* 27. *C. de testam. add. Parlador.* 2. *rer. quotid.* 3. *n.* 9. *D. Tulden. hic c.* 2. Perspicue autem errant 3
Contius *lib.* 1. *disp.* 12. *Gudelin. lib.* 2. *de jur. noviss. c.* 3. dum existimant, quod Justinianus constituit, donationem etiam nudo consensu perfici, hoc non tantum eo pertinere, ut donator, qui nondum tradiderit, necesse habeat tradere, sed ut eo nomine etiam donatario competat actio in rem, quasi simplici pacto dominium ei quæsitum sit. Non enim majorem vim Justinianus tribuit, neque tribuere debuit pacto, quam stipulationi. At si stipulatio intervenerit, veterem actionem ex stipulatu relinquit; quæ utique cum in personam sit, arguit, dominiũ non esse translatum. Si omissa sit stipulatio, condictionem dat ex lege, *d. loco,* & apertius *Nov.* 162. *c.* 1. Atqui nulla quoque codictio, quæ non sit actio in personam, §. *appellamus. inf. de act.* Denique ipse supra §. *per traditionem* 40. *de rer. div.* nominatim in proposita specie confirmat regulam traditam *l. traditionibus* 20. *C. de pact. Traditionibus, non nudis pactis. dominia rerum transferri.*

Ad exemplum venditionis] Quemadmodum emtio venditio perficitur simul atque de re & pretio convenit, atque ex ea conventione statim emptori acquiritur actio ex empto, qua venditorem compellere potest ad rem tradendam: *inf. de empt. & vend. in pr. &* §. 3. ita ex constitutione Justiniani, simul ac donator sive scriptura, sive verbis quibusvis idoneis se quid donare declaraverit, etiamsi nulla intervenerit stipulatio, acceptante donatario, donatio perfecta & efficax habetur, daturque donatario condictio ex lege, qua conventus donator, rem tradere, cogatur. Porro an sicut emptio venditio, ita etiam pactum donationis, sit contractus: item an ut donator, ita quoque & venditor, rem præcisse tradere teneatur, an liberetur præstatione ejus, quod interest, inquirere non est hujus loci. Illud constat, non easdem esse præstationes donatoris & venditoris, donatorem ad dandum, venditorem simpliciter ad tradendum teneri: donatorem in quantum facere potest, venditorem in solidum condemnari: hunc teneri nomine evictionis, illum non item, *l.* 18. §. *ult. hoc tit.* Neque tamen ideo male donatio & venditio inter se, ut similia, comparantur. Nam in omni similitudine inspiciendus est principalis scopus atque in-

tentione ejus, qui ea utitur; cui scopo si serviat, cætera similia sunt, an dissimilia, parum refert.

Insinuari actis intervenientibus volebant, &c.] Lex civilis neminem donare aut liberalem esse vetat: cæterum prospexit, ne cujuslibet summæ aut quantitatis donatio statim rata esset. Et recte: expedit enim reipubl. ne quis temere patrimonium suum effusis largitionibus exhauriat. Hoc enim est re sua male uti, eamque perdere. Modum donationibus primum imposuit lex Cincia, qua cautum Ulpianus *tit.* 1. scribit, ne supra certam quantitatem, quam tamen non exprimit, donare liceret, extra quam si conjunctis personis donaretur. Quod jus usque ad Constantini tempora duravisse videtur. per *l.* 3. *C. Theod. hoc tit.* Unde existimare licet, quantitatem lege Cincia definitam fuisse ducentorum aureorum: & donationem, quæ eam quantitatem excederet, actis fuisse insinuandam, hoc est, consignandum literis publicis; quod Constantinus etiam custodiri voluit inter necessarias conjunctasque personas, *l.* 5. *C. Theod. l. dat.* 127. *C. hoc tit.* Justinianus autem quantitatem auxit. Primum ad trecentos, *l. sancimus* 34. *C. eod.* deinde ad quingentos solidos, *l. pen.* §. *ult. C. eod.* atque ad hanc usque quantitatem liberam donandi facultatem unicuique permisit, etiam sine donationis insinuatione. Si vero hanc summam donatio superaret, non aliter ratam eam esse voluit, quam si in acta publica relata esset. Neque tamen in totum irritam esse jussit donationem, quæ summam definitam excedens actis inserta non esset, sed tantummodo quatenus terminos legis excederet, *d. l. sancimus. C. hoc tit. Nov.* 162. *c.* 1. §. *ult.* Atque ita in plerisque locis etiamnum utimur. *Gomez.* 2. *resol. c.* 4. *Perez. C. h. t. n.* 35. *Sande lib.* 5. *tit.* 1. *defin.* 3.

4 *Usque ad quingentos solidos*] Quæ summa nostra moneta efficere creditur 2500. Caroleos. Taxatur enim solidus, qui & aureus, (ut patet ex innumeris locis, & collatione sequentium, *l.* 5. §. *prætor. ait* 6. *de his, qui eff. vel deiec. cum* §. 1. *inf. de obl. quæ qua. ex del.* item *l. pen. & ult. de in jus voc. cum* §. *ult. in fin. inf. de pœn. tem. lit.* item *l.* 8. *in fin. & l.* 9. *de inoff. cum l. cum ex falsis* 47. *de man. test.*) centum sestertiis, sive quinis Caroleis, aut duobus scutatis sive coronatis. *Grot. sparf. flor.* Quanquam non idem perpetuo pondus, nec constans solidi æstimatio fuit. Qua de re consulendi Budæus *de ass. l.* 3. *&* 5. *Hotom. de re numm. cap. de numm. aur. Covar. de collat. vet. numism. cap.* 3. Dictus vero est solidus, non quia ex puro & solido auro erat; sed quia nummus erat integer, & ad differentiam semissium & tremissium, qui valebant dimidiam & tertiam solidi sive aurei partē.

Quæ insinuationem minime desiderant] Harum numero sunt donationes principales, quas scilicet vel Princeps facit, vel quæ Principi fiunt, *l. sancimus* 34. *C. hoc tit.* item donatio propter nuptias *Nov.* 119. ubi in vulgari versione nomen sponsalitiæ largitatis sumptum pro donatione propter nuptias: nam in Græco est, ὥστε τὴν διὰ τοὺς γάμους δωρεὰν, &c. Poste distinctio aliqua adhibita *Nov.* 127. §. 2. *auth. eo decursum. Cod. de don. ante nupt.* Præterea si quid pro redemptione captivorum, pro restitutione ædium incendio aut ruina consumptarum, aut si quid fortissimis militibus donatum sit à militum magistris, quanticunque sit pretii, quod donatum est, valet donatio, etiamsi actorum auctoritate non nitatur, *l. pen. in pr.* §. 1. *&* 2. *Cod. eod.* De donationibus, quæ ad pietatem respiciunt, dubitatum est, aliquo ne privilegio hodie uti debeant, an jure communi cæterarum donationum censeri. Ratio dubitandi, quia cum adhuc cæteræ donationes, quæ trecentos solidos superarent, insinuationem desiderabant, in pias causas collatæ usque ad summam quingentorum solidorum stabant etiam sine insinuatione, *dict. l.* 34. §. 1. Unde dicendum videtur, postquam constitutum est, ut quævis donatio usque ad 500. solidos etiam sine monumentis valida sit, *d. l. pen. in fin.* privilegium, quod donationes in pias causas factæ habuerunt, proportionaliter producendum esse, atque hujus generis donationes etiam sine fide monumentorum subsistere debere minimum usque ad solidos septingentos. Communis tamen Dd. in *l. illud* 19. *C. de Sacrosf. Eccl. & d. l.* 34. *hoc tit.* sententia est, donationum ad pias causas nullum amplius esse privilegium, sed in his idem, quod in cæteris observandum, ut si 500. solidos excedant, actis eas insinuare necesse sit, propterea quod Justinianus privilegium piæ causæ expresse non auxit, imo potius sustulisse videtur *d. l. pen.* cum sancit, ut id, quod antea jus singulare erat piæ causæ, jus commune esset omnium donationum, quæ non simpliciter à necessitate insinuationis exemptæ sunt.

Alia insuper multa ad uberiorum exitum donationum] 5 Huc refero, quod Justinianus constituit, ut majoris summæ donationes, quæ actis inscriptæ non sunt, non omnino, sed tantum quatenus legitimam summam excedunt, vitientur, *d. l.* 34. §. 1. *C. hoc tit.* Item ut plurium donationum eidem, sed diversis temporibus, factarum summæ non simul æstimentur, sed cujusque donationis separatim & distincte, utque idem fiat, cum annua quantitas donatur ad tempus vitæ donantis aut donatarii, *d. l.* 34. §. *pen. & ult.* Postremo quod rejici jussit verba, quæ in donationibus poni solita erant, *sestertii, nummi unius, assium quatuor, &c. l. ult. C. eod.* nam antea etiam in donationibus adhibenda erat imaginaria venditio seu mancipatio, quoties scilicet res, quæ donabantur, erant mancipi; alioqui earum rerum dominium ex jure Quiritium in accipientem non transferebatur.

Quam-

Quam ob causam qui volebat donare, cogebatur simulare venditionem, & dicis causa unum nummum accipere, *adi Cont.1. disput.16.*

Si tamen ingrati] Simplex & mera donatio temere, ut supra dictum est, revocari non potest: non sola pœnitentia, ut donatio mortis causa; ac ne ob quamlibet quidem ingratitudinem donatarii. Cæterum si insignis sit illius ingratitudo, & talis, quæ sceleri affinis sit aut conjuncta, etiam hujusmodi donationem revocare merito & tanquam ab indigno auferre concessum est, *l.ult. C. de revoc.don.* Poteritque eo nomine vel judicis implorari officium, vel agi condictione ex *d. l.ult.*

6 *Donatoribus licentiam præstitimus*] Donatoribus solis, non etiam heredibus eorum, *l. his solis 7. d. l. ult. C. de rev.don.* quippe actio, quæ adversus ingratos datur ad revocandam donationem, vindictæ cujusdam & ultionis injuriæ effectum habet, & ideo personalis est, atque actioni injuriarum in hoc similis, quam constat heredi ejus, qui injuriam passus est, non dari, *d.l.7. junct. §.1. inf. de perp. & temp. act.* Nec in heredes igitur ingrati danda erit, nec si ipsi ingrati, non donatarius, extiterit, *arg. dd. ll.* Quinimo nec videtur recte posse objici ingratitudo successori ejus, cui donatum est: longeque alia est ratio feudi, quod non tantum primum investitum, verum etiam successores ejus ad certa officia præstanda obligat.

Ex certis causis] Quæ numero quinque exprimuntur, *d. l. ult.* & nimirum hæ; si donatarius atroces injurias in donatorem effuderit; si illi impias intulerit manus; si vitæ ejus insidietur; si grandem jacturæ molem substantiæ & bonis donatoris ingesserit; si conventiones donationi appositas implere nolit. Enimvero licet plures causas non enumeret Justinianus, atque ob eas tantummodo, quas exprimit, revocationem donationis permittat: assentior tamen communi Dd. sententiæ, qui negant, similes & majores causas ob id excludi oportere; uti recte iidem etiam admittunt causas alias exheredationis præter eas, quæ enumerantur *Nov. 115. cap. 3.* de quo uberius *inf. de inoff. testam.* eoque jure utimur. *Grot. 3. introd. cap. 2.* Additur à Dd. & alia causa revocandæ donationis, si scilicet donator post factam donationem liberos susceperit, *per l. si unquam 8. Cod. d. tit.* Tametsi enim ea lex tantum loquatur de patrono & libertis, quorum propria & diversa prorsus in plerisque rebus ratio est, atque aliorum extraneorum; putant tamen, quorumcunque donationes eodem isto jure censendas, ut insperato succedens filiorum soboles irritam faciat donationem. Utuntur autem hoc argumento, quod donatio facta ab eo, qui liberos non habet, videatur in se continere tacitam conditionem, si liberi ipsi postea nati non fuerint, de quibus si cogitasset, donaturus fuisse credi non debeat; cum nemo præsumatur successiones alienas propriis anteponere, per *l. cum avus 102. de cond. & dem. l. cum acutissimi 3. C. de fideicomm.* Ego vero, etsi hæc sententia colorem aliquem humanitatis habere videtur, ausim affirmare, eam mentem Constantini, cujus est *d. l. si quam,* minime fuisse. Cur enim de patrono tantum loqvutus esset? An quia ex facto inciderat, ut de donatione à patrono facta quæreretur? Atqui generalis est constitutio ad præfectum prætorio, non ad patronum aliquem aut certam facti speciem directa: Quoties autem lex de certis personis loquitur, quibus aliquid beneficii tributum vult, certum est, legem ad alias personas non pertinere, *l. si vero 64. §. pen. sol. matr. l. quod constitutum 21. de test. mil.* Est vero etiam jus illud novum, constitutum contra manifestam rationem juris communis, *l.5. Cod. de obl. & act. cum similib.* ut intrepretis non sit, ad alios casus & donatores extraneos id producere, *l. quod vero 14. de legib.* ideoque nec à Græcis extenditur *Basil. 47. tit. 22. Harmen. 3. tit. 2.* nec aliter *l. 3. C. Theod. de revoc. donat.* quæ eadem est cum *d. l. 8.* interpretatus est Anianus, qui Alarici Regis tempore floruit, multis annis ante Justinianum. Excutiantur omnes loci juris civilis, nullus invenietur, qui de jure revocandi donationem propter liberos donatori postea natos loquatur; ac ne apud Justinianum quidem, qui cum liberorum jura ubique non servaverit modo, verum etiam auxerit, utique hujus revocationis aliqua parte mentionem fecisset: certè ubi ex professo recenset causas revocandæ donationis, si hanc etiam pro causa generali haberi voluisset, omissurus non fuerat. Canones etiam contrarium ostendunt *c. ult. c. 17. q. 4.* ubi Augustinus, laudans factum sancti Aurelii Episcopi Carthaginensis, quod reddidisset donatori ob liberos ei natos, quæ ille Ecclesiæ donaverat, *In potestate*, inquit, *habebat Episcopus non reddere; sed jure fori, non jure poli.* Perperam autem ad præsentem casum trahitur species *d. l. cum avus 120. de cond. & dem. d. l. cum acutissimi 30. C. de fideic.* Nam eadem ratione revocatio rei donatæ etiam concedenda esset ei, qui cum fortè unum filium haberet, donavit, & postea plures suscepit: neque quod revocatur, liberis acquiritur, sed pleno jure ad patrem revertitur, ut jam is iterum liberum de eo disponendi arbitrium habeat. Quid quod admissa ex causa supervenientium liberorum revocatione donationis in quosvis etiam extraneos factæ, nemo, nisi liberis carens plenè & purè donare intelligeretur? nam & ubi partis alicujus bonorum donatio facta est, constitutio locum habet: de quo opulentius nos *lib. 2. sel. qu. c. 32.* Procul dubio igitur de jure verior est sententia plerorumque Neotericorum, *Connani lib. 5. comm. 10. Donell. ad d. l. si*

d. l. si unquam. Ant. Fab. 7. conject. 14. & 15. Bachovii in Treutl disp. de donat. asserentium, in solis patronis hanc revocandæ donationis speciem à Constantino introductam atque approbatam esse: quanquam contraria sententia communis est, & in paxi obtinet, ut inter alios testatur *Triaq. in d. l. si unquam. Mynsing. 5. obs. 63.* & secundum hanc judicatum à senatu Parisiensi, *Papon. lib. 11. syntagm. tit. 1. de donat. §. 20. add. Christin. vol. 1. decis. 340. & vol. 4. decis. 192. cum alleg. Grot. lib. 3. introd. cap. 2.*

TEXTUS.

De donatione ante Nuptias vel propter Nuptias.

3. Est & aliud genus inter vivos donationis, quod veteribus quidem prudentibus penitus erat incognitum, postea autem à junioribus divis Principibus introductum est quod ante nuptias vocabatur, & tacitam in se conditionem habebat, ut tunc ratum esset, cum matrimonium esset insecutum. Ideoque ante nuptias vocabatur, quod ante matrimonium efficiebatur: & nunquam post nuptias celebratas talis donatio procedebat. Sed primus quidem divus Justinus pater noster, cum augeri dotes & post nuptias fuerat permissum, si quid tale eveniret, & ante nuptias augeri donationem, & constante matrimonio, sua constitutione permisit: sed tamen nomen inconveniens remanebat, cum ante nuptias quidem vocabatur, post nuptias autem tale accipiebat incrementum. Sed nos plenissimo fini tradere sanctiones cupientes, & consequentia nomina rebus esse studentes, constituimus, ut tales donationes non augeantur tantum, sed etiam constante matrimonio initium accipiant: & non ante nuptias, sed propter nuptias vocentur: & dotibus in hoc exequentur, ut quemadmodum dotes constante matrimonio non solum augentur, sed etiam fiunt, ita & istæ donationes, quæ propter nuptias introductæ sunt, non solum antecedant matrimonium, sed eo etiam contracto augeantur & constituantur.

NOTÆ.

3. Et constante matrim.] Dum ne propter nuptias donatio excedat quantitatem dotis, ne fraus fiat juri publico, quo donatio inter conjuges prohibetur, *l. 1. & tot. tit. D. de don. int. vir. & ux. & C. eod.* Extat Justini constitutio *in l. pen. C. de don. ant. nupt.*

Nomen inconveniens] Quia poterat constante matrimonio augeri. Nunc ex sententia Justin. & augeri & constitui potest.

Constituimus] *l. ult. C. eod.* alia extat Nov. 97. ubi etiam præcipit, ut donatio propter nuptias doti omnino respondeat, tum in quantitate, tum in pactis.

COMMENTARIUS.

1. *Donationes, quæ inter sponsum & sponsam fiunt, sensim ita formatas, ut veræ donationes & juris gentium esse desierint.*
2. *Quid primum circa has donationes à Constantino constitutum.*
3. *Quid procedente tempore ab aliis, & n. 5.*
4. *Rei propter nuptias donatæ dominium revera in uxorem non transire.*
6. *Constitutionem Iust. de æqualitate dotis & donat. propt. nupt. publica consvetudine repudiatam.*
7. *In Belgio propriè neque donationum propter nuptias, neque dotis usum esse.*

DOs & donatio propter nuptias genera sunt impropriæ donationis inter vivos. Dotem ab antiquis inter donationes numeratam, testis est ipse Justinianus, *l. ult. C. don. ant. nupt.* ut mirum sit, nihil de ea hoc loco tradi. Est autem dos donatio nomine uxoris in maritum collata ad onera matrimonii sustinenda, *l. pro oneribus 20. C. de jur. dot.* Donatio propter nuptias vice versa est, quæ á parte mariti in uxorem, vel sponsi in sponsam confertur in securitatem dotis, & quasi remunerandæ dotis causa: unde quæ ita donantur à Græcis ἀντίφερνα dicta sunt, hoc est, quæ vice mutua pro dote dantur, *d. l. ult. in pr.* est igitur donatio propter nuptias veluti contraria dos mariti, hostimentum, ἀντιπέληκωμα dotis uxoriæ: ἕδνον *in Basilic.* Hujus donationis origo & incrementum hic ostenditur.

Quod veteribus prudentibus penitus erat incognitum] 1
Veteribus incognitæ non fuere donationes ante nuptias, hoc est, quæ inter sponsum & sponsam liberalitatis & amoris gratia fieri solent, & juris gentium sunt: sed talis species donationis ante nuptias, qualis tempore Justiniani frequentabatur, veteribus incognita fuit: utpote quę demum post translationem imparii in Orientem excogitata est, sensimque ita formata, ut vera donatio & juris gentium esse desierit, factaque sit species donationis impriæ, & quæ omnino sit juris civilis. Sciendum enim est, prioribus temporibus donationes sponsalitias, hoc est, quæ à sponso in sponsam conferebantur, vel contra à sponsa in sponsum, (nam & hoc aliquando fiebat, *l. 1. §. 1. D. hoc tot. l. 12. l. 16. C. de don. ant. nupt.*) habitas fuisse, non tanquam nuptiarum

ptiarum causa, sed perinde ac si purè atque absolutè factæ fuissent, eademque earum fuisse vim, quam habent donationes cæteræ, quæ ex mera liberalitate fiunt, nullo scilicet ut casu ad donatorem reverterentur, *d. l.* 1. §. 1. *l.* 8. *cum aliquot seqq. C. d. tit.* Itaque ne eo quidem casu revocare hujusmodi donationem licebat, quo nuptiæ secutæ non essent, *d. l.* 1. §. 1. *l.* 2. *&* *l.* 12. *C. d. tit.* nisi ea lege nominatim facta esset donatio, aut id actum evidenter appareret, ut nuptiis non secutis res donatæ redderentur. Postea ex constitutione Constantini hoc jure uti cœperunt, ut donatio omnis inter sponsum & sponsam facta intelligeretur tacitam in se habere conditionem futurarum nuptiarum, *l. cum veterum* 15. *C. eod. tit.* Et optima sanè ratione: nam donatio sponsi in sponsam merito præsumitur proficisci à singulari affectione, qua sponsam, ut futuram uxorem, complectitur, sine spe nuptiarum haud facilè donaturus.
2 Non est autem hac Constantini constitutione effectum, ut donatio interim in suspenso sit donec nuptiæ secutæ fuerint: ita enim futurum esset, ut in eum casum incideret, à quo non posset incipere, nimirum in donationem inter virum & uxorem, *l.* 4. *C. eod.* quæ jure civili semper prohibita fuit: sed ut non secutis nuptiis resolvatur, uti antea fiebat, cum id expressè cautum fuerat, *d. l.* 1. §. 1. *hoc tit.* Cæterum non in omnem eventum, quo nuptiæ secutæ non fuerant, repetitionem donati Constantinus concessit: sed ita distinxit, ut si per eum eamve, qui quæve donationem accepit, steterit, quo minus nuptiæ sequerentur, donatori aut donatrici condictio daretur ob causam dati causâ non secuta: sin vero per donantem factum esset, non solum donati esset retentio, verùm etiam exactio, *d. l.* 15. Quod si mors alterutrius spem nuptiarum sustulisset, tum siquidem sponsa donasset, omnimodo & integri, quod donatum erat, repetitio foret, sive osculum intervenisset, sive non: at si sponsus; tum non aliter ipsi aut hæredibus ejus jus esset repetendi totius, quod donatum esset, quam si osculum non intercessisset: interveniente vero osculo, partem tantum dimidiam repetere liceret, *l. si à sponso* 16. *C. eod.* quasi osculi jure augeatur jus sponsalium, & qui osculum accepit, quasi maritus sit, aut certè plus, quam sponsus, non enim satis est *maritum osculo putari*, ut ait Fabius *declam.* 279. Porro nuptiis secutis nulla donati repetitio erat, sed res pleno jure atq; irrevocabiliter ejus, cui donata erat, facta intelligebatur. Successit tandem donatio ante nuptias, de qua hic agitur, & quam Justinianus propter nuptias vocari voluit. Hæc fit à solo sponso, & vi atque
3 effectu multum à præcedentibus differt. Nam primum doti, cujus renumeratio quædam censetur, in hoc similis est, quod quemadmodum uxor soluto matrimonio dotem recipit: *l.* 2. *sol. matr.* ita & vir donationem propter nuptias, *c. ult. Cod. de don. int. vir. & ux.* Deinde nec revera ex hac donatione dominium rei donatæ transit in uxorem: sed alia jura consequitur; veluti jus specialis hypothecæ: nam res donatæ propter nuptias pro securitate dotis mulieri speciatim obligatæ esse intelliguntur *l. ubi adhuc* 29. *C. de jur. dot. Nov.* 61. *c.* 1. & hic præcipuus hujus donationis finis est, ut dos mulieri sit cautior: unde rectè D. Wesemb. notat, res propter nuptias donatus potius hypothecæ subjici videri, quam verè alienari. Item hoc, ut viro temere divortium faciente donatio hæc aut toto aut pro parte lucro uxoris cedat: in quo doti quoque respondet: nam mulier sine justa causa divortens & ipsa amissione dotis plectitur, *l. consensu §. hæc nisi C. de repud.* Novissimè etiam hoc constitutum, ut quibus casibus maritus ex pacto dotem vel partem ejus lucratur, iisdem & uxor lucretur donationem propter nuptias partemve ejus, *d. Nov.* 61. *c.* 1. *Nov.* 91. *c.* 2. *Nov.* 97. *c.* 1. Doctores vulgo etiam dominium rerum propter nuptias donatarum uxori acquiri affirmant, quos sequuntur Schneid. *hic n.* 5. *& Gudelin.* 1. *de jur. noviss.* 8. *arg. d. l.* 29. *C. de jur. dot. d. Nov.* 97. *c.* 1. *& d. Nov.* 61. *c.* 1. *vers. non enim* Sed si mulier harum rerum domina efficitur, prorsus absurdè facit Justinianus, quod jus 4
pignoris mulieri in his constituit: item quod nominatim marito interdicit harum rerum alienationem & oppignerationem. *Nov.* 61. nam nec pignus quisquam habere potest in re propria, nec rem alienam alienare aut pignori obligare. Ratio quoq; non patitur, ut hic idem de donatione propter nuptias, quod de dote, statuamus: neque enim necesse est, ut quemadmodum res in dotem datæ marito traduntur, ita & possessio rei propter nuptias donatæ transferatur in uxorem. Quod vel ex eo liquet, quod fructus ex re donata constante matrimonio percepti non uxori, sed marito acquirantur, ut rectè tradunt *Schneid. num.* 4. *Gomez in l. Tauri* 50. *&* 3. *seqq. n.* 11. *Duar. tit. sol. matr. C. d. don. propt. nupt.* & est *arg. in d. l.* 29. *C. de jur. dot.* Nam si hos fructus mulierem sequi volumus, futurum est, ut maritus, qui solus onera matrimonii sustinet, careat omni commodo dotis, maximè postquam placuit, ut donatio propter nuptias doti & in quantitate & in pactis respondeat, *Nov.* 97. Planè Justinianus non putavit reprehendendos judices, qui pro his rebus donatis mulieri aliquando accommodaverant actionem in rem post solutum matrimonium, *Nov.* 61. §. 1. sed locus ipse ostendit eos hoc non fecisse ex ratione juris, neque directam in rem dedisse, sed utilem, quæ aliquando etiam non dominis ex æquitate conceditur. Ita fermè & *D. Bachov. hic.*

A junioribus divis principibus] Tempore Constantini hoc genus donationis ante nuptias adhuc incognitum

gnitum erat; quippe qui hoc tantum introduxit, ut donatio ante nuptias, quæ antea pura habebatur donatio, tacitam haberet conditionem, si nuptiæ sequerentur, *l.15. C. de don. ant. nupt.* Secutis autem nuptiis adhuc plenissimo jure, quod donatum erat, manebat conjugis, qui accepisset: nec à sponso solum, verum etiam à sponsa Constantiniana ante nuptias donatio fiebat, *l.16. C. eod.* Posteà placuit, ut ad Donatorem soluto matrimon. reverta- *l.ult.C.eod.* At donatio, de qua hic agitur, à solo sponso fit, nec ita unquam, ut sponsæ aut uxori pleno ac perpetuo jure res donata acquiratur: alioqui non recte Justinus permisisset, ut constante matrimonio augeretur; quoniam tali augmento incidisset in donationem inter virum & uxorem. Intelligit igitur haud dubiè Imperator principes Constantino juniores, qui pro vetere ante nuptias donatione penitus novam hanc substituerunt, quæ à solo sponso vel viro fit propter dotem, & in dotis securitatem; & quæ non solum nuptiis non secutis nullius momenti est; sed nuptiis etiam secutis & postea distractis resolvitur, re donata ad virum redeunte, vel potius apud eum remanente: quia, ut modo probavimus, mulier per hanc donationem nec propriè nec verè domina constituitur. A quibus autem introducta aut quo tempore primum recepta sit, incertum est. Illud patet, sub Theodosio juniore & Valentiniano III. jam receptam fuisse, *l. consensu 8. §. hæc nisi 4. de repud.*

Primus divus Iustinianus pater noster] Initio donationes ante nuptias post contractum matrimonium nec inchoari nec augeri poterant. Primus Justinus, quem hic patrem suum Justinianus appellat, ut & *inf. §. pen. quib. non est perm. fac. test.* quoniam ab illo avunculo suo adoptatus fuit, permisit, ut aucta postmodum dote tunc etiam augeri posset præcedens ante nuptias donatio, *l. si constante 19. C. de don. ant. nupt.* Justinianus autem etiam inchoari hujusmodi donationes post nuptias permisit, *l. ult. C. eod.* Cæterum hæc ita, ut si post contractas nuptias fierent vel augerentur, dotis quantitatem minimè excederent, ne fraus fieret Senatusconsulto, quo inter virum & uxorem donatio prohibetur.

Sed etiam constante matrimonio initium accipiant]
5 Hoc à Justiniano constitutum *d.l.ult. in pr. vers. simplices.* Adhuc donatio ante nuptias arbitraria erat; quamvis dos data esset: poteratque aut nulla constitui, aut dote minor, majorve etiam, si ante nuptias fieret: nec ulla requirebatur aut in partibus lucri, aut in quantitate, quæ utrinque conferebatur, æqualitas. Tantum pacta, quæ inter virum & uxorem fierent, de lucranda dote aut rebus propter nuptias donatis ad partium æqualitatem ridigi cœperant. Sic enim à Leone constitutum erat, ut quantam partem stipulata fuerat mulier sibi lucro cedere ex ante nuptias donatione post mortem mariti, tantam maritus ex dote sibi stipularetur ab uxore, *l. ex morte 9. C. de pact. conv. tam sup. dot.* Cui Justinianus addiderat, si pacta lucrorum paria non esse contingeret, ut major lucri pars ad minorem reduceretur, *l.10. d. tit. d.l.ult. vers. simplices,* quæ confirmantur adhuc *Nov. 22.* Tandem Justinianus *Nov. 97.* unde sumpta *auth.* 6
æqualitas C. de pact. conv. tam sup. dot. statuit, ut non partium solum æqualitas esset, verum etiam quantitatum, atque omnimodo & in pactis stipulationibusque, & in ipsa etiam præstatione aut promissione, tam dotis quam donationis ante nuptias æqualitas servaretur; utque dote vel donatione propter nuptias aucta vel deminuta, ad parem quantitatem altera vel augeretur, vel minueretur: ex quo amplius liberum non fuit donare vel non donare, aut minus dote donare. Cæterum hanc constitutionem cum sua exæquatione & donandi necessitate jam pridem repudiavit publica consvetudo, ut notant. *Accurs. d. auth. æqualitas. Bald. Salic. in summa d.l. ex morte Schneid. hic n.4. Gail. 1. obs. 36. n.10.* Quin etiam 7
Cujac. 5. obs. 4. refert donationes propter nuptias penitus ex usu sublatas esse. Sanè in Belgio propriè neque donationum propter nuptias neque dotium usus est; quanquam bona, quæ mulier in matrimonium confert dotem adhuc appellamus. Doarium autem sive dotalitium, quod moribus receptum, mera donatio est, quam mortuo marito uxor præcipit & lucratur: & ideo constante matrimonio neque constitui neque augeri potest, sed pactis antenuptialibus duntaxat. Consulantur super hac re *D. Neostad. de pact. antenupt. Ioan. à Sande lib. 2. tit. 4. ferè per tot, Grot. lib. 1. manuduct. ad Bat. jurisp. c. 5. & lib. 2. c. 11. cum 2. sqq. Pet. Greg. syntagm. 11. c. 4. Gudelin. lib. 1. de jur. noviss. cap. 8.* de jure mariti in bonis uxoris & societate conjugali idem *d. lib. 1. c. 8.* de jure superstitis conjugis & lucris nuptialibus idem *d. lib. 1. c. 11. add. D. Lamb. Goris advers. jur. tract. 1. ferè per tot.* Quibusdam in locis certæ partis bonorum mariti ususfructus pro donario uxori assignatur legibus municipalibus, vid. *Christin. vol. decis. 73. 237. 273. & illic citat.*

Sed propter nuptias vocentur] Justinianus donationem ante nuptias appellari voluit donationem propter nuptias: quoniam & augeri eam & fieri etiam post nuptias permissum sit, *l. ult. C. de don. ant. nupt.* quod non est magni momenti: & vetus nomen Rubrica Codicis retinuit. Rectius appellaretur donatio propter dotem, quod respondet vocabulo, quo Græci utuntur, quibus dicitur ἀντιφέρνη. Cæteroquin & dos propter nuptias donatio est, *d. l. ult.*

TEXTUS.

TEXTUS.

De jure accrescendi.

4. Erat olim & alius modus civilis acquisitionis jus accrescendi, quod est tale. Si communem servum habens aliquis cum Titio, solus libertatem ei imposuerit, vel vindicta vel testamento, eo casu pars ejus amittebatur, & socio accrescebat. Sed cum pessimum fuerat, exemplo, & libertate servum defraudari, & ex eo humanioribus quidem dominis damnum inferri, severioribus autem dominis lucrum accedere, hoc quasi invidia plenum pio remedio per nostram constitutionem mederi necessarium duximus. Et invenimus viam, per quam manumissor, & socius ejus, & qui libertatem accepit, nostro beneficio fruantur, libertate cum effectu procedente (cujus favore antiquos legum latores multa etiam contra communes regulas statuisse manifestum est) & eo, qui eam libertatem imposuit, suæ libertatis stabilitate gaudente, & socio indemni conservato, pretiumque servi secundum partem dominii, quod nos definivimus, accipiente.

COMMENTARIUS.

A*Lius modus civilis acquisitionis*] Vel hinc apparet, superiores acquirendi modos inter acquisitiones civiles à Justiniano numerari. Subjicit autem hic pro conclusione alium civilis acquisitionis modum, sed antiquatum, & quem ipse jam antea abrogaverat, quo scilicet pars unius domini communem servum manumittentis socio quærebatur jure accrescendi. Quod jus donationi valdè affine erat; quoniam & ipsa causa erat merè lucrativa: & quia dominium istius partis citra traditionem transibat ad socium, omnino hic modus pertinebat ad jus civile: estque casus quidam, quo jus accrescendi locum habebat extra causam ultimarum voluntatum.

Vindicta vel testamento] Meminit duntaxat manumissi vindicta aut testamento: quia alio modo, puta per epistolam, aut inter amicos, manumissus huc non pertinebat. Sic enim jus erat, ut quibus modis servum proprium manumittens civem Romanum faciebat, iisdem modis communem manumittens partem suam amitteret; eaque accresceret socio: quibus autem modis proprium manumittens Latinum faciebat, ut iis modis communem manumittens nihil ageret, id est, neque Latinum faceret, neque partem suam amitteret, *Ulpian. tit. 1. de libert. §. communem 13. Paul. 4. sent. 12. in pr.*

Eo casu pars amittebatur] Nam cum ea à domino manumissore abiret, nec tamen aut libertas communi servo ab uno è dominis in præjudicium socii sui dari posset, aut quisquam pro parte servus pro parte liber esse, quoniam status hominis individuus est: necessario eveniebat, ut pars manumissoris, quippe quæ nullius esse non poterat; accresceret accederetque socio: non absimili ratione, qua placet usumfructum in jure cessum extraneo extingui & redire ad proprietatem: quod explicatum *§. pen. sup. de usufr.*

Per nostram constitutionem mederi] *l. 1. C. de comm. serv. man.* ubi quod in solis militibus antea obtinebat, jus commune facit, sancitque generaliter, ut servus communis ab uno ex dominis manumissus liber omnino fiat, si manumissor alteri domino pretium suæ partis persolvere paratus sit. Neque inter modos manumittendi hic distingvendum, cum quævis manumissio nunc civem Romanum faciat, *§. 3. sup. de libert.* & generaliter loquitur, *Imp. d. l. 1. §. 1.*

Contra communes regulas] Jure communi nemo rem suam vendere aliove modo alienare cogitur, *l. invitum 11. C. de contr. empt. l. nec emere 16. C. de jur. del.* Ab hoc jure in casu proposito recedendum putavit Justinianus propter favorem libertatis: neque hoc, ut novum, carpendum esse; cum etiam veteres juris conditores multa pro libertate contra rationem juris constituisse notum sit, *l. generaliter 24. §. si quis 10. de fideic. libert.* Plures casus, quibus quis rem suam vendere cogitur, notavimus ad *§. ult. sup. de his qui sui vel al. jur.*

Quod nos definivimus] Ne de pretio partis domini non manumissoris contentio esset, Justinianus servorum pretia pro ætate atque artificio cujusque, quod exercet, certa definisit; crescuntque à decem solidis usque ad septuaginta, *d. l. 1. §. ne autem 5. C. de comm. serv. man. l. ult. C. de cond. insert.* quod tamen nonnulli non satis prudenter factum existimant, definitionemque pretii in singulis causis arbitrio magistratus potius permittendam fuisse. Hujus §. nullum esse hodie usum intelligi potest ex iis, quæ diximus *l. 1. tit. de jur. person.*

TITU-

TITULUS VIII.

Quibus alienare licet, vel non licet.

Continuatio, atque argumentum tituli.

Xplicati hactenus sunt plerique modi, quibus dominium rerum singularum nanciscimur tum jure gentium tum jure civili. In his præcipuus & modus maximè naturalis est, cum dominus rem suam ita alteri tradit, ut eam velit fieri accipientis, *§. per traditionem* 40. *sup. de rer. div.* Cæterum cum hoc non semper procedat, propterea quod non omnes, qui domini sunt, jus alienandi rem suam, vel etiam administrandi, habeant; deinde quia quandoque etiam contingit, ut is, qui dominus non est, dominium in accipientem transferat, eo quod alienandi potestatem à lege accepit: utrumque hoc Justinianus exemplis sibi declarandum putavit proprio titulo: quem idcirco etiam statim superioribus subjicit. In *princ.* *§. ult.* profert exempla eorum, qui cum domini sint, jus tamen alienandi non habent: in *§.* 1. exemplum contrarium.

TEXTUS.

Summa tituli, de Marito, qui licet fundi dotalis Dominus sit, tamen alienare nequit.

Accidit aliquando, ut qui dominus rei sit, alienare non possit: & contra, qui dominus non sit, alienandæ rei potestatem habeat. Nam dotale prædium maritus invita muliere per legem Juliam prohibetur alienare; quamvis ipsius sit, dotis causa ei datum. Quod nos legem Juliam corrigentes in meliorem statum deduximus. Cum enim lex in solis tantummodo rebus locum habebat, quæ Italicæ fuerant: & alienationes inhibebat, quæ invita muliere fiebant: hypothecas autem earum rerum etiam volente ea: utrique remedium imposuimus, ut etiam in eas res, quæ in provinciali solo positæ sunt, interdicta sit alienatio, vel obligatio, ut neutrum eorum neque consentientibus mulieribus procedat: ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiæ earum convertatur.

NOTÆ.

Dotale prædium] Inæstimatum scil. nam æstimato in dotem dati alienatio marito permissa *l.* 10. *§.* 4. *D. de jur. dot. l.* 5. *l.* 10. *C. eod.* sicut & rei mobilis, *l.* 3. *§.* 2. *D. de suis & legit. l.* 3. *C. de jur. dot.* auth. *sive à me. C. ad Sen. Vell.*

Sexus muliebris Fragilitas] Ne fragilitate suæ naturæ in repentinam deducatur inopiam, *d. l. un. §.* 15.

COMMENTARIUS.

1. *Prohibitionem legis Iuliæ ad res dotales mobiles non pertinere, neque ad ullas æstimatio in dotem datas.*
2. *Solum maritum verum justumque rei dotalis dominum esse, plenissime probatur, remotis omnibus objectionibus.*
3. *Alienandi verbum quam latè pateat ex sententia legis Iuliæ.*
4. *Cur lex arctius prohibuerit fundi dotalis oppignerationem, quam alienationem.*
5. *Quantum mores nostri dissideant à jure scripto.*

D*Otale prædium maritus prohibetur alienare*] Primum exemplum, quo ostenditur, eum, qui dominus est, aliquando alienare non posse, propositum judicio dianœtico syllogismi tertiæ figuræ partibus omnibus explicati. Est vero partium metathesis, qua sublata apparebit syllogismus integer in Felapton: *Maritus prædium dotale alienare non potest. Maritus est dominus prædii dotalis. Ergo quidam rei dominus eam alienare non potest.* Ait *prædium:* ergo rei mobilis alienatio marito prohibita non est: quod etiam probant textus in *l.* 3. *§.* 2. *de suis & legit. l.* 3. *C. de jur. dot. l. ult. C. de serv. pign. dat man. Auth. sive à me. §.* 1. *C. ad sen. Vell.* utique tamen hoc ita, si maritus solvendo est, *l.* 1. *C. de tit. de serv. pign. &c.* nam alioqui in fraudem uxoris id facere censetur; quippe cui dos deberi incipit: ex quo constat, mariti facultates ad exactionem dotis non sufficere, etiamsi matrimonium nec dum solutum sit, *l. si constante* 24. *sol. matr. l. si servum* 21. *de manumiss. l. ubi* 29. *C. de jur. dot.* Prædium autem accipere debemus inæstimatum: nam quæ res æstimato in dotem dantur, eas omnes, sive mobiles sint sive immobiles, liberè à marito alienari posse vel ex eo patet, quod soluto matrimonio non res ipsæ, sed pretium sive earum æstimatio in restitutionem veniat judicio venditi, *l.* 10. *§. si ante* 4. *de jur. dot. l.* 5. *l.* 10. *C. eod.* utique si æstimatio facta sit venditionis causa: secus autem si facta sit tantum intertrimenti, i. taxationis causa: ut constet, quanti res sit: ut in *l.* 69. *§.* 7. *de jur. dot. l.* 50. *sol. matrim. l.* 20. *C. de jur. dot.* Errat vero procul dubio Wesembecius, con-

contendens, maritum non alias res mobiles alienare posse, quam quæ servando servari nequeunt, *arg. l. lex quæ 22. C. de adm. tut.* longè enim plus juris maritus habet, quam tutor: & futilis collectio est ex *l. res in dotem 42. de jur. dot.* rerum, quæ pondere, numero, mensura constant, maritus liberam alienationem habet; ergo cæterarum rerum mobilium non habet: atque hoc tantum Jurisconsultus ibi docere voluit, quantitatem in dotem dari eodem jure & obligatione, qualis est in mutuo.

Per legem Iuliam] Quæ vulgo appellatur Julia de fundo dotali, *l. 1. l. 4. de fund. dot.* Tulit hanc legem Augustus: est enim ea ipsa, quæ de adulteriis & de pudicitia dicitur, ut constat ex *Paul. 2. sent. 21.* atque ex inscriptione multorum capitum sub *d. tit. de fund. dot.* quippe lex illa inter alia hoc etiam caput de fundo dotali habuit, conceptum in hæc verba; *Fundum Italicum dotalem maritus invita uxore ne alienato; neve consentiente ea obligato*, *l. un. §. & cum lex 15. C. de rei ux. act.* Adi *Brisson. lib. sing. ad leg. Iul. de adult.* ubi hujus legis capita, quæ quidem in libris nostris continentur, accuratè collegit & exposuit. Causa prohibitionis est favor dotium, quas mulieribus salvas esse etiam publicè expedire creditur, quo facilius iterum virum inveniant, *l. 2. de jur. dot.* Ac tametsi soluto matrimonio maritus hæredesve ejus dotem restituere tenentur: præstat tamen, mulierem rem habere salvam, quam in personam agere: per *l. plus cautionis 25. de reg. jur. l. 5. de susp. tut.* Cæterum non de rebus dotalibus omnibus lex cavit, sed de prædiis duntaxat; utpote quorum alienatio mulieribus maximè damnosa esse potest, propter harum rerum pretium. Sed & prohibita rerum mobilium alienatione facilè fieri posset, ut multi deciperentur, magnaque inde sequerentur incommoda.

2 *Quamvis ipsius sit*] Maritum esse rei dotalis dominum, innumeris locis & perspicuè proditum est, *l. 1. §. 1. l. dotale 13. §. 2. de fund. dot. l. 7. §. 3. de jur. dot. l. si prædium 23. C. eod. l. quotiens 47. §. ult. de pecul. &c.* causamque dotis habilem esse ad transferendum dominum, non secus ac venditionem, permutationem, donationem, scriptum expressè est in *§. per traditionem 40. sup. de rer. div.* & probat *tit. Pand. pro dote*, nam alias mulier rem alienam marito ex causa dotis tradens non transferret usucapiendi facultatem, neque marito amissa possessione daretur actio in rem Publiciana, *l. 3. §. 1. de public. in rem act.* Idem quoque arguunt effecta juris dominici propria; qualia sunt, quod maritus solus rem dotalem vindicat, *l. doce 9. C. de rei vind.* quod servus dotalis hæres ab aliquo institutus jussu mariti aut adit aut repudiat hæreditatem, *l. servus 58. sol. matr.* quod dotali servo libertatem dare potest, *l. 3. C. d. jur. dot.* Quibus etiam hoc argumentum accedit, quod ne mortuo quidem marito dominium rei dotalis ad uxorem revertitur, sed una cum universitate transit in hæredem mariti, *d. l. 1. §. 1. de fund. dot.* ut proinde ex ratione juris veteris nec ad repetendam dotem mulieri competeret actio in rem, sed tantum personalis rei uxoriæ, aut ex stipulatu. Postremo si maritus dominus rei dotalis non esset, quid opus fuit lege, qua marito interdiceretur fundi dotalis alienatio? Rectè igitur Græci in *Basilic. 47. tit. 1.* τῆς προικὸς αὐτῷ γάμῳ ὁ ἀνὴρ κύριος. Non pauca tamen huic sententiæ obstare videntur, atque uxori, non marito, dominium dotis asserere. In *l. quamvis 75. de jur. dot.* dos dicitur esse ipsius mulieris: alibi proprium mulieris patrimonium, *l. 3. §. ergo 5. de minor. l. in eum 16. de rel. & sumpt. fun. l. 4. de collat. in l. 7. §. si fundum 12. sol. matr.* De fundo dotali disserit Jurisconsultus, quasi de re aliena respectu mariti. Maritus in rebus dotalibus dolum & culpam præstat, *l. in rebus 17. de jur. dot.* Penes mulierem esse dicitur etiam fundi dotalis possessio, ut satisdare ea de causa non teneatur, *l. sciendum 15. §. 3. qui satisd. cog.* Denique generaliter à Justiniano traditum est, res dotales in dominio uxoris permanere, *l. in rebus 30. C. de jur. dot.* Hæc nostri non uno modo componunt. Donellus *lib. 14. comm. 4.* putat, maritum rerum duntaxat æstimatarum & quantitatis in dotem datæ dominum esse, corporis inæstimato dati mulierem. Vulteus *hic & 1. disc. schol. 19.* uxorem esse dominam rei dotalis, maritum dominum juris in ea re constituti. Vaudus *1. var. quæst. 3. & Ioan. del. Castill. de usufr. c. 4.* marito nihil fermè tribuunt, præter jus rebus dotalibus utendi fruendi. Robertus *3. sent. 18.* dominium dotis marito concedit, proprietatem negat. Nonnulli dominium bonitarium penes maritum fuisse contendunt, Quiritarium penes uxorem, ut *Perenot. 2. animadv. 2.* alii contra, illud penes uxorem, hoc penes maritum, ut *Hotom. hic.* Cæterum nemo horum quicquam affert, quod mihi probari potest. Donelli distinctio apertè vitiosa est: nam cum per se dotis constitutio sit titulus idoneus ad tsansferendum dominium, *d. §. per traditionem:* necesse est, ut tam rei inæstimatæ in dotem datæ dominium in maritum transeat, quam æstimatæ: aut si aliena res est, usucapiendi conditio; quod etiam disertè traditur *l. 3. §. 1. de publ. in rem act.* Hoc tantum interest, quod dominium mariti in re dotali non æstimata minus plenum nec perpetuum est: quippe cujus rei si immobilis est, nec alienandæ nec obligandæ jus habet, & quam ipsam soluto matrimonio restituere tenetur: nam quod dotis causa perpetua esse dicitur, *l. 1. de jur. dot.* id ad votum dantis referendum est, quod ea intentione detur, ut perpetuo apud maritum sit. At rei æsti-

æstimatæ dominium plenissimè atque irrevocabiliter in eum transfertur, ita ut pretii tantum debitor efficiatur, nisi fortè electionem sibi mulier reservaverit; *l. 11. de fund. dot. l. 5. C. de jur. dot.* aut intertrimenti duntaxat causa æstimatio facta sit, ut paulo ante notatum. Idemque est, cum res fungibilis in dotem data est: perinde enim tunc maritus obligatur, ac si mutuum accepisset, *l. res in dotem 42. de jur. dot.* Quid quod admissa distinctione Donelli fatendum erit, dominium rei dotalis non aliter transferri, quam si venditio aut mutuum contractum sit: quod qui asserit, vi ipsa simpliciter negat, contra juris auctoritatem, rem ex causa dotis transferri, aut dotem esse justum titulum transferendi dominii. Et vel unum hoc ad refellendum Donellum satis est, quod maritus dicitur dominus esse illius ipsius prædii, quod lege Julia vetatur alienare, *l. dotale 13. §. 2. de fund. dot. & hoc text.* Etenim legis Juliæ prohibitio ad fundum dotalem non æstimatum ferè solum pertinet: ad æstimatum non pertinet, nisi uno illo & altero casu, quem supra indicavimus. Vulteii quoque distinctio tolerari non potest, & à juris ratione nimium quam abhorret. Res ipsa in dotem data, non jus aliquod in ea re, mariti effici dicitur; *l. 7. §. si res 3. de jur. dot.* prædium ipsum dotale mariti esse, dominium hujus prædii marito quæri, *d. l. 13. §. 2. de fund. dot. & hoc loc.* Quibus textibus, atque aliis, quos supra adduximus, refutatur etiam opinio Vaudi & del Castill. Pluribus atque ex professo distinctionem Vulteii confutat D. M. Lyclama 7. *membr. 26.* Roberti merum commentum est, atque inauditum, alium dominium rei habere, alium proprietatem. Perenotti sententia plus coloris habet: sed tamen & ipsam falsam esse existimo. Moveor quod distinctio illa dominii bonitarii & Quiritiarii non pendet à titulo aut causa acquirendi, sed à genere & modo, quo res in accipientem transferebatur. Potuit ergo maritus & ex jure Quiritium habere, puta si mancipatio aut in jure cessio intervenisset: potuit & in bonis tantum, si simplex modo traditio facta esset, & res nondum usucapta, per ea, quæ Ulpian. *tit. 1. de libert. §. qui tantum 11.* Ac dominium quidem bonitarium semper penes maritum fuit, Quiritiarum plenum non semper, nudum nunquam; in quo perspicuè errat Hotom. *fac. l. 7. §. si res 3. l. quamvis 75. de jur. dot. l. Lucius §. 4. ad municip.* Una hujus dissidii conciliatio est, eaque simplicissima, ut dicamus, solum maritum esse rei dotalis etiam inæstimatæ verum justumque dominum: cæterum quia hoc dominium mariti perpetuum non est, sed abiturum ab eo, solutoq; matrimonio rediturum ad mulierem, (quippe cui maritus facto divortio, quod apud Romanos frequenter contingebat, dotem restituere cogitur) hujus dissolutionis ac futuræ restitutionis intuitu dotem videri non tam mariti, quam uxoris esse, & adhuc patrimonium uxoris appellari, deque marito considerato eodem eventu Jurisconsultos nonnunquam ita loqui, tanquam de non domino & quasi rei alienæ administratore, præsertim in *tit. sol. matr.* qua ratione etiam defendendum erit, quod Justinianus ait, sola legum subtilitate rei dotalis dominium in maritum transferri, naturaliter autem penes uxorem manere, *d. l. 30. C. de jur. dot.* Loquitur enim etiam de rebus æstimatis; quas certo constat in patrimonium mariti transire, idque pleno etiam & perpetuo jure, *l. 5. C. eod.* Mirum vero non est, Justinianum sic loqui, dum scopo suo serviens colorem aliquem quærit constitutioni suæ, qua contra rationem juris uxori pro rebus dotalibus tam æstimatis, quam inæstimatis, concedit actionem in rem. Quod tamen cum D. Bachovio de utili in rem accipio, & quæ soluto demum matrimonio uxori detur in subsidium, ubi maritus solvendo non est.

In rebus, quæ Italicæ fuerant] In prædiis igitur provincialibus legi locus non fuit: sed potuit maritus ea liberè alienare. Quod tamen absurdum merito videri potest: & maximè post constitutionem Antonini, qua provinciales omnes civitate donati sunt, *l. in orbe 17. de stat. hom.* Nam etsi prædiorum provincialium summum jus & dominium Quiritiarium penes possessores non erat; proximum tamen pleno dominio jus habebant, quod in quemvis alium transferre poterant, omniaque percipiebant prædiorum emolumenta, una excepto, quod certum vectigal prædiis impositum quotannis solvere tenebantur. Cur igitur magis in Italia, quam in provinciis, mulieribus prospectum, cum idem ubique sit, aut esse debeat, dotium favor? Existimo, non defuisse alia remedia, quibus nupturæ sibi in provinciis consulere potuerint. Lepidum vero est, quod Dionys. Gothofred. *in notis ad Theoph.* scribit, fundum extra Italiam situm per legem Juliam ne volente quidem uxore alienari potuisse.

Alienationes inhibebat] Alienatio dicitur omnis actus, per quem dominium transfertur, *l. 1. C. de fund. dot.* Itaque non tantum distrahi fundus dotalis prohibetur, sed etiam donari, permutari, in solutum dari, legari: ac ne quidem si miles legaverit, ratum erit legatum propter legem Juliam, *l. dotalem 16. de testam. mil.* Sed & usucapio quoque appellatione alienationis continetur, *l. alienationis 28. de verb. sign.* & ideo ad hanc quoque speciem lex Julia pertinet, *l. si fundum 16. de fund. dot. fac. l. si ab eo 12. de usuc. l. 7. §. qui sciens 5. pro empt.* Alienatum autem propriè non videtur, quod adhuc in dominio nostro manet, quamvis venditum rectè dicatur, *l. alienatum*

rum 67. de verb. sign. sed tamen alienatione prohibita eos quoque casus comprehendi intelligimus, quibus jus aliquod in re à dominio seperatum transfertur, *l. ult. C. de reb. al. non alien.* Quare nec servitutem prædio dotali maritus imponere poterit, nec servitutes prædio debitas remittere, vel amittere, non utendo, *l. 5. de fund. dot.* Cui consequens est, libertatem servitutis urbano prædio dotali debitæ eo cessione patientiave mariti non competituram, ne per hoc prædii conditio deterior fiat, *l. 6. eod. tit.*

Hypothecas earum etiam volente ea] Lex Julia alienationes prædiorum dotalium prohibuit, quæ invita muliere fiebant; oppignerationem etiam quæ fiebat ea consentiente, *l. un. §. & cum lex 15. C. de rei ux. act.* Hoc ideo, quia facilius mulier adduci potest, ut consentiat obligationi, ubi nullum præsens periculum est, sed spes, fore, ut maritus rem luat, quam alienationi, per quam rei ipsius dominium statim in alium transfertur. Quod igitur facilius mulier concessura erat, arctius lex, imo solum prohibere voluit: uti passim videmus ea sola legibus prohiberi, quæ facilè fieri possunt, cum lex ea fieri non vult, non quæ difficulter. Hac ratione Senatusconsulto Vellejano mulieri pro alio se obliganti succursum est, non donanti, nimirum quia, ut inquit Jurisconsultus, facilius se mulier obligat, quam alicui donat, *l. 4. §. 1. ad Sen. Vell.* Eadem ratio fuit legis Fusiæ Caniniæ infinitam manumissionem in testamento prohibentis, non inter vivos *sup. de leg. Fus. Can.*

Utriusque remedium imposuimus] Justinianus legis Juliæ prohibitionem primum porrexit ad prædia provincialia, *d. l. un. §. & cum lex. C. de rei ux. act.* quippe quorum nondum eadem causa, quæ Italicorum erat, quod effectum constitutione posteriore, *l. un. C. de usuc. transf.* Deinde alienationem eodem modo, quo oppignerationem prohibuit, ut nec illa vel consentiente muliere fieri posset, quod lex Julia permittebat, *d. l. un. §. sed cum lex, vers. cum autem.* Hæc autem prohibitio in quibusdam casibus cessare creditur, quos collegit Christin. *vol. 3. decis. 133. num. 20. & 28. cum seqq.*

Ne sexus muliebris fragilitas] Ratio cur legi Juliæ hactenus derogarit, ut nec alienationem prædii dotalis, quæ cum consensu mulieris fit, valere patiatur; quia scilicet succurrendum putavit facilitati mulierum, quæ vel fragilitate sexus, vel mariti reverentia aut amore ductæ facile rerum suarum alienationibus consensum accommodant, τί γὰρ εἰς ἀπάτην ἁπλούστερον γυναικός; *Liban. Declam. 35.* Pontifices tamen hujusmodi alienationes, si jurato mulier consenserit, firmas manere præcipiunt, *c. cum contingat. X. de jurejur. c. licet mulieres, eod. in 6.* Moribus harum regionum marito dominium rerum, quas uxor in matrimonium confert, non quæritur; sed nullis antenuptialibus instrumentis confectis bona omnia utriusque conjugum communia fiunt, ut alibi dictum. Cæterum sive facta sit bonorum communio, sive ea pactionibus exclusa, licet marito pro jure potestatis, quam maximam apud nos in uxorem habet, res ejus alienare aut obligare; neque in eam rem opus habet uxoris consensu, nisi ea quoque potestas nominatim pactis antenuptialibus restricta sit, aut impetrata bonorum separatio, *Neostad. de pact. antenupt. obs. 10. Grot. 1. introd. c. 5. & alii alleg. à Groenevv. hic, tract. d. ll. abrog.* Contra vero mulieres nuptæ res suas obligandi aut alienandi jus non habent: ac neque ex contractu sine consensu maritorum initio obligantur, nisi quatenus ea obligatio spectat victum & cultum familiæ: exceptis palam negotiantibus, quæ institorum jure utuntur, atque in negotiatione, quam exercent, se virosque suos obligandi potestatem habent, *D. Ioan. à Sande lib. 2. tit. 4. defin. 3. & 4.* Non idcirco tamen minus in intercessionibus beneficio Senatusconsulti utuntur, *D. Neostad. obs. rer jud. 18.*

TEXTUS.

De Creditore, qui licet non sit Dominus tamen alienare pignus potest.

1. ***Contra autem creditor pignus ex pactione, quamvis ejus ea res non sit, alienare, potest. Sed hoc forsitan ideo videtur fieri quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui ab initio contractus pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur. Sed ne creditores jus suum persequi impedirentur, neque debitores temere suarum rerum dominium amittere viderentur, nostra constitutione consultum est, & certus modus impositus est, per quem pignorum distractio possit procedere: cujus tenore utrique parti creditorum & debitorum satis abundeque provisum est.***

NOTÆ.

1. *Ex pactione*] Idem est, licet pactio nulla interposita, *l. 4. D. de pign. act.* neutrum autem procedit sine prævia denuntiatione, *l. 4. Cod. de distr. pign. l. 10. C. de pign.* Sed etsi convenerit, ne liceat vendere, adhuc tamen distrahi potest, modo trina præcesserit denuntiatio, *d. l. 4. de pign. action.*

Qui ab initio pactus] Aut etiam ex intervallo *d. l.4. D. de pign. act.* Itaque hic casus non magis huc pertinet, quam cum procurator voluntate domini rem alienat, *§.42. sup. de rer. div.* Rectius huc referas tutores & curatores.

Nostra constitutione] *l. ult. C. de jur. dom. imp.* ubi nova forma distrahendi pignoris prolixe præscribitur, cui locus sit, cum de vendendo eo nihil nominatim convenit.

COMMENTARIUS.

1. *Unam saltem denuntiationem requiri, non tantum cum de pignore distrahendo non convenit, sed etiam cum convenit, ut vendere liceat.*
2. *Quid si dies solutioni adjecta, & solutio sua die facta non fuerit?*
3. *Formam vendendi pignoris à Iustiniano præscriptam vix ullibi locorum observari.*

HIc ex adverso ostenditur, etiam eum aliquando, qui dominus non est, alienandæ rei potestatē habere, exemplo creditoris pigneratitii. Magis autem huc pertinent tutores & curatores, quibus res pupillorum suorum & adultorum alienandi potestas non à domino, sed iure tributa est, *l. bonæ fidei 109. de verb. sign.* quamvis his non quævis permissa alienatio, nec omnium rerum absque decreto De quo vid. *l.9. §. sicut 5. l.12. §.1. l. tutor. 22. l. Lucius 46. §. ult. de adm. tut. l. non omni 16. l. lex quæ 22. C. eod. l.1. & pass. de reb. eor. qui sub tut.*

Ex pactione] Pertinet igitur hic locus ad alienationem pignoris conventionalis. Ait, *ex pactione* Quid ergo si de distrahendo pignore nihil convenerit? Adhuc eo jure utimur, ut distrahere liceat, *l.4. de pign. act.* Quin hoc ipsi naturæ pignoris inest. Atque hic casus potius ponendus fuerat, quam cum pignus alienatur ex conventione atque expressa voluntate debitoris, per ea, quæ statim sequuntur. Imo tantum abest, ut pactio ad alienationem pignoris necessaria sit, ut etiamsi nominatim contra convenerit, ne liceret pignus vendere, adhuc tamen liceat, si modo ter (per justa intervalla, quod judex arbitrabitur. *Neguf. de pign. 1. membr.6. part. principal. num.4. Schneid. hic num.3.*) prius debitori denuntiatum fuerit, ut solvat, & cessaverit, *d. l.4. de pign. act.* alioqui si nunquam liceret vendere, creditori pignus esset inutile; ut adeo tale pactum sit contra naturam
3 pignoris. Etenim vero nec illo casu, quo nihil de distrahendo pignore actum est, absque præcedente denuntiatione pignus vendi potest, sed una tantum denuntiatio sufficere putatur, *argum. d. l.4. de pign. act. l.3. C. de jur. dom. imp. l.4. C. de distr. pign. l. debitoribus 18. C. de adm. tut.* quamvis etiam hoc casu tres desiderare videatur Paulus *2. sent. 13.* Hoc amplius putarem cum Castrens. ad *d. l.4. Neguf. 1. membr.6. part. pr. n.1. Schneid. num.1.* contra *Gloss. Salic. in l. 1. C. de distr. pign. Wesemb. hic*, etiam tunc unam saltem denuntiationem requiri, cum expresse convenit, ut pignus vendere liceat; cum nec ante debitor constituatur in mora. Estque in eam rem textus apertus in *d. l.3. §.1. Cod. de jur. dom. imp.* & jure quoque veteri sic obtinuisse liquet ex *l. debitores 10. Cod. de pignor. & d. l.4. Cod. de distr. pignor.* Sed illud interest, quo ubi de distrahendo pignore convenit, biennium post denuntiationem non expectatur, uti fit in duabus speciebus reliquis ex constitutione Justiniani, *d. l.3. §.1. C. de jur. dom. imp. Schneid. hic, num.3.* Sed quid dicendum de iis casibus, quibus mo- 2
ra contrahitur citra ullam interpellationem, puta si dies solutioni adjecta sit, & sua die solutio facta non fuerit? Hic enim adventu solius diei debitor in mora constituitur, secundum communem sententiam, per *l. magnam, Cod. de contr. stip.* Neguf. *d. loc.* & Schneid, *hic num.1.* putant, hoc casu nulla opus esse denuntiatione, sufficereque ad licentiam vendendi pignoris nudam debitoris moram. Cui sententiæ patrocinari videtur *l.8. §.3. de pign. act.* Sed humanius est, ut dicamus, etiam hoc casu denuntiationem præcedere debere. Non enim protinus sequitur, ad debitorem constituendum in mora nihil aliud desideratur, quam ut dies venerit, ergo hoc etiam sufficit ad jus distrahendi pignoris. Quippe pignoris obligatio diversa est à principali: nec si ob moram debentur usuræ, & rei debitæ periculum in debitorem transfertur, ideo statim etiam nulla præcedente denuntiatione licebit vendere pignus in gravissimum præjudicium debitoris. Nec obstat *d. l.8. §.3. de pign. act.* loquitur enim de jure vendendi pignoris, quod ex conventione competit ob non solutam sua die pecuniam. Quo tamen & ipso casu non solum humanius, sed etiam tutius facturus est creditor, si futuram venditionem denuntiet debitori, ut se fraudis suspicione liberet, nec dolo malo in ea venditione versatus quandoque dici possit, *l.7. C. de distr. pign. l.1. Cod. si vind. pign. agat. Bald. in l.4. C. de distr. pign. Castr. in l.4. de pign. act. Ant. Fab. C. suo de distr. pign. defin.13. add. Ioan. à Sande. rer. jud. lib.3. tit.12. defin.20.* Quid quod hoc ipsum, quod DD. pro certi juris regula ponunt. solo diei lapsu citra aliam interpellationem debitorem constitui in mora, non usque adeo certum est; & sunt, qui falsum existimant. *Ferret. tractat. de mora. Charend. 3. verosimil. 10. Bachov. in Treutl. disp. de usur. th.7.* quanquam horum argumentis solide mihi respondisse videtur *D. Gailiel. Masius sing. opin. lib.2. c.4.*

Quamvis ejus ea res non sit] Pignus in bonis debitoris manet, *l. pignus 9. C. de pign. act.* non enim hoc contractu pignoris agitur, ut res alienetur, sed ut obligetur creditori in securitatem crediti.

Qui

Qui pactus est, ut liceret] Hic igitur casus non magis huc pertinet, quam si procurator, cui id dominus specialiter mandavit, rem alteri vendiderit & tradiderit. Nihil enim interest, utrum ipse dominus rem alteri tradat dominii transferendi causa, an voluntate ejus alius, §. *nihil 42. sup. de rer. div.*

Nostra constitutione consultum] Olim jus vendendi pignoris liberius fuit, quod Justinianus ita coërcuit, ut nec creditores putaverit habere, quod conquerantur, & debitoribus justum spatium esse ad expediendam solutionem. Summa constitutionis Justinianeæ, quæ est *l. ult. C. de jur. dom. imp.* huc redit; ut si de vendendo pignore nihil convenerit (alioqui forma conventione præscripta in distractione servanda est) jus sit creditori altero demum post denuntiationem anno id vendere. Si emptor non extet, debitorem ut moneat, ut intra certum tempus pignus luat, aut non apparenti tempus, quo id facere possit, per judicem præscribat. Hoc autem frustra tentato, ut possit creditor à Principe petere facultatem pro domino possidenti: qua tamen impetrata adhuc biennium debitori detur, ut interim debitum cum eo, quanti creditoris interest, quæsita pecunia persolvere, & pignus luere possit: eo vero tempore sine solutione transacto, creditor justus pignoris dominus efficiatur. Sed hæc forma vendendi pignoris vix ullibi locorum nunc observatur, *vid. Bar. d. l. 4. de pign. act. & d. l. ult. C. de jur. dom. imp. Schneid. hic, num. 6. Baron. comm. part. 2. Christin. vol. 4. decis. 172. n. 3.* & ibi citat. Antiqua ratio planior & simplicior hæc fuit, ut annua pignoris proscriptione creditor ejus dominus efficeretur, si debitor id non lueret. Moribus nostris vix convenit, ut creditor privata auctoritate pignus distrahat; sed distractio addictione fieri solet auctoritate magistratus, uti jure Rom. in iis pignoribus, quæ in causa judicati capiuntur, *l. 2. C. si in ca. jud. pign. cap.* in quibus quid juris sit, quid item in pignore prætorio, disce ex *l. à Divis. 15. §. 2. & seqq. de r. jud. l. tum proponas. C. de bon. auct. jud. possess. c. quoad. consultationem. X. de sentent. & re jud. Dyn. in l. si finita 15. §. Julianus 16. de damn. inf. Neguf. d. loc. num. 7. & seqq. Christin. vol. 4. decis. 165. vid. Merul. lib. 4. tit. 100. cap. 1. num. 10. Neostad. decis. 96. supr. cur.* Finis venditi pignoris est, ut ex pretio inde redacto creditori satisfiat: quod ultra consecutus est, id restituere debet, teneturque eo nomine actione pigneratitia: sicut vice versa in id, quod deest, creditori actio competit adversus debitorem vel fidejussorem ejus, *l. 6. de pign. act. l. 9. §. 1. de distr. pign. l. 3. C. eod.* Illud postremo sciendum est, si creditor ipse pignus non possideat, sed debitor vel alius, actione hypothecaria prius rem evincendam, ac tum distrahendam esse. *Wesemb. parat. de distr. pign. num. 1. & 10.*

TEXTUS.

De pupillo qui licet Dominus, non tamen sine tutoris auctoritate alienare potest.

2. Nunc admonendi sumus, neque pupillum, neque pupillam, ullam rem sine tutoris auctoritate alienare posse. Ideoque si mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate alicui dederit, non contrahit obligationem: quia pecuniam non facit accipientis: ideoque vindicari nummi possunt, sicubi extant. Sed si nummi, quos mutuo minor dederit, ab eo, qui accepit, bona fide consumpti sunt, condici possunt: si mala fide, ad exhibendum de his agi potest.

NOTÆ.

Ideoque si mutuam pecun.] A remotione generis ad remotionem speciei. Nam & mutui datio alienatio est, *l. 2. §. 2. l. 16. l. pen. D. de reb. cred. d. l. 9. princ. de auct. tut.* & in nativo suo significatu, *l. 1. Cod. de fund. dot.* ita interpp. omnes, & novissime Fabrot. & Grot. *in spars. flor.*

Bona fide consumpti] Consumptio bona fide facta conciliat mutuum & condictionem parit, *l. 19. §. 1. D. de reb. cred.* Valetque hoc etiam in nummis alienis mutuo datis, *l. 11. §. ult. cum. 2. ll. seqq. eod.*

Si mala fide, ad exhibend.] Nam qui dolo malo consumpsit, pro eo est, ac si non consumpsisset. Dolus enim pro possessione est, *l. 131. 150. de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

1. *Corpora, quæ mutuo dantur, alienari. De quo cum D. Salmasio sermo.*
2. *Nummi quando consumpti intelligantur.*
3. *Mutuum non confirmari consumptione nummorum facta mala fide.*
4. *Cur in casu consumptionis malæ fidei tantum actionis ad exhibendum hic mentio fiat, emendato errore Cujacii.*

REdit ad eos, qui, cum domini sint, alienare non possint. Meminit porro unius pupilli: sed sunt in hoc numero plures: nam & puberes minores curatorem habentes huc pertinent, *l. 3. de rest. in int. l. ex qua 22. C. de adm. tut.* item is, cui bonis interdictum est, qui, cum de eo obligando, aut alienando deminuendove ejus patrimonio agitur, in eadem causa cum furioso habetur, *l. 6. de verb. obl. l. 12. in fin. de tut. dat.* tum etiam cæteri, qui ob vitium morbumve corporis in curatione sunt, rerumq; suarum administrationem non habent, de quibus in *§. 4. sup. de curat. l. 8. §. 3. d. l. 12. in pr. de tut. & cur.*

& cur.dat. Filius quoque familiæ non potest alienare bona adventitia, quorum usumfructum pater habet, *l. ult. §. ipsum 5. vers. Filiis a. C. de bon. quæ lib.* Interdum causa, ex qua res traditur, alienationem impedit, ut donatio inter virum & uxorem, Pand *& C. eod. tit.*

Sine tutoris auctoritate alienare] Alienatio à pupillo facta sine tutoris auctoritate ipso jure nulla est: quippe cum nec obligare se pupillus sine tutoris auctoritate possit, *l.9. & passim de auct. tut. l.11. de acq. rer. dom.* Cæterum auctore tutore & obligari potest, modo infantiam excesserit, & res suas recte alienat. *d. l.9. l.5. de reg. jur. §. pupillus, inf. de inut. stip.* res intellige, quarum alienatio sine decreto non est interdicta. Nam prædia pupillorum olim rustica, postea omnia, & res etiam mobiles, quæ sine detrimento servari possunt, absque decreto magistratus alienari prohibita, *l.1. & tot. tit. de reb. eor. qui sub tut. & tit. C. d. præd. & al. reb. min. sine dec. non al. d. l. lex quæ, C. de adm. tut.*

Ideoque si mutuam pecuniam. &c. non contrahit obligationem] A genere ad speciem. Pupillus nullam rem sine tutoris auctoritate alienare potest: ergo nec mutuam pecuniam dando eam facit accipientis: quo fit, ut nec mutui obligatio contrahatur, nec condictio pupillo competat: siquadem mutui obligatio, nisi nummi accipientis fiant, non nascitur, *l.2. §. 2. de reb. cred.* Supponit igitur Imp. id quod mutuo
1 datur alienari, seu mutui donationem esse speciem alienationis. Quod & alibi constanter traditum est, *l. 9. pr. de auct. tut. l.16. l. pen. de reb. cred.* nec minus perspicuum, quam verum: quippe cum omnis actus, per quem dominium transfertur, vere & proprie sit alienatio, *l.1. C. de fund. dot.* & sine alienatione fieri non possit, ut dominium rei ab uno abeat, & per traditionem transferatur in alium. Constat autem, corpora ipsa, quæ mutuo dantur, desinere esse dantis, & fieri accipientis seu aliena, ita ut vindicare aut ab eo avocari nequeant, *l.33. §.1. de donat.* Nec vero ideo minus alienantur, quia accipiens obligatur ad rem ejusdem generis restituendam, puta frumentum pro frumento, vinum pro vino. Quid enim refert ad alienationem ejus, quod datum est, utrum mihi, verbi causa, frumentum ea lege datum sit, ut pro eo vinum aut oleum vicissim dem, uti fit in permutatione; an frumentum ita datum, ut pro eo reddam aliud frumentum, ut fit in mutuo? Est igitur mutui datio, alienatio in nativo suo significatu: & ita interp. omnes, ac novissime *Fabrot. ad Theoph. & Grot. in spars. flor.* De quo cum sermonem haberem cum summo atque incomparabili viro D. Claud. Salmasio, hactenus quidem mihi assensus est, ut fateretur, corpus rei, quæ datur in mutuo alienari: sed negabat, ex eo effici, mutuum alienationem esse, nisi forte materialiter. Proprie autem & formaliter mutuum non posse dici alienationem, propterea quod in eo nulla contingeret alienatio datæ quantitatis sive sortis, quæ diversum quid esset à data specie apud debitorem pereunte, & in qua proprie substantia mutui consisteret, uti recte docuisset Car. Molin. *tractat. de usur.* Et simul interventu aliorum sermo noster interruptus est. Potest autem admitti D. Salmasii sententia, si appellatione mei & tui etiam obligationem & actionem comprehendas, ut fit interdum, *l.1. quod cert. loc. l. repetitio 44. de cond. ind. l.6. §. apud Labeonem, quæ in fraud. cred. l.91. de verb. sign.* Proprie tamen loquendo nec ipsa sors nostra manet: nec enim quod nobis debetur, quod est in credito, proprie nostrum est, *l.27. §.2. l.34. princ. de aur. arg. mund. leg. Boët. in Top. lib.2. pecunia in nominibus debita non est nostra, sed debitorum.* Et ita in *l.1. de lib. leg.* & ideo creditori non vindicatio sortis, sed tantum condictio datur, qua intendat, verbi causa, centum sibi dari oportere. nemo autem rem suam condicit, aut sibi dari oportere intendit, *§. 14. inf. de act. l. ult. in fin. usufr. quem cau.* Non male igitur mutuum à Cujacio definitur alienatio pecuniæ sub lege reddendæ quantitatis ejusdem, *parat. C. si cert. pet.*

Vindicari nummi possunt, sicubi extant] Similis locus est in *l.11. §. ult. de reb. cred.* At, inquies, de pupillo responsum est, eum nisi præsente tutore ne possessionem quidem, quæ naturalis est, alienare posse, *d. l.11. de acq. rer. dom.* rationi autem juris non convenire, ut possidenti detur vindicatio adversus eum, qui nec natura possidet. Resp. ut vindicationi locus sit, satis esse rem ab alio quovis modo detineri & restitui posse, *l.9. de rei vind.* adeoque pupillum, etsi animo desinere possidere non potest, corpore tamen posse, atque in alium possessionem, quatenus facti est, sine tutoris auctoritate transferre, *l. possessionem 29. de acq. poss.*

Bona fide consumpti] Non est mirum, nullos apud auctores plures & crassiores errores reperiri, quam apud scriptores notarum: quippe quibus tempus non est vanno aut cribro utendi. Dion. Gothofredus ad *l.9. §.2. de auct. tut.* scribit, pecuniam in proposito intelligi consumptam, cum is, qui accepit, eam alteri credit, aut in solutum dedit: utiturque argumento *l. non omnis 19. §.1. de reb. cred.* quo tamen loco hoc ipsum aperte negatur: & recte. Nam datio in solutum aut creditum non facit, quo minus pecunia adhuc extet, & certo appareat. Quamdiu autem extat & certo apparet, non potest dici consumpta; & apud quemcunque, aut ubicunque extat, in eadem causa & ejusdem manet, & à domino vindicari potest, ut proxime Imp. dixit. Quando igitur con- 2
sumi intelligitur? nimirum cum quis ea sic utitur, ut eo

ut eo facto corpora ipsa nummorum, quæ data sunt, non appareant. Id vero contingit, primum corporibus sublatis; veluti si quis ex accepta pecunia vas aliquod conflaverit. Quo facto pecunia extinguitur. Neq; obstat distinctio *§. cum ex aliena sup. de rer. div.* Nam vas ex nummis aureis vel argenteis conflatum ad rude quidem aurum vel argentum reduci potest, ad priorem speciem sive monetam non potest. Plane possunt auctoritate Principis nummi ejusdem potestatis & eadem figura inde cudi: sed nova hæc moneta & species est, non illa, quæ prius fuerat. Deinde etiam corporibus nummorum integris manentibus; veluti si quis nummos acceptos ita aliis miscuerit, ut discerni non possint: nam etiam ea re eum, qui accepit, dominum fieri placet, *l. si alieni* 78. *de solut. Don. ad l. rogasti* 11. *§. ult. d. t. n.* 9. Ait, *bona fide.* Quod ergo in *d. l. non omnis. §.* 1. *de reb. cred.* & si qui sunt alii loci similes, dicitur simpliciter, si pupillus sine tutoris auctoritate credendi causa pecuniam dederit, consumpta ea nasci condictionem, id ex *hoc loco junct. d. l. rogasti* 11. *§. ult. d. tit. l.* 9. *§.* 2. *de auct. tut.* sic interpretandum erit, si bona fide ab accipiente consumpta sit, ignorante scilicet, pupillum esse, qui credidit. Efficitque hoc etiam ratio juris; quia quæ dolo malo consumpta sunt, non alio loco jure habentur, quam si adhuc extarent, nec consumpta essent, *l. qui dolo* 131. *l. parem* 150. *de reg. jur.* ac proinde cum malæ fidei consumptio consumentem dominum non faciat, nec mutuum ea consumptione confirmabitur, *Donell. d. loc. num.* 7. Quod vero D. Bachovius putat, non obstare malam fidem, quominus consumptione dominium quæratur, & tamen bona fide tantum facta consumptione mutuum, quod ab initio non consistebat propter inutilem numerationem, convalescere, id mihi plane ἀσύστατον videtur. Et sententia Bachovii, quod per consumptionem & similes acquirendi modos dominium acquiratur, citra considerationem bonæ aut malæ fidei, etiam extra causam accessionis, supra à me refutata est *sub §. cum ex aliena* 25. *de rer. div.*

Condici possunt] Quod valet in nummis alienis mutuo datis, ut his bona fide consumptis ei, qui dedit, condictio detur tanquam ex mutuo, *l.* 11. *§. ult. cum* 2. *ll. seqq. de reb. cred.* id valet & in ea pecunia, quæ dantis fuit, si is rei suæ alienandæ facultatem non habuit, qualis est pupillus. Quapropter si pupillus sine tutoris auctoritate crediderit, consumptis nummis & illi condictio nascitur, *l. non omnis* 19. *§.* 1. *de reb. cred.* & omnino quæ translatæ ab initio pecuniæ vis est, eandem esse placet & bona fide consumptæ, quasi translatæ: unde recte dicitur, quod ab initio non valebat ex numeratione, confirmari pecuniæ consumptione bona fide facta. *Dd. in d. l.* 11. *§. ult. & d. l.* 19. *§.* 1.

Si mala fide, ad exhibendum] Puta tamen, & condictionem in proposito dari, non quidem quasi ex mutuo, quia consumptio mala fide facta dominum non facit, ut paulo ante probavimus: sed conditionem sine causa, utpote quam constat etiam adversus prædonem fructuum consumptorum nomine dare, *l.* 3. *C. de cond. ex leg. l.* 4. *C. de crim. exp. her.* Ait, *ad exhibendum.* Imo & in rem, inquit Cujacius: quoniam mala fides pro possessione est. Sed, inquit, in rem utilis est; ad exhibendum directa: quare commodius, agi ad exhibendum, quam in rem. Quod falsum est, & inconsiderate à Cujacio prolatum. Non enim magis fieri potest, ut contra eum, qui possidere desiit, detur directa ad exhibendum actio, quam directa in rem: cum ille non magis exhibendi, quam restituendi facultatem habeat. Sed ut contra possidentem rem mobilem utraque directa est, ita contra eum, qui dolo malo desiit possidere, utraque utilis. Nam quod dolus pro possessione est, id non ex vero, sed ex interpretatione est & fictione juris, quæ utili tantum actioni locum facit. Cur igitur actionis ad exhibendum meminit duntaxat? Quia utili judicio ad exhibendum semper consequitur actor id totum, quod sua interest, *§.* 3. *inf. de off. jud.* vel permittitur rei petitæ æstimatio ipsius jurijurando, ut fit in eadem actione directa, si possessor per contumaciam rem non exhibeat: quo casu per jusjurandum in litem petitoris possessorem damnari certum est, *l.* 3. *§.* 2. *ad exhib.* Cum igitur præparatorio judicio illud ipsum consequatur actor, quod rem vindicando consecuturus esset, nihil superest, quod alia actione persequatur. Ita in simili Jurisconf. *d. l.* 11. *§. ult. de reb. cred. Vindicari nummi possunt, si extant, aut, si dolo malo desinant possideri, ad exhibendum agi.* Cujus loci lectionem frustra Donellus conatur emendare.

TEXTUS.

3. At ex contrario omnes res pupillo & pupillæ sine tutoris auctoritate recte dari possunt. Ideoque si debitor pupillo solvat, necessaria est debitori tutoris auctoritas: alioqui non liberabitur. Sed hoc etiam evidentissima ratione statutum est in constitutione, quam ad Cæsarienses advocatos ex suggestione Triboniani viri eminentissimi, Quæstoris sacri palatii nostri, promulgavimus: qua dispositum est, ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere, ut prius judicialis sententia sine omni

omni damno celebrata hoc permittat. Quo subsecuto si & judex pronuntiaverit, & debitor solverit, sequatur hujusmodi solutionem plenissima securitas. Sin autem aliter quam disposuimus, solutio facta fuerit, pecuniam autem salvum habeat pupillus, aut ex ea locupletior sit, & adhuc eandem pecuniæ summam petat, per exceptionem doli mali poterit submoveri. Quod si male consumpserit, aut furto aut vi amiserit, nihil proderit debitori doli mali exceptio, sed nihilominus condemnabitur: quia temere sine tutoris auctoritate, & non secundum nostram dispositionem solverit. Sed ex diverso pupilli vel pupillæ solvere sine tutoris auctoritate non possunt: quia id, quod solvunt, non fit accipientis: quum scilicet nullius rei alienatio eis sine tutoris auctoritate concessa sit.

NOTÆ.

3. *Plenissima securitas*] Ita ut nec in integrum restitutioni sit locus; quod beneficium sola tutoris aut curatoris interveniens auctoritas non excludit, *tit. C. si tut. vel cur. int.*

Salvam habet, aut locupletior] *L.15. l.47. l.66.D. de solut. l.4. §.4. de dol. exc. l.14. D. de cond. ind. l.57. de reg. jur.* Non debet pupillus occasionem juris ad iniqvum trahere cum detrimento alieno compendium, *l.pen. in fin. de reb. eor. qui sub tut.* Quando locupletior factus intelligatur, & quo tempore inspiciatur, disce ex *l.4. D. de except. d.l.47. pr. &* §. 1. *de solut.*

Male consumpserit] Th. *ἀσώτως ἐδαπάνησε*, per luxum prodegerit.

Aut vi] Deest in vet. lib. Cujac. Hotom. nec Th. habet.

Nullius rei alienatio] Argumentatio à genere ad speciem, quæ valida *εἰς ἀνασκευήν*. Nota & solutionem esse speciem alienationis, *d. l.9. §.2. D. de auct. tut. l.pen. D. de reb. cred.*

COMMENTARIUS.

1. *Debitorem pupillo sine tutoris auctoritate solventem non liberari, licet dominium rei solutæ transferat.*
2. *Pupillo, in quem solutio collata, recte solvi etiam sine tutoris auctoritate.*
3. *Quis sit sensus verborum hujus* §. *ita* licere tutori vel curatori, &c.
4. *Adversus solutionem factam ex præscripto Justiniani pupillum aut adultum beneficio ætatis non restitui.*
5. *Quid si nummos sine tutore aut judice sibi solutos salvos habeat pupillus.*
6. *Cujus periculo sit pecunia, quam pupillus sine tutoris auctoritate credidit aut in solutum dedit.*

Sine tutoris auctoritate dari] Pupillus quantum ad acquirendum, non indiget tutoris auctoritate, *l.11. de acquir. rer. dom.* semper enim conditionem suam meliorem facere potest, *sup. de auct. tut. in princ.*

Ideoque si debitor] Hotom. & Wesemb. pro *ideoque*, legendum censent, *quanquam.* Quia nulla hic conclusio ex præcedente propositione, sed diversæ causæ propositio, & præcedentis regulæ exceptio: nisi hoc in præcedentibus dicamus subintelligi oportere, ut scilicet quidvis pupillo recte detur sine tutoris auctoritate, cæterum hactenus, ut ex eo pupillus ipse neque obligari, neque obligationem alienare aut tollere possit. Alii hic illationem fieri ajunt non ex proxima, sed ex superiore sententia §. *præc. in pr.* ubi traditum, pupillum nullam rem sine tutore alienare posse; huic enim esse consequens, ut nec sine tutoris auctoritate pupillo recte solvatur. Quippe admissa solutione debitorem liberari, pupillumque obligationem & actionem, quam habebat, alienare aut perimere, *l.pupillo 15. de solut.* quod ut speciosius dicatur, ex duobus hisce §§. unum faciunt. Sed pergamus.

Si non solverit auctoritate tutoris, non liberabitur] Licet dominium rei solutæ transferat. Nam quem- 1
admodum qui cum pupillo contrahit, pupillo obligatur, quamvis pupillum sibi non obliget, *sup. de act. empt.* ita qui cum pupillo obligationem vult distrahere solvendo, licet ea solutione dominium in pupillum transferat; se tamen à pupillo, qui per se neque contrahere neque distrahere obligationem potest, non liberat, *d.l.15. de solut. l.5. de reg. jur.* Debet itaque debitor, si liberari velit, pupillo solvere cum auctoritate tutoris, vel ipsi tutori: nam & hoc casu æque liberatio ipso jure contingit, *l. Lucius 46. §. tutelæ 5. de adm. tut.* Pupillum autem intelligimus 2
creditorem: nam si pupillus solutionis causa tantum adjectus sit, hoc est, solutio sive jus solvendi in eum collatum, puta si quis stipulatus sit sibi aut Titio pupillo dari, promissor & sine tutoris auctoritate solvendo pupillo liberabitur, *l. si stipulatus 11. de solut.* scilicet quia ex hujusmodi stipulatione nullum jus obligationis pupillo quæritur. Et solutio sic accipiatur, quasi ipsi creditori solutum esset, qui ita sibi solvi voluit, *l. si ita stipulatus 59. d.tit.* de quo ex professo infra §. *si quis alii 4. de inut. stip.*

In

In constitutione quam ad Cæsarienses advocatos] Missa est hæc constitutio ad Joannem præfectum prætorio: intelligit enim *l. sancimus* 25. *C. de amd. tut.* quod ipsa verba, istius lonstitutionis, quæ huc translata sunt, ostendunt. Promulgata tamen hic dicitur ad Cæsarienses advocatos, nimirum quia ad interrogata eorum & consultationem emissa est, ut arguunt multæ aliæ constitutiones, *l. ult. C. de pact. l. si major, C. de legit. hered. l. si fidejussor.* 27. *C. de fidejuss. l. optimam. C. de cont. stip. junct. §. item. verborum inst. de inut. stip.* quæ omnes ad diversas consultationes & quæstiones à Cæsariensi advocatione propositas scriptæ, & ad eundem Joannem P. P. missæ sunt; quippe cujus auditorio advocati Cæsarienses militabant. Intelligi autem advocatos, qui erant in urbe Cæsarea, non illa Cappadociæ, ut Balduinus, Cujacius & Fabrotus existimant, sed Palestinæ, perspicuum est *ex d. l. si fidejussor. C. de fidejuss.* ubi eadem advocatio, quæ passim Cæsariensis Palæstina appellatur.

Ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere] Locutio implicata, quæ sic construenda & ordinanda est; *Ita licere* (id est, *permiti. jus esse*) *debitorem pupillarem solvere tutori vel curatori, &c.*
3 *Solvere*, id est, *numerare quod debetur.* Theophilus, ποιήσασθαι τὴν καταβολήν. Anton Fab. 13. *conject.* 13. *& jurisp.* 12. *pr.* 7. *illat.* 43. huic orarioni alium sensum affingit, quasi ita scriptum esset; *ita licere tutori vel curatori debitorem pupilli vel adulti absolvere & liberare* (qui scil. antea pupillo aut adulto solvit sine tutoris aut curatoris auctoritate, vel cum adhuc tutorem aut curatorem non haberent) *si prius judicialis sententia, &c.* Sed præterquam quod hæc locutio non facile obuia, *solvere debitorem*, pro liberare obligatione; quanquam unus & alter locus occurrit, in quo debitor solutus pro liberato dicitur: *l. decem* 116. *de verb. obl. l. si ex pluribus* 16. *de accept.* pugnat illa Fabri expositio manifeste & cum sententia & cum verbis Justiniani, quæ ille mire torquet, ne videantur obstare iis, quæ ex cerebro suo comminiscitur contra veram & receptam sententiam. Quæ hæc est; Quamvis ipsi tutori, ejusve auctoritate pupillo facta sit solutio, eaque solutione debitor ipso jure liberetur; nihilominus tamen, pecunia male consumpta, maleve collocata, patere pupillo, si tutor solvendo non sit, restitutionem in integrum, nisi sententia judicis intervenerit, *l.* 1. *C. si adv. sol. l.* 2. *C. si tut. vel cur. int. Vid. Gomez.* 2. *resol.* 14. *n.* 4. *Maurit. de rest. in int. c.* 176. *& seq. Brisson. lib.* 1. *de solut. sect.* 4.

Si prius judicialis sententia] Excipiuntur reditus annui, & cæterarum rerum pensiones, quæ minoribus tutore aut curatore auctore, aut ipsi tutori curatorive, etiam sine judice tuto solvuntur, *d, l. sancimus* 25. *C. de adm. tut.* Siquidem & molestum esset, quotannis adire judicem; & incommodum minori, diu differri solutionem ejus rei, unde fere ali solet. Quod tamen & ipsum sic postea Justinianus temperavit, si non excederent metas biennii aut summam centum solidorum, *l. constitutionem* 27. *C. de tit.*

Sine omni damno] Id est, ut Theophilus interpretatur, δίχα πάσης δαπάνης. sine ullo scilicet sumptu aut impensis in judicum, tcribarum, viatorumve mercedes. Nam iniquum esset, debitorem sumptu onerari ex persona creditoris.

Sequitur hujusmodi solutionem plenissima securitatas] 4
Ita ut nec adversus solutionem decernente judice factam beneficio ætatis in integrum restitui postulans audiatur. Cui non obstst, quod placet, minorem etiam restitui contra factam ex decreto judicis venditionem, *l.* 11. *C. de præd. min.* nam debitor ex necessitate solvere tenetur: emptor potest non emere. Jure veteri quoque hoc obtinuit, ut solutio decernente ac stateunte judice facta à debitore minoris plenissimam liberationis securitatem pareret: & procedebat hoc itaetiamsi minori curatorem non habenti decernente judice solutum esset, *l.* 7. *§.* 2. *de minorib.* Cæterum liberatio nihilominus ipso jure contingebat, si tutori vel curatori solutio facta esset, quantumuis sine judice: solum hic supererat adhuc metus aliquis restitutionis in integrum, si forte pecunia male collocata & tutor vel curator solvendo non essent. Post constitutionem autem Justiniani dicendum videtur, solutionem sine judice factam aut ad liberationem ipso jure non prodesse, licet tutor vel curator intervenerit; aut si adhuc debitores ita liberari placet, minus, quam olim, hoc casu securos esse: quippe olim prius tutores & curatores actione ordinaria conveniendos fuisse, & demum si illi solvendo non essent, patuisse minoribus remedium extraordinarium. Hodie vero esse, quod de se querantur debitores, quod non solverint secundum præscriptum constitutionis Justininianæ.

Pecuniam autem salvam habeat] Etsi solutione 5
sine tutore judiceve facta eandem pecuniam petere adhuc pupillus potest, aut ipso jure, aut per restitutionem in integrum: si tamen nummi salvi sint, eosque penes se domi pupillus habeat, iterum petentem eum doli mali exceptione debitor removebit, quod iniquum contra bonam fidem lucrum capret, *l. pupillo* 15. *de solut. l. bona fides* 47. *de reg. jur. l. pen. §.* 1. *de reb. eor. qui sub. tut.* Eodemque modo consumptis nummis, si ex his locupletior factus iterum petat, exceptione repelletur, ne ditetur cum alieno detrimento, contra quam natura æquum est, *l.* 4. *§. si quis* 4. *de dol. mal. exc. l. in pupillo* 47. *de solut. l. nam hoc* 14. *de cond. ind.* Qua de causa ex omnibus eum negotiis eatenus teneri receptum est, quatenus patrimonium

nium ejus auctum sit: ut nihil mirum, si solutione locupletatus iterum petens exceptione summoveatur, cum etiam ultro adversus eum factum locupletiorem ex contractu negotiove gesto actio competat, *l.3.§. pupillus l.6. in pr. de neg. gest. l.5. in pr. & §.1. de auct. tut. l. naturaliter* 13. *§.1. de cond. ind.*

Aut ex ea locupletior] Locupletior factus intelligitur, si ex pecunia soluta rem aliquam sibi comparavit, quam etiam nunc habet, *l.4. de except.* aut si ea quovis modo in rem ejus versa sit, *l. si pupilli 66. de solut.* Hoc amplius &, si rem sibi necessariam ex nummis solutis pupillus emit, quam alioqui de suo empturus fuerat, licet ea ante litem contestatam perierit, quasi locupletior factus intelligitur; quia tantundem de suo perditurus erat, etiamsi nummos solutos non accepisset, *l. in pupillo* 47. *§. 1. de solut.* Utrum autem pupillus locupletior factus sit, necne, in hujusmodi quaestionibus eo tempore spectatur, quo agitur, seu tempore litis contestatae, *d. l. in pupillo, §.1. l.4. de except. l. litis 37. de neg. gest.*

Quod si male consumserit] Si pupillus, cui sine tutore aut judice solutum est, pecuniam salvam non habeat, neve ex ea locupletior factus sit, sed male, profuse, ἀσώτως eam consumpserit, non juvabit debitorem doli mali exceptio, sed iterum eandem summam solvere cogitur. Plane si pupillus partem adhuc salvam habeat, aut pars in rem ejus versa sit, hactenus proderit dibitori doli mali exceptio, ne ultra condemnetur, quam pupillo abest. Ex his autem quae disputata sunt, intelligimus quid sibi velit Accursius, qui in *l.7. §.2. de minoribus*, scribit, debitorem pupillarem, solventem triplicem posse consequi liberationem aut securitatem; plenam, pleniorem, & plenissimam. Plenam, si pupillo sine tutoris aut judicis auctoritate solverit, & pecunia pupillo iterum petenti salva sit, inve rem ejus versa. Ut *hic & supra dd. ll.* in quo effectum rei spectavit: nam vi ipsa debitor esse desinit, qui exceptionem perpetuam sibi quaesivit, *l.10. l. creditor 55. l. debitor* 108. *de reg. jur.* Pleniorem, si solverit tutori, ejusve auctoritate pupillo, non interveniente judicis sententia: quo casu quidem liberatio ipso jure procedat, ita tamen, ut relinquatur adhuc metus aliquis restitutionis in integrum, *l.1. Cod. si adver. sol.* Plenissimam, si solutio facta sit auctoritate & decreto judicis; quod cum factum est, etiam restitutionis metus omnis tollatur. Quae eadem Bartoli in *dict. l.7. §. 1.* caeterorumque interpretum distinctio est, ab Antonio Fabro multis quidem verbis, sed nulla probabili ratione improbata, *l.17. conj. 13.*

Ex diverso, pupilli solvere sine tutoris auctoritate non possunt] Quemadmodum pupillus mutuum dando non contrahit obligationem; quia pecuniam non facit accipientis: ita eadem ratione nec solvendo creditori suo, quod debet, liberatur. Caeterum quemadmodum consumptis nummis, quos mutuo dedit, condictio ei nascitur: ita & consumptis, quos dedit in solutum, contingit ei liberatio, *l. non omnis 19. §.1. de reb. cred. l.9. §. 2. de auct. tut. l.14. §. ult. de solut.* Quid ergo, si nummi, quos pupillus sine auctoritate tutoris credidit aut in solutum dedit, casu apud eum, qui accepit, perierint; utrius periculum & jactura erit? Donellus in *d. l. 19. §.1.* Azonem secutus, pupilli periculum esse putat: quoniam ita jus sit, ut res pereat suo domino, *l.6. l.9. Cod. de pign. act.* Sed recte cum *Gloss. & Dd. comm. Zas. ibid. num.* 8. contrarium defendit; ne, quod favore pupilli introductum est, ut ne credendo aut solvendo dominium transferat, in perniciem ejus versatur, contra *l. quod favore, Cod. de legibus*, & quod dicitur, casus fortuitos spectare dominum, hanc exceptionem habere intelligi debet, nisi quis propter favorem dominus remaneat, aut jure singulari dominium non transferat. Hoc enim non debet conditionem accipientis meliorem facere: sed quoad caetera perinde habendum, ac si quis alius credidisset aut soluisset.

TITULUS IX.

C. Lib. 4. Tit. 27.

Per quas personas cuique acquiritur.

Ratio ordinis, & argumentum tituli.

HIC titulus totius superioris disputationis quandam quasi ampliationem continet, ostendens, non solum nobis acquiri ἀμέσως per nosmet ipsos; verum etiam per alios ἐμμέσως. Personae, per quas acquirendi facultatem habemus, enumerantur in principio; ex qua enumeratione perspicuum est, eos, per quos nobis acquiratur, oportere nobis subjectos esse, vel revera, ut sunt liberi nostri, quos in potestate habemus; item servi, tum nostri, tum aliquatenus etiam alieni, in quibus usumfructum habemus: vel justa nostra opinione, ut sunt servi alieni & liberi homines, quos bona fide possidemus. De quibus singulis cum explica-

tum est, removetur hinc persona extranea, utpote per quam excepta causa possessionis nihil acquiri possit: ac postremo ab acquisitione rerum singularum transitur ad modos, quibus acquirimus res universas.

TEXTUS.

Summa.

Acquiritur vobis non solùm per vosmetipsos, sed etiam per eos, quos in potestate habetis: item per servos, in quibus usumfructum habetis: item per homines liberos, & per servos alienos, quos bonâ fide possidetis: de quibus singulis diligentius dispiciamus.

NOTÆ.

Quos bon.fid. possidetis] Ergo non tantum per eos, qui revera nobis subjecti sunt, acquirimus, sed etiam qui justa opinione nostra.

COMMENTARIUS.

Acquiritur vobis] In aliis libris hæc & quæ porro seqvuntur, leguntur in prima persona, *acquiritur nobis, &c.* uti apud Gajum, *l.10. de acquir. rer. dom.* unde hic titulus per magnam partem descriptus est: eoque modo etiam Theophil. hunc locum reddidit, & legendum censent *Cujac. Baro, Wesemb.* Mihi, utro modo legas, parum referre videtur.

In potestate] Non dixit, *in dominio,* sed generaliter, *in potestate*, ut uno verbo & filiosfam. & servos comprehenderet. Nam potestatis verbo in persona liberorum, patria potestas, in persona servi, dominium significatur, *l. potestatis 215. de verb. sign.*

TEXTUS.

De liberis in potestate.

1. Igitur liberi vestri utriusque sexus, quos in potestate habetis, olim quidem quicquid ad eos pervenerat (exceptis videlicet castrensibus peculiis) hoc parentibus suis acquirebant sine ulla distinctione: & hoc ita parentum fiebat, ut etiam esset iis licentia, quod per unum vel unam eorum acquisitum esset, alii filio, vel extraneo donare, vel vendere, vel quocumque modo voluerant, applicare. Quod nobis inhumanum visum est: & generali constitutione emissa, & liberis pepercimus, & parentibus honorem debitum reservavimus. Sancitum etenim à nobis est, ut si quid ex re patris ei obveniat, hoc secundùm antiquam observationem totum parenti acquiratur. Quæ enim invidia est, quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti? Quod autem ex alia causa sibi filiusfamilias acquisivit, hujus usumfructum patri quidem acquirat, dominium autem apud eum remaneat: ne, quod ei suis laboribus vel prospera fortuna accesserit, hoc in alium perveniens, luctuosum ei procedat.

NOTÆ.

1. *Castrensibus peculiis*] Quæ primum filiisfam. militibus concessa; postea etiam veteranis seu militia missis, *pr. inf. quib. non est perm. fac. test.* Juven. *sat. 16.* Postremo ad exemplum castrensis etiam quasi castrense peculium exceptum, quasi militum contemplatione literatæ militiæ, *§.ult.inf.de mil.test.*

Sine ulla Distinctione] Id est, peculium omne paganum pleno jure patri acquirebatur. Non distinguebant inter profectitium & adventitium, neque inter usumfructum & proprietatem.

Generali constitutione] *L.6. C. de bon. quæ lib.* qua, quod circa bona materna & materni generis, item lucra nuptialia jam ante à diversis principibus statutum erat, *l.1. & 2. C. de bon. mat. l. 1. 2. 6. & 7. C. Th. eod. l.1. l.4. C. de bon. quæ lib.* ne ἀσύμβολον abiret, produxit ad bona omnia adventitia.

Honorem debitum] Th. τὸ ἐποφειλόμενον ἐφύλαξεν, *debitum reservavit,* & vox *honorem* abundare videtur, Cujac. quoniam hic non agitur de honoris debito, sed acquisiti. Deest quoque in emendatissimis editionibus, teste Fabrot.

Usumfructum patri] Quidam etiam casus sunt, quibus peculii adventitii plena proprietas filio acquiritur, *l.ult. §.1. C. de bon. quæ lib.* auth. *excipitur,* cum *2. seqq. C. eod. Peculium adventitium,* ξένον, ἐπήλυτον, Gloss. lat. gr. quod aliunde, quam à patre obvenit, & quasi τυχηρῶς.

COMMENTARIUS.

1. *Post occupatam demum remp. filiusfam. primum militibus; deinde etiam veteranis peculium castrense pleno jure concessum: procedente tempore & quasi castrense.*
2. *Quid sit peculium filiifam. quot ejus species, & quid singula.*
3. *Translato in Thraciam imperio primum bonorum maternorum, mox etiam materni generis, & lucrorum nuptialium, novissimè omnium adventitiorum proprietatem filiusfam. concessam, solo usufructu apud patrem relicto.*
4. *Quid moribus nostris & Gallorum.*

Exceptis castrensibus peculiis] Florente republ. peculium filiifam. uniusmodi fuit. Nam ut servus domino, ita filius patri cuncta pleno jure acquirebat: idemque plane jus & in corpus & in bona liberorum pater habebat, quod dominus in servos: cujus rei inter alios testis locuples est Dionys. Halicarnassensis *lib.* 8. Romani, inquit, proprium nihil possident, quamdiu patres eorum in vita manent: sed & pecuniæ & corpora filiorum parentum potestati arbitrioque permissa sunt: omniaque parentibus acquirunt quasi servi, ut πτωχέιελοι
2 καὶ δοῦλοι τῶν πατέρων. Verum Imperatores, ut præmio aliquo adolescentes ad militiæ labores invitarent, eorumque sibi conciliarent studia, castrense peculium filiisfam. pleno jure concesserunt, primum militibus, postea etiam veteranis seu à militia dimissis, *inf. quib. non est perm. fac. test. in pr.* Ex quo filiifam. in hoc peculio jus ac vicem patrumfam. obtinere cœperunt, *l.2. de senat. Mac.* idque significat Juvenalis *satyr.* 16. his versibus;

Nam quæ sunt parta labore
Militiæ, placuit non esse in corpore census,
Omne tenet cujus regimen pater.

Igitur quod ait, *olim quidem*, &c. excipiens peculia castrensia, id ad tempora Julii aut Augusti & sequentia referendum est, *l.1. de testam. mil. d. pr. inf. quib. non est perm. fac. test.* Postremo, nec multo post, ad exemplum castrensis peculii etiam quasi castrense peculium exceptum & filiisfam. permissum est, *§. ult. inf. de mil. test.* Planè hactenus adhuc diu jus vetus patri conservatum fuit, ut si filius intestatus decessisset, bona castrensia pater jure peculii occuparet, *l.2. de castr. pec.* de quo plura alibi.

Sine distinctione] Profectitii scilicet vel adventitii peculii, proprietatis & ususfructus, inter quæ primus Justininnus est, qui differentiam generali lege
2 introduxit. Ex his porro patet, quicquid filiusfam. habet, sive concessione patris, sive partum suo labore aut aliena liberalitate collatum, id uno nomine peculium filiifam. appellari; atq; hoc docendi gratia ex ratione novi juris in duo genera posse dividi, ut dicamus peculium filiifam. esse vel militare, vel paganum; & utriusque iterum duas esse species inferiores, illius castrense & quasi castrense, hujus profectitium & adventitium. Castrense est, quod per occasionem armatæ militiæ filius sibi acquisivit: quo quid contineatur, docent *l. castrense* 11. *de castr. pec. l.1. C. eod.* Quasi castrense est, quod in toga operam reipubl. navans paravit, puta ex professione liberalium artium, ex officiorum publicorum emolumentis, ex patrociniis causarum, & urbana illa inermique militia, *l. ult. C. de inoff. testam. l.4. l. advocati C. de adv. div. jud.* Liberalitatem quoque à Principe in filiumfam. collatam instar castrensis peculii haberi placuit, *l.7. C. de bon. quæ lib. in pot.* Utrumque hoc genus ita proprium filiifam. esse placuit, ut de eo statuere possit non secus ac si paterfam. esset, *d. pr. inf. quib. non est perm. fac. test. l.1. §. nec castrense* 15. *de collat. l.2. de sen. Mac. Add.* quæ notavimus sub *§. ult. inf. de mil. test.* Profectitium peculium est, quod à patre sive contemplatione patris ab aliis ad filium proficiscitur. Adventitium, quod aliunde filio obvenit, sive id laboribus suis acquisivit extra causam armatæ aut togatæ militiæ, sive prospera fortuna ei accessit, puta ex maternis maternive generis hæreditatibus, lucris nuptialibus, legatis, & hæreditatibus amicorum, *l.6. C. de bon. quo lib. & hoc text. in fin.* Illud totum patri secundum antiquam observationem adhuc acquiritur; hujus in universum proprietas filio data est constitutione Justiniani, solo usufructu patri relicto: de quo mox fusius.

Alii filio vel extraneo donare] Consequens hoc omnino rationi antiqui juris. Nam cum utriusque hujus peculii pleno jure pater dominus esset, licere utique etiam ei debuit pro arbitrio de utroque statuere, & quod labore Titii filii acquisitum esset, Mævio donare, vel in proprias rationes convertere. Hinc porro etiam est, quod patre mortuo peculium paganum omne, nisi legatum esset, fratribus conferendum erat, *l. certum* 13. *C. fam. erc. l. filiæ* 12. *C. de collat.* quod in adventitio mutavit Justinianus, *l. ult. C. d. tit.* convenienter priori suæ constitutioni, *l. cum oportet* 6. *C. de bon. quæ lib. in potest.*

Generali constitutione emissa] Cum olim bona omnia adventitia non minus, quam profectitia, 3
pleno jure patris essent, Constantinus detraxit bona materna, quorum usumfructum tantum patri, filio proprietatem tribuit, *l.1. C. de bon. matern. l.1. & l.2. C. Theod. eod.* Gratianus, Valentinianus, & Theodosius idem statuerunt de bonis materni generis, id est, ex materna cognatione delatis, *l.6. C. Theod. eod.* eosque secuti Arcadius & Honorius, *l.2. C. d. tit. l.7. C. Theod. eod.* Theodosius porro & Valentinianus, Leo & Anthemius hoc etiam ad lucra nuptialia & sponsalitia produxerunt, *l.1. l.4. C. de bon. quæ lib.* Postremo Justinianus generali constitutione emissa, quacunque ex causa filio quid acquisitum esset, quod adventitio peculio attribueretur, id omne ejusdem juris esse voluit, *d. l. cum oportet C. eod. tit.*

Si quid ex re patris, hoc secundum antiquam observationem] In profectitio peculio nihil Justinianus mutavit: sed quicquid ex re patris filio obvenit, id totum vult patri acquiri, secundum observationem juris antiqui. Planè potest nihilominus aliquid commodi ex concessione hujus peculii ad liberos redire: nam & emancipatos sequitur, nisi nominatim ademptum sit, *l. donationes* 31. *§.2. de donat.* & bo-

& bonis patris publicatis separatur & conservatur liberis, *l. 3. §. sed utrum 4. in fin. de minor.* Ait, *ex re patris in d. l. cum oportet, ex substantia patris.* Quid igitur dicemus, si quid filio obvenerit, non quidem ex re aut substantia patris, sed patris occasione & contemplatione? Dd. *hinc & in d. l. cum oportet*, id quoque peculii profectitii esse volunt, *arg. l. si serv. 21. cum l. seq. de usuf.* ubi quod servo fructuario relinquitur aut donatur contemplatione fructuarii, id fructuario acquiri dicitur, tanquam ex re ejus quæsitum, *facit l. sed si plures 10. §. in arrogato 6. in fin. de vulg. & pup. subst.*

Usumfructum patri acquirat, dominium apud eum remaneat] Dominium posui pro nuda proprietate, uti & in *d. l. cum oportet.* Hæc autem proprietatis concessio non tribuit filio jus eam sine patris consensu alienandi; *l. ult. §. ipsum autem 5. C. eod.* Si usufructus filio relictus sit, hic totus acquiretur patri; at eo mortuo redibit ad filium; *l. ult. C. de usufr.* Nonnunquam & plena proprietas filio acquiritur: quod Justinianus primo introduxit in hæreditate, quam filius renuente patre adiisset, *d. l. ult. §. 1.* postea etiam in pluribus casibus; in rebus ea lege filio datis, ne usufructus ad patrem perveniret; in hæreditate fratris & sororis, ad quam una cum filio pater admittitur; item in iis rebus, quæ filio deferuntur ob delictum patris, qui divortium fecit sine causa, *auth. excipitur & 2. seqq. C. de bon. quæ lib.* Moribus nostris & Gallorum adventitia omnia, sicut castrensia & quasi, filii sibi, non patri, & in solidum acquirunt: in profectitiis tantum antiqvum jus acquirendi per filium patri relictum est, *Gudelin. de jur. noviss. lib. 1. c. 14. Chassan. in consvetud. Burgund. §. 1. tit. Des enfans de plusieurs lits. ad vers. & fait les fruits. Pet. Gregor. syntagm. 11. c. 8. num. 21.* Enimvero quod provenit ex quæstu aut opera liberorum, quos parentes enutriunt, id pleno jure parentibus acquiritur, *Grot. 1. manuduct. c. 6. add. Groenevv. de leg. abrog. hic.*

TEXTUS.

De emancipatione liberorum.

2. *Hoc quoque à nobis dispositum est & in ea specie, ubi parens emancipando liberos suos ex rebus, quæ acquisitionem effugiebant, sibi tertiam partem retinere (si voluerat) licentiam ex anterioribus constitutionibus habebat, quasi pro pretio quodammodo emancipationis: & inhumanum quiddam accidebat, ut filius rerum suarum ex hac emancipatione dominio pro tertia parte defraudaretur: & quod honoris ei ex emancipatione additum erat, quod sui juris effectus esset, hoc per rerum deminutionem decrescere. Ideoque statuimus, ut parens pro tertia parte dominii, quam retinere poterat, dimidiam non dominii rerum, sed ususfructus retineat. Ita etenim res intactæ apud filium remanebunt, & pater ampliore summâ fruetur, pro tertia, dimidia potiturus.*

NOTÆ.

2 *Liberos suos*] Th. τὸ παῖδα Cujac. Hotom. Fabrot. *liberum suum*, numero singulari, ut *inf. de serv. cogn. in pr. & l. 33. C. de inoff. testament.* Aurel. Victor: *Nerva Trajanum in liberi locum adoptavit.*

Anteriorib. constitutionib.] Intelligit *l. 1. & 2. C. Th. de matern. bon.* quæ Constantini sunt, *l. 6. §. 3. C. de bon. quæ lib.*

Pro pretio emancipationis] Quasi remunerationis gratiâ *d. l. 1. & 2. d. l. 6. §. 3.* pro præmio delatæ emancipationis, *l. 3. C. de bon. matern.* nam emancipatio beneficium est quærendorum bonorum *l. 1. si à par. quis man.*

Quod honoris] Honorificum est filio, suæ potestatis & caput familiæ evadere.

COMMENTARIUS.

1. *Cur, cum peculium profectitium, si pater id non ademerit, sequatur filium emancipatum, dimidia ususfructus adventitiorum, etiam expressè non reservata patrem.*

Emancipando liberos suos] Cujac. Hotom. Wesemb. *liberum suum*, numero singulari: quomodo etiam loquitur Justinianus *l. si quis 33. C. de inoff. testam. & inf. de serv. cogn. in pr.* legitur, *liberum vel liberos.* Veteres autem semper in numero multitudinis ea voce usi sunt, & unum etiam filium filiamve liberos appellarunt, teste Gell. *lib. 2. c. 13.* quod & Gajus confirmat *l. non est 148. de verb. sign.* ubi scribit, non esse sine liberis, cui vel unus filius filiave est. Hæc enim, inquit, enunciatio, *habet liberos, non habet liberos*, semper plurativo numero profertur; sicut & pugillares & codicilli. Glossa Græc. Lat. τέκνα, *liberi, pluraliter tantum declinatur.* Quod autem Valla *lib. 3. elegant. 8.* scribit, liberum pro filio se & apud Paulum & apud Gajum reperire, existimo esse ἁμάρτημα μνημονικὸν, eumque Paulum & Cajum dixisse pro Modestino & Ulpiano. Nam apud Modestinum *l. jus agnationis 34. de pact.* legit, *nolle suum liberum esse*, ut vulgatæ editiones habent: sed Florentina nos docuit, legendum, *nolle suum esse.*

 Apud

Apud Ulpianum *l. nemo* 126. §.1. *de regul. jur. qui liberum acquisierit.* Sed & hic in Florentino Codice est, *qui libertam acquisierit*, quomodo procul dubio legendum. Meminit Valla etiam Quintiliani, sed nec locum, nec verba citat.

Ex rebus, quæ acquisitionem effugiebant] Id est, ex iis bonis adventitiis, quorum proprietas filio, non patri acquirebatur, ex Græcorum Impp. constitutionibus; quo in numero erant bona materna & materni generis, item nuptialia & sponsalitia lucra, ut notatum §. *præc.* Cave igitur intelligas pecula castrensia aut quasi: nam eorum nihil apud patrem emancipatorem relictum fuisse ipse Justinianus apertè testatur *d. l. cum oportet §. cum autem* 3. *C. de bon. quæ lib.* unde hic §. descriptus.

Quasi pro pretio emancipationis] Constantinus *l.* 1. *& l.* 2. *C. Theod. de bon. matern.* censuit; æquum esse, ut filius patrem emancipatorem remuneraretur, offerretque patri tertiam partem bonorum maternorum, quorum proprietatem liberis in potestate manentibus concesserat, aut ut jus esset patri tantam horum bonorum partem sibi retinere: idque pro honore & beneficio emancipationis in filium collato: quippe quo filius consequitur, & ut sui juris ac caput ipse familiæ esse incipiat; quod ei honorificum est; & ut pleno jure deinceps omnia possideat, sibique acquirat; quod lucrosum. Et hoc est, quod Justinianus hic significat his verbis, *quasi pro pretio emancipationis:* quod in constitutione sua sic expressit, *quasi remunerationis gratia, d. l. cum oportet §.* 3. Præmium delatæ emancipationis appellant Theod. & Valent, *l.* 3. *C. de bon. matern.*

1 *Pro tertia parte dominii. dimidiam usufructus*] Justiniano duriusculum visum fuit, liberos specie honoris tam gravem jacturam rerum suarum pati, ut tertiam earum partem parens manumissor auferret, sibique pleno jure haberet. Neque tamen æquum putavit, nihil omnino remunerationis in vicem accepti beneficii liberos rependere. Qua de causa ipse sic statuit, ut pater pro tertia parte, quam ex prioribus constitutionibus de bonis filii maternis & lucris nuptialibus pleno & perpetuo jure dominii retinebat, partem dimidiam non dominii, sed usufructus consequeretur; idque locum haberet in cæteris quoque adventitiis, postquam hujus generis bona omnia ejusdem juris esse voluit, Ita factum ut nec liberi quicquam de dominio rerum suarum amitterent, nec causam conquerendi haberent parentes, concesso iis pro præmio emancipationis fructu tantæ partis bonorum. Hoc autem ita obtinere Justinianus censuit, etiamsi pater in emancipatione sibi hoc præmium non expressè reservarit, *d. l. cum oportet §. cum autem*, cum tamen peculium profectitium, quod totum pleno jure patris est, filium emancipatum sequatur, tanquam à patre tacitè donatum, si pater id non ademerit, *l. donationes* 31. §.2. *de donat. arg. l. si Sticho.* 53. *de pecul. l. un. C. de pecul. ejus. qui lib. mer. §. si peculium* 20. *inf. de legat.* Differentiæ rationem hanc affert Iaon, Faber, quod præmium emancipationis est ex provisione legis, quæ patri prospexerit in peculio, cujus ille adimendi potestatem non habebat: in peculio autem profectitio nihil opus fuit provisione legis; quandoquidem ipse pater pro arbitrio suo de eo statuere possit, & qui hoc ipso, quod non adimit, concedere ita tacitè intelligatur. Cui addit D. Bachovius, quod peculii profectitii naturalis possessio penes filium est, adventitii penes patrem, utpote usufructuarium: itaque illud, si ademptum non sit, quasi ultro à patre relictum & filio concessum intelligi: in hoc autem, quod pater ipse detinet, atque apud se habet, jus suum sibi servare velle, beneficioque uti, nisi inter emancipandum juri suo renunciaverit, vel donatione facta hoc ab sese in liberos transtulerit, *d. l. cum oportet, §. cum autem.*

TEXTUS.
De servis nostris.

3. Item vobis acquiritur, quod servi vestri ex traditione nanscìscuntur, sive quid stipulentur, sive ex donatione, vel ex legato, vel ex qualibet alia causa acquirant. Hoc enim vobis & ignorantibus & invitis obvenit. Ipse enim servus, qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest. Sed si hæres institutus sit, non alias, nisi vestro jussu, hæreditatem adire potest. Et, si vobis jubentibus adierit, vobis hæreditas acquiritur, perinde ac si vos ipsi hæredes instituti essetis. Et convenienter scilicet vobis legatum per eos acquiritur. Non solùm autem proprietas per eos, quos in potestate habetis, vobis acquiritur, sed etiam possessio. Cujuscunque enim rei possessionem adepti fuerint, id vos possidere videmini. Unde etiam per eos usucapio vel longi temporis possessio vobis accidit.

NOTÆ.

3. *Et convenienter*] Nempe regulæ initio positæ, quod per servos nobis ex qualibet causa acquiritur, etiam ignorantibus & invitis. Nam & hoc in legato obtinet: quippe quod lucrum tantum continet, non etiam damnum, ut hæreditas, *l.* 32. *D. mandat.*

COM-

COMMENTARIUS.

1. *Cur. per servos nobis acquiratur & ingnorantibus & invitis.*
2. *Cur hinc excepta hæreditas.*
4. *An possesio per servum domino ignoranti acquiratur.*

DIctum hactenus est, quatenus per liberos nostros acquirimus: sequitur de acquisitione per servos; in qua jus vetus per omnia servatur, traditum à Cajo *l. 10. §. 1. & deinceps. de acq. rer. dom.* & huc translatum. Id tale est, ut quicquid servus acquirit, sive ex causa peculii (quod in persona servi unius generis est, nempe quod permissu domini separatum à rationibus dominicis habet, *l. 5. §. ult. d. pecul.*) sive extra eam quacumque ex alia causa, id totum acquirat domino.

Sive quid stipulentur] Subobscurè hoc dictum videtur, pro, *sive quid ab se stipulatum per traditionem nanciscantur.* Nam etsi verum est, servos nostros stipulantes nobis obligationem ex stipulatione acquirere; *inf. per quas pers. obl. acq. §. 1. inf. de stip. serv.* sub hoc tamen titulo non quæritur, per quas personas nobis obligatio acquiratur sed dominium sive proprietas, & possessio.

Ignorantibus & invitis] *l. etiam invitis 32. de acq. rer. dom. l. quemadmodum 46. de jur. dot.*
1 Hujus autem necessariæ acquisitionis non alia ratio quærenda, quam quæ hic & apud Gajum *d. loc.* relata est; nimirum quia ipse servus, qui in alterius potestate est, nihil suum habere potest. Fit ergo hæc acquisitio ipso iure; ratione scilicet potestatis, quæ facit, ut ne momento quidem aliquo res subsistere possit in persona ejus, qui in potestate est, & per quem acquiritur; sed protinus & necessario acquiratur ei, qui in potestate habet, domino vel patri. (nam & filiusfam. qua talis, huc pertinet, *l. placet. 79. de acq. hær.*) quorum etiam vicem in acquirendo servus ac filiusfam. sustinet, & quibuscum hactenus una persona esse finguntur. Non obstat, quod dicitur, nolenti & invito beneficium non acquiri, *l. hoc jure 19. §. 2. de donat. l. invito 69. de reg. jur.* non enim beneficii, sed juris ratio facit, ut sic domino per servum acquiratur. Quod si dominus id, quod sibi ita quæsitum est, habere nolit, licet ei id repudiare aut abjicere. D. Tuningius ut hanc objectionem effugiat, duos quasi gradus in hac acquisitione considerat, unum in persona acquirentis, in qua acquisitionis initium : alterum in persona nostra, in qua progressus quidem numeretur: ad initium quod attinet, ait, invitis nobis acquiri: quoad progressum atque absolutionem, non nisi volentibus. Sed non est necesse, ut eo confugiamus, & fit hæc acquisitio in momento, *d. l. placet de acq. hær.* frustraque alias exciperetur hæreditas.

2 *Sed si hæres institutus sit, non alias nisi vestro jussu*] Exceptio proximè præcedentis regulæ, Hæreditas quidem & ipsa per servus nostros hæredes institutos nobis acquiritur; cæterum non eodem modo, quo ex cæteris causis per eos acquirimus, ut etiam ignorantibus nobis & invitis acquiratur, sed volentibus duntaxat & jubentibus eos hæreditatem adire. Quod si jussu nostro non expectato adierint, nihil agunt, *l. si quis 25. §. jussum 4. de acq. hær.* Hoc autem cur ita placuerit, minimè obscurum est, ne scilicet in potestate servi esset domini conditionem deteriorem facere, ignorantem eum obligando æri alieno hæreditario, quod sæpè excedit vires patrimonii defuncti, *l. 6. d. tit.* Illud enim notum est, eum, qui hæres efficitur, non tantum acquirere, sed etiam obligari, & implicari oneribus hæreditariis.

Et convenienter vobis legatum] Convenienter non ei, quod proximè præcedit de acquisitione hæreditatis, quæ hoc proprium habere dicta est, ut non acquiratur per servum sine jussu domini; sed regulæ initio positæ, quod per servos nobis acquiritur ex omnibus causis. Si ex causis omnibus, igitur & ex causa legati. Ex hac vero causa proculdubio etiam ignoranti & invito domino per servum acquiretur, sicut ex cæteris, excepta hæreditate, *l. etiam invitis 32. de acq. rer. dom.* nam ratio exceptionis, quæ in hæreditate est, cessat in legato, quod purum semper & liquidum lucrum affert, *l. si hæreditatem 32. mandat.* Planè jejuna quædã hic repetitio est de legato, quippe cujus jam in *pr. hujus §.* mentio facta: sed Tribonianus hunc locum ex Gajo *d. l. 10. §. 1. de acq. rer. dom:* describens, incautè initium illius §. interpolavit. nam Gajus legati non meminit nisi semel, & demum in calce *d. §. 1.*

Non solum proprietas. sed etiam possesio] An possessio per servum nobis acquiratur causa est, cur dubites. Hæc enim res non juris, sed facti est, *l. 1. §. 3. & 4. de acq. poss. l. denique 19. ex quib. ca. maj.* ea autem quæ facti sunt, non transeunt ad dominum, sed in persona ipsius servi consistunt, *l. qui hæredi 44. de cond. & dem. §. 2. inf. stip. serv.* ut proinde dicendum videatur, etiam possessionem in persona servi subsistere debere, nec domino per servum eam acquiri. Verum possessio non corporis tantum & facti est, sed etiam juris, teste Papiniano in *l. possesio 49. §. 1. de acq. poss.* aut potius, ut idem Papinianus in *pr. d. l.* hoc exprimit, ita facti est possessio, ut cum de ea acquirenda, retinenda aut transferenda agitur, plurimum ex jure mutuetur: inter quæ hoc etiam est, ut per eos nobis acquiratur possessio, per quos res cæteræ utiq; si nostro nomine possessionem apprehendant. Cum autem generaliter & simpliciter tum hic, tum 5
apud Gajum *d. l. 10. §. 2. de acq. rer. dom.* scriptum sit, non solum proprietatem, sed etiam possessionem nobis per servos acquiri, & cujuscumque rei possessionem adepti fuerint, id nos possidere videri, ap. Ulpia-

pianum *l. si me* 34. *§. ult. de acq. poss.* hoc etiam amplius, servum meum ignoranti mihi possessionem acquirere: hinc Glossa & comm. Dd. crediderunt, æquè per servum quacumque ex causa possessionem domino etiam ignoranti acquiri, ac res cæteras excepta hæreditate. Sed verior est eorum sententia, qui in acquirenda per servum possessione putant causam peculiarem ab aliis separandam, ut si quidem ex causa peculiari possessionem nactus sit, ea etiam ignoranti domino acquiratur; si extra causam peculii, non nisi scienti: quæ distinctio apertè proponitur, *l.* 1. *§. item acquirimus* 5. *l.* 3. *§. cæterum* 12. *l. quod servus* 24. *l. peregre* 44. *§.* 1. *de acq. poss.* Sed & ratio diversitatis iisdem locis perspicuè indicatur: nimirum cum ea possessionis conditio sit; ut non nisi animo & corpore acquiri possit; *d. l.* 3. *pr.* & licet corpore alieno, animo tamen non nisi nostro, nobisque volentibus; *d. l.* 3. *§. cæterum l. ea quæ* 53. *de acq. rer. dom.* hunc animum nostrum in earum quidem rerum possessione, quam servi ex causa peculiari adipiscuntur, quodammodo & in genere saltem concurrere, eosque quasi voluntate nostra intelligi possidere, eo quod peculium eos habere permisimus: in rebus autem non peculiaribus nullam omnino voluntatem domini acquisitionem antecedere, ac propterea ad possessionem in his causis acquirendam specialem domini voluntatem certamque scientiam necessariam esse, *d. l. peregre. §.* 1. Sic igitur temperandum erit, sicubi simpliciter, quemadmodum hic, scriptum legamus, per servos nobis acquiri possessionem, aut acquiri nobis ignorantibus, ut in *d. l.* 34. *§. ult. eod.*

Vnde etiam per eos usucapio] Gajus *d. l.* 10. *§.* 2. hoc sic expressit; *unde etiam per eorum longam possessionem dominium nobis acquiritur.* In peculiaribus rebus uti ignorantibus nobis possessio acquiritur, ita receptum est, ut etiam ignorantes ex eadem causa usucapiamus: cum alioqui possessio ignorantibus nobis quæsita, veluti per procuratorem, ad usucapionem non prosit, nisi postquam scientia nostra intervenerit, *l. si emptam* 47. *de usuc. l.* 1. *C. de acq. poss.* quod plenius explicabimus *sub §. pen. hujus tit.*

TEXTUS.

De fructuariis & bona fide possessis.

4. *De iis autem servis, in quibus tantummodo usumfructum habetis, ita placuit: ut quicquid ex re vestra, vel ex operis suis acquirunt, id vobis adjiciatur: quod verò extra eas causas consecuti sunt, id ad dominum proprietatis pertineat. Itaque si is servus hæres institutus sit, legatumve quid ei, aut donatum fuerit, non usufructuario, sed domino proprietatis acquiritur.*

NOTÆ.

De iis servis] Ex *l.* 10. *§.* 3. *de acq. rer. dom. l.* 21. *de usufr.*

Ex operis suis] Puta si sutor sit, aut pictor, aut faber, & pro opera hujusmodi mercedem acceperit, *l.* 26. *de usufr.* Quid si ex superioribus causis, nominatim domino proprietatis stipuletur, aut nomine ejus rem accipiat? Acquirit domino proprietatis, *l.* 25. *§.* 3. *d. t. l.* 37. *§. pen. de acq. rer. dom.* Cæterum placet fructuarium condicere id posse, *l. pen. de stip. serv.*

Hæres institutus, &c.] *D. l.* 10 *§.* 3. *l.* 47. *l.* 49. *de acq. rer. dom. l.* 25. *pr. de acq hær.* excipe, nisi quid horum factum contemplatione fructuarii, *l.* 22. *& seq. de usufr.* quo casu servus ex re fructuarii, non opera sua fructuario acquirere intelligitur, *l.* 45. *d. t.* ne objici possit, quod aditio hæreditatis non sit in opera servili, *d. l.* 45. *in pr.*

COMMENTARIUS.

1. *Cui acquirat servus fructuarius, si dicat se domino proprietatis accipere ex re fructuarii.*
2. *Aditionem hæreditatis non esse in opera servili, & quare.*
3. *Servum contemplatione fructuarii hæredem institutum, fructuario hæreditatem acquirere; & jussu ejus, non domini, adire.*

Quæ de quærendo per servos dominio aut possessione dicta sunt *§. præc.* ea locum habent, cum quis plenam in servo proprietatem habet. Quod si apud alium ususfructus servi sit, apud alium nuda tantum proprietas, hic ex duabus causis fructuario per hunc servum acquiritur, ex re scilicet fructuarii, & servi operis; ex cæteris causis proprietario. Idemque juris servatur in eo, qui bona fide servit, ut ex iisdem causis acquirat bonæ fidei possessori, ex cæteris aut sibi, si liber est, aut domino, si servus: de quibus nunc porro sequitur.

Ex re vestra vel operis suis] *L.* 10. *§.* 3. *de acq. rer. dom. l. si servi* 21. *de usufr.* Ex re fructuarii, veluti si servus, cum fructuarius eum dispensatorem fecisset, rem aliquam ex nummis fructuarii comparavit, aut rem fructuarii locavit, pecuniam fœneravit, &c. Hic enim res empta, merces locationis, usuræ, pecuniæ creditæ quærentur fructuario, *l.* 1. *C. de rei vind. l servus* 43. *§. ult. de acq. rer dom.* Ex operis servi, verbi gratia, si sutor sit, aut pictor, aut faber, atque ex hujusmodi aut simili opera alii præstita aliquid paravit, mercedem scilicet operæ, *l. si operas* 26. *de usufr.* Sed quid si dicat servus, se domino proprietatis accipere, quod ex re fructuarii ei traditur? Hoc 1 casu totum domino proprietatis acquiret. Nam & nominatim stipulando domino proprietatis ex re fructuarii aut operis suis, eidem acquireret, *l. per servum* 37. *§. pen. de acq. rer. dom. l. sed et si* 25. *§. quæstionis* 3. *de usufr.*

de usufr. Et facit hoc quidem ratio summi juris: cæterum quod ita domino proprietatis quæsitum est, placuit fructuarium condicere posse, *l. pen. de stip. serv.* Cur vero tantum ex duabus istis causis placeat acquiri fructuario, ratio hæc est, quod quæ ex istis causis acquiruntur, fructuum vicem obtinent, cætera in fructu non sunt.

Extra eas causas] Extra superiores causas habetur, quod servus fructuarius ex re pecuniave alterius consecutus est, puta ex peculio, quod à proprietario habet, aut si quid servo donatum legatumve sit, aut si hæres sit institutus. Idcirco placet, nihil horum per servum fructuario acquiri, sed omnia hæc acquiri domino proprietatis, *d. l. 10. §. 3. l. servus 43. l. fructuario 47. l. quod fructuarius 49. de acq. rer. dom. l. si quis 25. de acq. hær.* De hæreditate à quibusdam olim dubitatum est, propterea quod in aditione factum servi interveniat, *l. liber 19. de acq. rer. dom.* & sine hujusmodi facto servi nec domino hæreditas acquiri possit, *l. 3. C. de hær. inst.* Sed obtinuit, aditionem hæreditatis non esse in opera servili, *l. aditio 45. de acq. hær. d. l. fructuario 47. de acq. rer. dom.* & rectè: nam aditio factum quidem est, sed opera non est: quippe cum opera non sit sine labore; qui in aditione nullus est.

Si hæres institutus, legatumve quid ei, &c.] Hoc etiam generaliter sic traditum est *l. 10. l. 47. l. 49. de acq. rer. dom. l. 25. de acq. hær.* Alibi tamen hæc extat exceptio, nisi servus hæres institutus sit, legatumve quid ei aut donatum fuerit contemplatione fructuarii: quod enim ita relictum datumve servo fructuario est, id per eum fructuario acquiri, non proprietario, *l. si servi 21. & l. seq. de usufr.* eademque distinctio probata est in specie non dissimili: *l. facta 63. §. si hæres 4. ad sen. Trebell.* & in terminis hominis liberi bona fide possessi; cujus in hac causa, & servi fructuarii, eadem ratio, *l. aditio 45. §. ult. de acq. hær.* Neque tam exceptio hæc est, quam interpretatio & declaratio quædam superioris regulæ, quæ definit, nihil per servum fructuarium fructuario acquiri, præterquam ex re fructuarii, aut ex servi operis. Docet nimirum ista distinctio, quod contemplatione fructuarii datum aut relictum est, extra illas duas causas non acquiri: quamvis enim hoc fructuario non acquiratur ex servi opera, intelligi tamen acquiri ex re fructuarii, cui qui donavit aut reliquit, rem quæsitam voluit, *d. l. aditio §. ult. de acq. hær.*

2 Ex quo etiam perspicuum est, falli Glossam, Joan. Fab. Cantiunc. *hic.* Bart. *in d. l. 25. de acq. hær.* & quotquot sunt, qui scribunt, servum fructuarium, ut maxime contemplatione fructuarii hæres institutus sit, non posse hæreditatem jussu fructuarii adire, eamque per aditionem directo acquirere fructuario, sed adeundam esse jussu proprietarii, cui etiam stricta ratione hæreditas acquiratur, sed restituenda fructuario condictione sine causa, ut in casu *l. pen. de stip. serv.* Fefellit eos, quod putaverunt, prius esse, ut aditio hæreditatis contra expressi juris auctoritatem statuatur esse species operæ servilis, quam in casu proposito dici possit, servum jussu fructuarii adeuntem hæreditatem fructuario acquirere. Quod non ita est: neque enim ex causa operæ servilis hæc acquisitio defenditur, sed ex capite altero, quia scilicet hoc casu servus ex re fructuarii acquirere intelligitur, ex qua causa vel maximè fructuario acquiri constat, *d. l. aditio 45. §. ult. de acq. hæred.* 3 Ubi ex hoc eodem fundamento Jurisconsultus defendit, liberum hominem bona fide à me possessum, & mei contemplatione hæredem institutum, meo jussu adire & mihi acquirere hæreditatem posse. Bonæ fidei autem possessoris & fructuarii eadem planè in his quæstionibus ratio est, ut mox docebitur: *consent. Ias. in d. l. 25. de acq. hær. Mynsf. Bach. hic.* Movere autem neminem debet, quod quibusdam locis generaliter definitur, servum fructuarium jussu ejus, qui usumfructum, in eo habet, adire hæreditatem non posse, ut *d. l. 25. in pr. & d. l. aditio 45. §. pen.* Hujusmodi enim loci accipiendi sunt de servo simpliciter instituto, non contemplatione fructuarii: quo casu si per servum fructuario acquireretur hæreditas, acquireretur extra superiores duas causas, quod ratio juris non permittit. Sic cum in hoc nostro §. & *d. l. 10. §. 3. de acq. rer. dom.* generaliter scriptum sit, quod servo fructuario donatur aut relinquitur, id acquiri proprietario; nemo tamen est, qui neget, admittendam hic esse illam sive exceptionem sive interpretationem, nisi quod servo donatum relictumve sit contemplatione fructuarii: quod alibi certo jure traditum est. Quod vero Paulus in *l. quod fructuarius 49. de acq. rer. dom.* scribit, quod extraneus servo fructuario donat, indistinctè soli proprietario acquiri; id non eo pertinet, ut excludat insignem & receptam distinctionem inter id, quod contemplatione fructuarii aut simpliciter servo donatum est; sed eam, quam ipse in proponit in fructuario donante. Planè ex generali horum locorum definitione evidentnr evincitur, errare eos, qui contendunt, quod servo fructuario donatur aut relinquitur, in dubio præsumendum, donatum aut relictum contemplatione fructuarii: quod tamen tanquam certum tradit D. Dionys. Gothofred. *in annot. ad Schneid.*

TEXTUS.

5. *Idem placet & de eo, qui à vobis bona fide possidetur, sive is liber sit, sive alienus servus. Quod enim placuit de usufructuario, idem*

idem placet & de bonæ fidei possessore. Itaque quod extra istas duas causas acquiritur, id vel ad ipsum pertinet, si liber est, vel ad dominum, si servus est. Sed bonæ fidei possessor, quum usuceperit servum, (quia eo modo dominus fit) ex omnibus causis per eum sibi acquirere potest. Fructuarius vero usucapere non potest: primum quia non possidet, sed habet jus utendi fruendi: deinde quia scit, servum alienum esse. Non solum autem proprietas per eos servos, in quibus usumfructum habetis, vel quos bona fide possidetis aut per liberam personam, quæ bona fide vobis servit, vobis acquiritur, sed etiam possessio. Loquimur autem in utriusque persona secundũ distinctionẽ, quam proxime exposuimus, id est, si quam possessionem ex re vestra, vel ex suis operis adepti fuerint.

COMMENTARIUS.

1. *An bonæ fidei possessor, quod ex operis servi paratum extat, domino servum vindicanti restituere teneatur.*
2. *Verumne sit simpliciter, quod Justinianus ait, fructuarium non possidere.*

De iis, quos bona fide possidemus, idem jus est, quod de servis fructuariis, ut scilicet qui bona fide alicui servit, sive servus alienus est, sive homo liber; quicquid ex re ejus, cui servit, acquirit, quicquid item ex operis suis, id acquirat ei, cui servit, & à quo bona fide possidetur, *d. l. 10. §. idem placet*, *l. liber. 19. de acq. rer. dom.* Hactenus tamen, quatenus possessor bona fide possidebit, & quamdiu ita possidebit: nam si scire cœperit, eum, qui bona fide servit, hominem liberum aut alienum servum esse, continuo per eum acquirere posse desinit, *l. qui bona 23. §. 1. l. quæsitum 40. eod.* Quod extra duas istas causas acquiritur, placet vel ad ipsum, qui bona fide possidetur, pertinere, si liber est, vel ad dominum, si servus est. Extra eas causas maxime est hæreditas, legatum, donatiove, *d. l. liber. l. homo 54. eod.* Cæterum & in persona ejus, qui bona fide possidetur, recipiendum temperamentum superius, nisi quid donatum relictumve sit contemplatione bonæ fidei possessoris, cui hoc casu etiam ista acquiri placet, *l. aditio 45. §. ult. de acq. hær.*

Itaque quod extra istas duas causas] Quoniam ut supra notavimus, istud in fructu non est: ea autem sola, quæ in fructu sunt, bonæ fidei possessoris fiunt, 1 uti & fructuarii: Quæri potest in persona bonæ fidei possessoris, (in fructuarium enim hujusmodi quæstio non cadit) an, quemadmodum is fructus ex fundo alieno perceptos & extantes adhuc vindicanti rem suam domino restituere tenetur, juxta ea, quæ tradita & notata sunt *§. si quis 35. sup. de rer. div.* eodem modo etiam quod pecuniæ aut rei ex operis servi paratum extat, apud eum, cui bona fide servit, domino servum evincenti restituendum sit. Quæstionem propono de rebus ex operis servi possessori quæsitis? vix enim dubitari potest, quin quod ex re possessoris quæsitum est, perpetuo atque irrevocabili jure possessoris efficiatur. Atque possessori parantur ex operis servilibus, ea cum fructibus fundi comparari passim videas, *l. qui scit. 25. §. 1. de usur. l. quæsitum 40. in fin. de acq. rer. dom.* Existimo tamen, etiam hæc bonæ fidei possessori irrevocabiliter acquiri, eique cedere in compensationem alimentorum, aliarumque impensarum, quæ necessario in servum fiunt, nec certo æstimari queunt. Neque obstat prædicta comparatio: nam ex ea minime sequitur, eandem harum rerum & fructuum in omnibus rationem esse, & in *d. l. quæsitum* conferuntur hæc cum fructibus consumptis, quos lucrari bonæ fidei possessorem certum est.

Sed bonæ fidei possessor quum usuceperit] Bonæ fidei possessor usucapione perfecta quacunque ex causa per servum acquirit: quia usucapio pleno jure dominum eum facit. Hoc ad hominem liberum bona fide possessum non pertinet: quippe cujus nulla usucapio est.

Fructuarius usucapere non potest, &c.] Ait cum Gajo *d. l. 10. §. ult. de acq. rer. dom.* usufructuarium usucapere non posse; idque duplici de causa, tum quia non possidet, tum propter malam fidem, quia scit, servum alienum esse. Horum autem vel alterutrum satis est ad impediendam usucapionem; utpote quæ nec sine possessione, nec sine bona fide possessoris, putantis rem suam esse, procedere potest, ut demonstratum *sup. tit. de usuc.* Et de scientia quidem fructuarii res certa est: neque enim ignorare potest, se earum rerum, quarum usumfructum habet, dominum non esse. Quin ipse alium dominum agnoscit, cum se fructuarium profitetur. Quod vero simpliciter negatur possidere, non est sine omni scrupulo. Nam alibi contra dicitur possessor & possidere, *l. uti frui. in fin. pr. & §. ult. si usufr. pet.* & naturaliter possidere, *l. naturaliter 12. de acq. poss.* Sed hæc non sunt contraria: nam & colonus & commodatarius, & depositarius naturaliter dicuntur possidere, *l. 2. §. 1. pro hæred. l. 7. §. neque colonus 11. comm. div.* qui tamen alibi possidere absolute negantur, ullamve habere possessionem, *l. 9. de rei vind. l. non solum 33. §. 1. circa fin. de usucap. l. 6. §. 2. de precar. §. possidere, inf. de interd.* nimirum nec hi, nec fructuarius vere possident, id est, non possident civiliter,

ter, ψυχῇ δεσπόζοντος, animo dominantis, sine qua possessione non procedit usucapio. Sed in possessione sunt nomine alieno, apud quem possessio remanet, & qui per illos possidere intelligitur, *d. §. possidere, inf. de interd. l. generaliter 9. l. quod meo 18. in pr. de acquir. possess. l. 6. §. 2. de precar.* qui textus etiam in his terminis de fructuario loquitur: nec alia ratione dicitur retentio ususfructus species esse traditionis, quam quod qui retinet usumfructum, desinat sibi & incipiat alii possidere. Itaque cum hi naturaliter possidere aut possidere simpliciter dicuntur, impropria locutio est, qua corporalis tantum detentio significatur, *l. possessio 49. de acq. possess. l. 1. Cod. comm. de usuc.* Verum enimvero licet fructuarius non possideat, tamen quia firmius jus habet insistendi rei, atque omne rei emolumentum ad eum pertinet, ea res efficit, ut interdicta ei possessoria accommodentur, quæ cæteris, qui in possessione sunt tantum, denegantur, *l. 3. §. unde vi 13. de vi & de vi arm. l. ult. uti possid.* de quo pluribus agere hoc loco non licet.

Non solum proprietas, sed etiam possessio] *l. 1. §. sed & 6. §. per eum 8. l. possessio 49. in pr. de acquir. possess.* nimirum quia etiam possessionem pleno domino servus acquirit ex omni causa, *§. 3. sup. eod.* Ita vero jus est, ut quæcunque per servum quacunque ex causa acquiruntur ei, qui plenum in eo jus habet, eadem placeat acquiri fructuario per servum fructuarium: & bonæ fidei possessori per eos, quos bona fide possidet, ex re illorum aut horum operis. Nihil ad rem pertinet, quod fructuarius servum non possidet; nam nec pater filium, *d. l. 1. §. per eum 8. de acq. poss.* Sed nec procurator à nobis possidetur, nec tutor curatorve, per quos tamen possessionem nobis acquiri posse constat, *d. l. 1. §. per procuratorem 20.* Hæc, & quæ præcedentibus §§. tradita, quamvis apud nos usum non habent, quia servos non habemus, tamen diligentius exposui, quia in multis partibus non parum conducunt ad cognitionem juris civilis Romanorum.

Textus.

De reliquis personis.

6. Ex his itaque apparet, per liberos homines, quos neque vestro juri subjectos habetis, neque bona fide possidetis: item per alienos servos, in quibus neque usumfructum habetis, neque possessionem justam, nulla ex causa vobis acquiri posse. Et hoc est, quod dicitur, per extraneam personam nihil acquiri posse: excepto eo, quod per liberam personam (veluti per procuratorem) placet non solum scientibus, sed & ignorantibus vobis acquiri possessionem, secundum divi Severi constitutionem, & per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuerit, qui tradidit; vel usucapionem aut longi temporis præscriptionem, si dominus non sit.

Notæ.

Sed & ignorantibus] *l. 13. de acq. rer. dom. l. 34. §. 1. l. 49. §. ult. de acq. poss. l. 1. C. eod.* Utique tamen volentibus; ut ignoremus, quo tempore ex voluntate nostra possessio apprehendatur,

Per possessionem etiam dominium] Si tradita ab eo, qui dominus fuit, & dominium in nos transferre voluit, *dict. l. 13. l. 20. §. ult. de acq. rer. dom. l. 8. Cod. de acq. possess.*

Vel usucapionem] Id est, usucapiendi occasionem, conditionem. Hoc interest, quod dominium etiam ignoranti mihi per procuratorem, cui nomine meo res tradita est, acquiratur: re autem à non domino tradita, usucapiendi facultas demum acquiratur, ex quo scire cœpi rem traditam esse, *l. 47. de usuc. l. 1. C. de acq. poss.* Nam usucapio bonam fidem possidentis requirit, quam nemo dixerit eum habere, qui se possidere ignorat.

Commentarius.

1. *Cur placeat possessionem per extraneam personam acquiri posse, jus aliquod non posse.*
2. *Per consequentiam quæsitæ possessionis necessario etiam dominium nobis acquiri; aut usucapiendi conditionem, sed hanc demum, postquam scientia intervenit, n. 3.*

Concludit ab enumeratione personarum, per quas acquiri huc usque docuit, quasi ab enumeratione partium, per extraneam personam nihil nobis acquiri posse. Sola causa excipitur possessionis. Personam extraneam vocat hominem liberum, qui neque juri nostro subjectus est, neque bona fide à nobis possidetur; tum servum alienum, in quo neque usumfructum habemus, neque justam possessionem. In summa persona extranea in hoc argumento est, quæ vim instrumenti animati apud nos non obtinet.

Nihil acquiri posse] Neque dominium aliudve in re jus, neque obligationem aut actionem, *l. 1. C. hoc tit. l. 11. de obl. & act. l. 3. in pr. quod vi aut clam. l. quo tutela 73. §. ult. de reg. jur. l. stipulatio 38. §. alteri 17. de verb. oblig.* Cujus rei ratio est, quod jus civile ita comparatum sit, ut sibi quisque, quod sua intersit, negotium gerat, non alteri, *d. l. 11. de obl. & act. d. l. stipulatio, §. alteri de verb. oblig.* An quas exceptiones hæc regula habeat in obligatione per extraneum

ac-

acquirenda, & quid juris hodie hic obtineat, videbimus in §. 4. *inf de inut. stipul.*

Excepto eo, quod per liberam personam placet acquiri possessionem] Excipit possessionem quam placuit per quemlibet nobis acquiri, qui eam nostro nomine apprehenderit, id est, hoc animo, ut velit nostro nomine possidere, *d. l. 1. C. hoc tit. l. 1. C. de acq. poss. l. solutum, §. pen. de pign. act. l. traditio* 20. *§. ult.*
1 *l. ea quæ* 53. *de acqu. rer. dom.* Qui locus etiam rationem suggerit, cur in possessione acquirenda singulariter hoc receptum sit; nimirum quia possessio acquiritur actu naturali, & corporali rei apprehensione; in quo facilius alteri operam navare & ministerium præstare possumus quam in iis, quæ civiliter acquiruntur istiusmodi actum, puta stipulando aut contrahendo, relictumve agnoscendo. Et tamen hoc ipsum, ut per liberam personam possessio nobis quæratur, propter utilitatem contra stricti juris rationem constitutionibus introductum videtur, *dict. l. 1. & l. 8. C. de acq. possess. d. l. solutum, §. pen. de pign. act.*

Veluti per procuratorem] Procuratorem intelligo cum Bart. in *l. qui mihi* 13. *de donat. Ias. & Zas. in l. 1. §. per procuratorem* 20. *de acq. poss.* non tantum qui speciale mandatum habet; sed etiam, cui universorum bonorum administratio permissa est. Etenim cum procurator generalis & exigere possit atque accipere, & emere ac vendere, utique quatenus ratio administrationis hoc exposcit, *§. nihil autem* 42. *sup. de rer. div. cum ibi notat.* Hactenus non video, quid inter hunc & specialem procuratorem intersit. Plane extra causam administrationis, ad acquirendam domino possessionem generale mandatum non sufficit; sed aut speciale requiritur, aut domini ratihabitio *l. communis* 42. *§. 1. de acq. poss.*

Non solum scientibus, sed & ignorantibus] Etiam ignorantibus possessionem per procuratorem nobis acquiri, multis locis apertissime scriptum est, *l. si procurator.* 13. *de acq. rer. dom. l. si me* 34. *§. 1. l. possessio* 49. *§. ult. de acq. poss. l. 1. C. eod.* Cui non obstat, quod dicitur in *l. ea quæ* 53. *de acq. rer. dom.* per quemlibet volentibus nobis possessionem acquiri. Hæc enim non pugnant, ignorantibus posse acquiri possessionem, & non acquiri, nisi volentibus. Ignorare possumus, quo tempore procurator noster possessionem apprehendat: quandocunque autem hoc fit, nostra fit voluntate, qui ut apprehenderet, mandavimus.

Et per possessionem dominium] Ut possessio nobis per procuratorem acquiritur, sic & per possessionem dominium, si incipiat ab eo, qui dominus fuit, & dominium in nos transferre voluit, *d. l. 13. l. traditio*
2 20. *§. ult. de acq. rer. dom. l. 8. C. de acq. poss.* Etenim admisso eo, ut per liberam personam possessio nobis quæratur, necessarium hoc consequens fuit, ut & dominium quæreretur per possessionem prius quæsitam, si ea à rei domino transferendi dominii causa tradita esset. Fieri enim non potest, quin is, qui rem ex justa causa, hoc est, idonea ad transferendum dominium, traditam à domino possidere cæpit, dominus ejus rei statim efficiatur. Cum autem dicimus, possessionem, & per hanc dominium, per procuratorem nobis acquiri, non hoc intelligimus, acquiri hæc primum procuratori, à quo deinde ad nos transeant: sed ministerio procuratoris recta nobis acquiri possessionem, & per consequentiam quæsitæ possessionis eo casu, quo diximus; etiam dominium. Ex quo apparet, ἄτοπον esse & alienum, quod DD. plerique hic afferunt, ideo facilius dominium ministerio alieno quæri, quam obligationem; quia jura personalia & obligationes magis inhærent ossibus hominum.

Vel usucapionem] Id est, usucapiendi occasionem. Hoc enim perpetuum est, ut quo casu dominium statim acquiritur, si dominus sit, qui tradit dominii transferendi causa, eo casu acquiratur jus usucapionis, si dominus non sit. Prætermissa autem hoc loco à Triboniano est insignis inter hos casus differentia. Nam si is, qui procuratori meo rem meo nomine tradidit, dominus fuit, etiam ignoranti mihi dominium acquiritur, *d. l. 13. de acq. rer. dom.* si non fuit dominus, usucapiendi conditio mihi non quæritur, nisi postquam scientia mea intervenerit, *l. 1. C. de acq. possess. l. si emptam* 47. *de usuc. l. possessio* 49. *§. ult. de acq. poss.* Hoc ideo, quia eum, quem usucapere volumus, non sufficit possidere, nisi & possideat bona fide, quam nemo dixerit eum habere, qui se possidere ignorat. 3

Vel longi temporis præscriptionem] Potuerat hoc omitti. Nam postquam ex duobus his generibus acquirendi, quæ prius fuerant, usucapione & præscriptione longi temporis, unum Justinianus fecit; *l. un. C. de usuc. transform.* satis fuisset, alterutrius tantum meminisse, aut usucapionis, aut præscriptionis.

TEXTUS.

Transitio.

7. Hactenus tantisper admonuisse sufficiat, quemadmodum singulæ res vobis acquirantur. Nam legatorum jus, quo & ipso singulæ res vobis acquiruntur; item fideicommissorum, ubi singulæ res vobis relinquuntur, opportunius inferiore loco referemus. Videamus itaque nunc, quibus modis per universitatem res vobis

vobis acquiruntur. Si cui ergo hæredes facti sitis, sive cujus bonorum possessionem petieritis, vel si quem adrogaveritis, vel si cujus bona libertatum conservandarum causa vobis addicta fuerint, ejus res omnes ad vos transeunt. Ac prius de hæreditatibus dispiciamus. Quarum duplex conditio est. Nam vel ex testamento, vel ab intestato ad vos pertinent. Et prius est, ut de his dispiciamus, quæ ex testamento vobis obveniunt; qua in re necessarium est, initium de testamentis ordinandis exponere.

NOTÆ.

7. *Si cui hæredes &c.*] Ex modis acquirendi per universitatem, qui plures olim fuerunt, *v.* Cont. 1. *disp.* 12. soli manserunt hi quatuor, susceptio hæreditatis, bonorum possessionis agnitio *inf. tit.* 10. *lib.* 3. adrogatio, & libertatum conservandarum causa bonorum addictio, *tit.* 11. *&* 12. *d. lib.* 3.

COMMENTARIUS.

1. *Verbis*, per universitatem, *non titulum acquirendi, sed rem, quæ acquiritur, significari.*
2. *Ex veteribus acquirendi per universitatem modis solos superesse quatuor: quos Iustinianus commemorat.*
3. *Quid sit hæreditas.*
4. *Quibus modis deferatur.*
5. *Species acquisitionis per universitatem apud nos receptæ.*

EXpositis modis, quibus jure civili acquiruntur res singulæ, transit Imperator ad eos modos, quibus eodem jure acquiruntur universæ, sive quibus acquirimus per universitatem. Non minus autem hic spectandi modi ipsi & causæ acquirendi, quam universitas acquisitionis. Nam & legari & donari bonorum universitas potest, *l. non amplius* 36. *§.* 2. *de legat.* 1. *l. si unquam, C. de revoc. donat.* potest & vendi, *tot. tit. de hæred. vend.* sed tituli hi nihilominus natura sua singulares sunt, hoc est, comparati duntaxat ad acquirendum res singulas, & ideo nec idem jus in universum acquirenti tribuunt, quod verbi causa hæreditas: idque cernitur in actionibus directis, tam activis, quam passivis. Modi ipsi acquirendi soli universales sunt natura sua, ad quos nunc se Princeps confert.

Legatorum jus, item fideic. opportunius inferiore loco] Occupat, & tacitè removet, quod objici poterat de perturbatione ordinis, quod scilicet in disputatione de acquisitione juris civilis rerum singularum non omnes acquirendi modos, qui eo pertinent, exequatur. Quod lex methodi videbatur exigere; sed parte eorum prætерita, ad aliud genus intempestive transeat: nam legata & fideicommissa non minus ad prius istud genus acquisitionis pertinere, quam usucapionem & donationem. Id ergo se non ignorare significat, & consulto tractationem de legatis & fideicommissis in alium locum rejecisse, eumque, qui longe sit opportunior: nam originem eorum, causam communem, & exitum flagitare omnino, ut de iis demum tractetur cognito jure testamentorum, *inf. de legat. in pr.*

Per universitatem] Hoc est, quibus universim & 1 una acquisitione acquirimus bona alicujus omnia, res omnes & jus universum alterius, non separatim res singulas. Ita enim paulo post; *Si cui ergo hæredes facti sitis, &c. ejus res omnes ad vos transeunt*, & Gajus *lib.* 2. *tit.* 2. *in pr. Per universitatem*, ait, *hoc est, simul omnia bona acquirimus hæreditate*, fac. *l. hæreditas* 62. *de reg. jur. l. nihil aliud* 24. *de verb. sign. l.* 3. *§.* 3. *de bon. poss.* D. Vultejus putat, his verbis, *per universitatem*, titulum acquisitionis significari, non res acquirendas: sed oppido quam inepte. Quis enim unquam fando audivit, titulo tribui universitatem, aut titulorum quosdam dici universos? Multorum ista collectionem arguunt. Quæ affectio cum tantum rerum propria sit, nec tamen omnium, hinc est; quod res quædem dicuntur singulæ, quædam universæ; & rerum sive bonorum quædam universitas, non tituli. Cæterum quemadmodum actiones, quibus bonorum universitatem petimus, ex objecto appellamus universales, qualis est petitio hæreditatis; quibus res singulas, qualis est rei vindicatio, singulares, aut speciales: *l.* 1. *l. in speciali* 73. *de rei vind. l. ut responsum* 15. *C. de transact.* ita & titulos, qui pertinent ad acquirendum per universitatem, id est, res alicujus universas, universales; qui ad res singulas, singulares dicimus. In summa universitas non est causa sive titulus, neque etiam modus acquirendi, sed illud ipsum, quod acquiritur, veluti hæredites, quam sibi delatam acquirit hæres adeundo, *§. ult. inf. de hær. qual.*

Si cui cui ergo hæredes facti, &c.] Olim modi, quibus per universitatem acquiritur, complures erant. Septem enumerat D. Ant. Contius *lib.* 1. *disput, cap.* 12. Ex quibus antiquati, successio per bonorum debitoris venditionem, & ea, quæ fiebat per redactio- 2 nem liberæ mulieris in servitutem ex Senatusconsulto Claudiano, *inf. tit. de success. sublat. quæ fieb. per bon. vend. & ex Senatusconsulto Claud.* item in manum conventio seu coëmptio. Quæ itidem species erat successionis per universitatem. Nam olim cum mulier viro in manum convenisset, omnia, quæ mulieris erant, viri fiebant, dotis nomine, teste

M. Tullio in *Topic.* in quem locum de ritu coëmptionis vid. *Boët.* Soli manserunt hi quatuor, quorum idcirco etiam mentionem tantum facit Justinianus, susceptio hæreditatis, bonorum possessionis agnitio, adrogatio, libertatum conservandarum causa bonorum addictio. Annumeratur tamen his & successio fisci, bona damnatorum, vel eorum qui sine hærede moriuntur, occupantis, *arg. l. deportatus 15. de interd. & rel. l. 1. & passim, de jur. fisc.* item ingressus monasterii. Nam Justinianus *Nov. 5. cap. 5.* unde *auth. ingressi, C. de sacros. Eccles.* constituit, ut universa bona religionem ingressi acquirantur monasterio, extra quam si liberos habeat inter quos substantiam suam dividere non prohibetur, una saltem parte sibi retenta, in quam monasterium succedat. Quod jus illorum temporum peperit superstitio. Cæterum neque fisci, neque monasterii successio simpliciter universalis est, qualis est hæredis, bonorum possessoris, &c. ut onera quoque agnoscere cogantur; licet enim teneantur respondere creditoribus, damnum tamen nullum sentiunt, si bona non sufficiant. *Nicol. Burg. ad consuet. Flandr. tract. 13. n. 10.* Ex quatuor autem modis per universitatem succedendi hic propositis, unus est, per quem succeditur viventi, scilicet adrogatio: per cæteros succeditur defuncto.

Prius de hæreditatibus] In hoc explicando pars reliqua hujus libri & novem priores tituli sequentis consumuntur, nisi quod tractatio de legatis & fideicommissis inseritur, propter argumenti conjunctionem.
4 Hæreditas propriè nihil aliud est, quam universum illud jus, quod defuncto vel in defunctum tempore mortis ejus competebat. Hinc illa apud nostros; Hæreditatis appellatio universitatem quandam ac jus successionis demonstrat, *l. bonorum 208. de verb. signif.* Juris nomen est, & ideo damnosam quoque hæreditatem continet, *l. hæreditatis 119. l. pecuniæ 178. §. 1. eod.* Item, hæreditas etiam sine ullo corpore juris intellectum habet, ut loquitur Papinianus in *l. hæreditas 50. de hær. pet.* Atque ut ostendant, eum hæredem dici, qui succedit in universum demortui jus, suscipitque ejus rei commodum & incommodum, ideo hæreditatem definiunt esse successionem in universum jus, quod defunctus habuit, *l. nihil 24. de verbor. signif. l. hæreditas 62. de reg. jur.* Propriè enim successio & succedere hæredis est, non hæreditatis; hæredis vero illud jus, quod per successionem hæredis acquiritur, *tot. tit. de acq. hær.* Atque ita ego definitionem istam explicare soleo, facem prælucente Ulpiano in *l. 3. in pr. de bon. poss.* Diligentius hæc excussi *sup. tit. de reb. corp. & corp.*

Vel ex testamento vel ab intestato] Acquisitio hæreditatis duabus hisce rebus constat, delatione, & delatæ susceptione. Ex delatione est jus & titulus acquirendi, in susceptione modus. Et ideo non ante acquiri hereditas potest, quam cum delata est, *l. si quis 21. §. 2. de acq. her.* & retro delata esse intelligitur, quam quis potest adeundo consequi, *l. delata 151. de verb. sign.* Defertur autem hereditas aut testamen- 4
to, aut lege ab intestato, *l. 1. & 2. seqq. de hered. pet.* unde heredes alii testamentarii, alii legitimi; item hereditas testamentaria, & legitima, *l. in plurium 10. de acquir. her. l. 6. §. 2. quæ in fraud. cred.* Sciendum autem est, primum agi hic de delatione hereditatis directa; nam indirecto, hoc est, per fideicommissum, non testamento tantum, sed etiam codicillis relinqui hereditas potest; nec solum testamento facto, verum etiam ab intestato: & is, cui ex fideicommisso restituta est hæreditas, ex Senatusconsulto Trebelliano heredis loco habetur: de quo demum *tit. de fideic. hær.* qui est antepenultimns hujus libri. Deinde agi de hereditate, quæ defertur & acquiritur jure civili: cæteroquin jure prætorio & bonorum possessor effectu heres est, & bonorum possessio, quæ hic ab hereditate separatur, vi ipsa nihil aliud, quam hereditas, *l. 1. 2. 3. de bon. poss. l. hereditatis 138. de verb. sign.* Tantum in tempore & modo acquirendi nonnulla dissimilitudo, ut videbimus suo loco *inf. de bon. poss.*

Quæ ex testamento obveniunt] Ordinarium fuit ante de judiciis testantium, deinde de successione ab intestato loqui, ait Ulpian. *l. 1. si tab. test.* nimirum quia prior semper ratio fuit hæreditatis testamentariæ, quam legitimæ. Nam verbis legis duodecim tabularum, uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto, sic confirmantur judicia testantium, ut quamdiu hæc proferuntur, atque ex testamento adiri potest hereditas, ab intestato non deferatur, *l. quamdiu 39. de acq. her.* Quoniam autem ad hoc, ut testamento deferatur hereditas, & acquiri possit, requiritur ut testamentum justum sit, hoc est, secundum regulas & præcepta juris civilis ordinatum, ideo subjicit, necessarium esse, expositionem ejus rei ab ordinatione testamentorum inchoare.

Ex omnibus per universitatem acquisitionibus, 5
quæ unquam apud Romanos fuerunt, sola apud nos in usu est ea, quæ fit per susceptionem hereditatis: bonorum enim possessores nulli, sed hæredes omnes sunt & appellantur, qui vel ex testamento vel ab intestato defuncto succedunt; eodemque modo omnibus jure civili Batavorum hereditas acquiritur. Aquisitio quoque per adrogationem, & ea, quam tribuebat pro conservatione libertatum bonorum addictio, nullum usum in hisce regionibus habere possunt, cum nec adoptionis in totum ulla vis sit, nec servos agnoscamus, ut alibi relatum. Cæterum duæ aliæ species acquisitionis per universitatem.

moribus nostris receptæ, quas ignorat jus civile Romanorum; una per nuptias; altera per voluntatem supremam præmorientis conjugis. Nam ex consvetudine generali Hollandiæ & West-frisiæ nuptiis contractis bona conjugum confunduntur & communicantur, nisi pactis antenuptialibus aliter cautum sit. Atque hinc stante matrimonio debita unius ex bonis alterius exsolvi possunt. Habetque locum hæc confusio etiam in nuptiis repetitis. Utique tamen bona feudalia in hanc communionem non veniunt. Antiquitus quoque moris fuit, ut vidua liberos minores natu habens maneret in possessione & quasi dominio communis familiæ fructusque sola perciperet, pro quibus liberos communes aleret, usque dum filiorum natu maximus perfectæ ætatis factus esset: sed hodie hoc amplius non obtinet, nisi ultima voluntate aut etiam pactionibus id cautum reperiatur, *vid. D. Grot. lib. 2. manuduct. ad jurispr. Bat. c. 11. & 2. seqq.*

TITULUS X.

D. lib. 28. t. 1. C. lib. 6. t. 23. Nov. 66. 119. c. 9.

De testamentis ordinandis.

Genera testamentorum obiter exposita, & ratio ordinis Iustinianei.

IN calce præcedentis tituli dictum est cum quæritur de acquirenda hereditate, quæ dicatur testamento delata, in primis inspiciendum esse, an testamentum valeat, & rite ordinatum sit; eamque ob causam etiam initium hujus tractationis à doctrina de testamentis ordinandis, sive de ratione & modo testandi Imperatorem capere. Cæterum cum hæc doctrina ad omnium testamenta non pertineat, sed ad paganorum duntaxat, & ex his ad ea, quæ fide privata ordinantur, quorum scriptorum alia forma sit, alia non scriptorum, ut omnis confusio vitetur, prius genera testamentorum obiter secernemus, explicaturi deinde, quomodo singula fiant iis in locis, ubi hoc taugit Imperator. Testamentum in genere nihil aliud est, quam ultima voluntas, quam quis hæredem sibi sive bonorum successorem deligit. Et geminæ ejus sunt species; unum commune omnium civium Romanorum, quod paganicum appellatur; alterum proprium militum, quod ideo militare. Utrumque rursus vel scriptum est, vel non scriptum, seu nuncupativum *§. ult. inf. eod. & §. 1. tit. seq.* Et commune sive paganicum iterum vel publica fide ordinatur, *l. omnium 19. Cod. hoc tit.* vel fide privata. Cum autem sola paganorum testamenta, quæ quidem fide privata fiunt, adstricta sint legibus, quæ ad solennitatem ordinationis pertinent, militaria his omnibus soluta, sciendum est, nihil eorum, quæ de his in conficiendo testamento observandis hoc loco & passim aliis ejusdem argumenti simpliciter traduntur, ad militaria testamenta pertinere; adeoque in toto jure, cum simpliciter testamentum nominatur, commune sive paganicum intelligi. Paganorum testamenta ut recte fiant, & jure civili rata sint, in hisce tribus positum est: in persona testantis; in forma testandi & modo; in rebus, quas testamentum necessario complecti debet. Quod Gajus in *l. 4. hoc tit.* sic expressit; *Si quæramus,* inquit, *an valeat testamentum; inprimis animadvertere debemus, an is, qui fecerit testamentum, habuerit testamenti factionem: deinde si habuerit, requiremus an secundum regulas juris civilis testatus sit.* Regulæ vero istæ pertinent vel ad modum testandi, vel ad res, quas testamento, ut valeat, complecti necesse est. Atque hæc omnia etiam à Justiniano ordine tractantur: verum orditur ille à testandi modo. De personis testantium agit secundo loco, *inf. tit.* 12. de rebus, quarum insertio ad vim testamenti necessaria, *tit.* 13. & 14. Recenset hic primum historiæ causa antiquas atque obsoletas testandi formas: deinde explicat, quo ritu postea testamenta fieri cœperint, primum per scripturam, deinde sine scriptura, voluntate palam nuncupata. Cæterum hæc omnia pertinent ad ea testamenta, quæ fiunt fide, privata. Publica autem fide si quis testari velit quod hic à Justiniano omissum, poterit id facere vel coram Principe per supplicationem, vel apud acta judicis aut municipium; & tunc neque testes, neque alia solennitas desideratur, *l. omnium 19. Cod. hoc tit.* & ibi *Gloss. & DD. add. Mynsing. 6. obs. 29. Boër. decis. 228. Christin. vol. 4. decis. 7. num. 4.*

TEXTUS.

Etymologia.

Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis sit.

NOTÆ.

NOTÆ.

Testatio mentis] Allusio potius, quam ἐτυμολογία; cujusmodi nostris sæpe obrepunt, *l.* 1. *de acq. possess. l.* 1. *de novat. l.* 2. §. 2. *de reb. cred. l.* 35. §. 1. *de mort. ca. don.* Definitionem habes apud Modest. *l.* 1. *D. hoc tit.* Ulpian. *tit.* 20. Vide Plura in comment.

COMMENTARIUS.

1. *Non proponi hic veram testamenti notationem, sed allusione quadam etymologica ostendi rei & vocis convenientiam.*
2. *Definitio testamenti, quæ Modestinum auctorem habet, examinata, & perfectiores productæ.*
3. *Testamentorum usum generaliter consideratum esse ex jure gentium; specialiter, ex jure civili.*
4. *Apud plerosque populos tam liberam non fuisse, neque etiam nunc esse, testandi & legandi potestatem, quam apud Romanos fuit.*

1 QUod *testatio mentis sit*] Allusione quadam etymologica ostendit rei & vocis convenientiam, imitatus S. Sulpitium, qui quo efficacius vim rei exprimeret, testamentum dixit esse verbum duplex, compositum à contestatione mentis. Estque hujusmodi allusiva derivandi ratio omnibus auctoribus admodum familiaris; in jocis venustas delectat: in rebus seriis etiam utilitate sua, quam in re declaranda habet, commendabilis. Qualis est illa Ciceronis, qui *lib.* 1. *de offic. fidem ex eo appellatam* scribit, *quia fiat, quod dictum est.* Item illa Augustini, quod *mentiri inde dictum, quod sit contra mentem ire.* Similis est illa apud Priscianum: *argumentatio dicta est, quasi argutæ mentis oratio.* Apud nostros etiam crebro id genus occurrit. Talis est illa Pauli & Labeonis, qui possessionem appellatam scribunt à sedium positione, *l.* 1. *in pr. de acq. poss.* Et Ulpiani, qui ait, novationem nomen accepisse à nova obligatione, *l.* 1. *de novat.* Ejusdem generis inveniuntur & in *l.* 3. *de damn. inf. l. senatus* 35. §. 1. *de mort. ca. don. l.* 2. §. 2. *de reb. cred.* Nec absimilis est illa Celsi, dicentis, jus à Justitia appellatum esse, *l.* 1. *in pr. de just. & jur.* Hæc autem & his similia licet non dicantur ex vero, speciosam tamen veri arguendi vim habent; sicuti exempla & comparationes fictæ non minus arguunt, quam veræ. Nullamque omnino causam video, cur Servium allusionis propositæ auctorem carpat Aul. Gellius 6. *noct. Attic.* 12. aut in Justinianum tam inclementer invehatur Valla *lib.* 6. *elegant.* 36. ut dicat, eum explosam atque derisam etymologiam denuo inculcasse: dignus profecto ipse, qui sibilo explodatur. Quis enim nescit, testamentum esse verbum, non compositum, sed simplex? &, si de vera ejus originatione quæratur, dictum esse à testando? Quod autem convenit & verbo & simul rei, *testatio mentis*, fortuitum esse, nec in aliis verbis per hujuscemodi formam productis idem evenire, atque ideo nec per similem allusionem declarari posse? Et irascor Gœddæo, qui in *l. nomen* 164. *de verb. sign.* contendit, eandem hanc derivandi rationem etiam accommodari posse verbis, *vestimentum, ornamentum, calceamentum*, & ejusdem productionis cæteris; lepida scilicet ratione, quia & sartor, sutor, &c. mentis judicio in opere faciundo utuntur, aut quia nemo sine mente se vestit, ornat, calceat. Et igitur si Gœddæo credimus, vestimentum ex eo appellatum recte dici poterit, quod vestitio mentis sit; calceamentum, quod sit calceatio mentis. An igitur & excrementum, quod sit mentis excretio? Mallem dixisset, Cerberum se metuere, quam hæc tam temere atque inconsiderate effutisset. Apparet autem ex verbis hujus textus & disputatione Gellii, Justinianum & Servium non definitionem aut descriptionem aliquam testamenti sive ipsius rei proponere voluisse, sed indicare rationem nominis, ὅρον ὀνοματώδη, ἤτοι ἐτυμολογίαν. Quæ & Theophili mens est, licet aliud videatur doctissimo Salmasio *lib. de usur. cap.* 1. Descriptionem 2 testamenti habemus apud Modestinum *l.* 1. *hoc tit.* *Testamentum*, inquit, *est voluntatis nostræ justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.* Justam sententiam si accipimus solennem, aut plenam, hoc est, integram & de omnibus bonis (utraque enim significatio huic verbo convenit) hac nota satis removebuntur codicilli. Expressior tamen est illa Ulpiani *in frag. tit.* 20. qui sic definit; *Testamentum est mentis nostræ justa contestatio, in id solenniter facta, ut post mortem nostram valeat.* Quod Modestinus voluntatis sententiam, Ulpianus contestationem dixit, uti & in *l. qui testamento* 20. §. *& veteres* 8. *hoc tit.* contestationem supremam: quoniam non est simplex voluntatis enuntiatio aut demonstratio, sed testata, hoc est, declarata & exposita apud eos, qui ut testes essent rogati sunt; hoc modo: *Hæc uti in tabulis scripta sunt, ita vos, Quirites, testor. Itaque testimonium perhibitote.* Perfectissima autem erit definitio, si ita dicamus; *Testamentum est suprema contestatio in id solenniter facta, ut quem volumus, post mortem nostram habeamus hæredem.* Nam legata ad testamenti substantiam non pertinent, *l.* 1. §. 3. *de hered. instit.* Sunt autem definitiones conceptæ de iis testamentis duntaxat, quæ fiunt jure communi omnium Civ. Rom. ad ea quæ fiunt jure proprio & singulari, qualia sunt militum, *de quib. tit. seq.* & quorundam paganorum, de quibus nos obiter *ad* §. 4. *n.* 2. *inf. h. t.* non pertinent. Quæri hoc loco solet, 3 cui juri adscribenda testamenti factio, utrum juri gentium, an civili. Dicendum est, si generaliter, sim-

simpliciter & indefinite usus testamentorum consideretur, eum esse ex jure gentium; si specialiter & definitè; ex jure civili. Neque aliud interpp. sentiunt, cum originem testamentorum ad jus gentium referunt, formam ad jus civile. Formam nimirum propriam & modum testandi peculiarem cujusque reipubl. Nemo enim, opinor, tam ineptus est, ut putet, rem ullam esse sine forma, aut simplicem & secundum jus gentium testandi rationem, qualis in militum testamentis cernitur, forma carere. Breviter, ut liceat morituris disponere de rebus suis, ex jure gentium est; ut non aliter liceat, quam hoc vel illo modo, ex jure civili. Hujus rei non leve argumentum est, licet à posteriori concludat, quod apud omnes fere gentes usu testamenta fuerunt, sive jus cavendi de eo, quod quis post mortem suam fieri vellet. Philosophorum supremas aliquot voluntates refert Diog. Laërtius in *vitis Philosoph.* Esaias Propheta annuntiat Esechiæ regi Judæ, ut domui suæ præcipiat, quasi mox morituro. 2. *Reg.* 20. & Tacitus de Germanis nostris, ut singulare aliquid notat, quod nullum apud eos testamentum esset, *lib. de morib. German.* Idem quoque arguit, quod miles, qui secundum jus gentium testari creditur, deportatum heredem instituere potest, *l.* 13. *§.* 2. *de testam. mil. junct. l.* 17. *§.* 1. *de pœn.* Et secundum hæc ad populum Constantinus; *Nihil est*, inquit, *quod magis hominibus debeatur, quam ut supremæ voluntatis (postquam jam aliud velle non possunt) liber sit stylus, & licitum, quod iterum non redit, arbitrium, l.* 1. *C. de sacros. Eccles.* Reperiuntur tamen, qui testamenti factionem toto suo genere juris mere civilis esse contendunt, ac ne illud quidem nobis concedunt, quod dicimus, rem ipsam simpliciter & per se consideratam esse juris gentium. Negant, rationi & simplicitati juris gentium convenire, ut quis disponat de re non sua: id autem eum facere ajunt, qui disponit in id tempus, quo dominus esse desinit. Sed assumptio hæc falsa est. Non enim de re aliena, sed sua, nimirum eo tempore, quo adhuc dominus est, testator disponit, & quid fieri velit, ordinat: licet executionem voluntatis in tempus mortis suæ suspendat. Quod non magis pugnat cum ratione naturali, quã si quis bona sua omnia alicui donaret ea lege, ut ipse, quoad vivat usum possessionemque eorum retineat. Nam, ut recte docet D. Grotius *lib.* 2. *de jur. beli. & pac. cap.* 6. *num.* 14: testamentum vi ipsa nihil aliud est, quam alienatio in mortis eventum, ante eam revocabilis: retento interim jure possidendi ac fruendi. Ex eo quoque, quod successio, quæ jure sanguinis ab intestato defertur, revera ex jure communi est, male colligas, alienum esse à ratione ejusdem juris, ultima voluntate de bonis suis cavere. Etenim ne illo quidem jure putandum est, defuncti bona simpliciter addici proximis, sed in defectum supremæ voluntatis ejus, qui dominus fuit, *arg. §. per traditionem* 40. *sup. de rer. divis. d. l.* 1. *C. de sacros. Eccles.* quem naturæ legis ordinem etiã in deferenda hereditate lex duodecim tabularum secuta est. Reliqua, quæ contra objiciuntur, parvi ponderis sunt. Quale est illud, quod Papinianus scribit, testamenti factionem non privati, sed publici juris esse, *l.* 3. *hoc tit.* Nam si jus publicum proprie accipimus, quod utilitate publicum est, ut in divisione juris proposita, *§. ult. sup. de just. & jur. l.* 1. *§.* 2. *eod.* testamenti factio juris privati est. Publici autem juris esse dicitur oppositive ad contractus & conventiones, quia auctoritate publica est, *l.* 1. *ad leg. falc. l. verbis* 120. *de verb. sign.* nec ut contractus, privati cujusque arbitrio, sed legum potestate regitur, *l. ult. de suis & legit. her.* quanquam & quæ ad jus publicum propriè pertinent, magnam partem ex moribus & institutis aliarum gentium Romani petierunt. Quod pluribus exposui ad *d. §. ult.* Neque majoris momenti est, quod de deportato profertur, eum nec testamentum facere, nec ex eo capere posse, *l.* 8. *§.* 1. *hoc tit. l.* 1. *C. de her. inst.* qui tamen omnia, quæ sunt juris gentium, retinet, *l. sunt quidam* 17. *§.* 1. *de pœn.* Nam nec matrimonium contrahere potest, nec patriam potestatem, nec tutelam, nec jus successionis cognationi tributum retinet. Nimirum etsi hæc omnia ex jure gentium, tanquam ex communi fonte populus Romanus hauserit, propria tamen sibi fecit, & à communione eorum arcuit peregrinos. Neque enim hoc dicimus, testamentum esse juris gentium, quomodo contractus & commercia juris gentium esse dicuntur: sed ex jure gentium & civili ita conflatum, ut, quamvis hic præcipuæ partes sunt juris civilis, & ob id etiam inter ea, quæ juris civilis sunt, testamentum numerandum, tamen numerandum inter ea, quæ mixti juris sunt, non quæ mere civilis & positivi: quoniam ex ratione juris gentium est, ut quis moriturus de bonis suis possit disponere: quo sensu etiam in Institutionibus Græcis inter exempla juris gentium refertur τὸ διαθήκας συγγράφεσθαι *tit. de jur. nat. gent. in pr.* revise ad ea, quæ sub *§.* 1. *ejusd. tit.* à nobis tradita sunt. Illud plane ridiculum est, quod ex eo, quod Tacitus scribit, apud Germanos suo tempore usum testamentorum non fuisse, nonnulli colligunt, testamenti factionem cum jure gentium non consentire: nam usum quoque emptionis & venditionis Germanos ignorasse iidem Tacitus eodem loco prodidit, cum apud eos nummus non esset: & elleborosi hominis est, ex usu unius populi & rudis adhuc de jure gentium judicare, *add. doctiss. Vigl. ad §.* 2. *hoc tit.* Adjicio ἐν παρόδῳ, multis visum, è republica aliquando esse, nimiam testandi & legandi libertatem præcidere, 4

dere, præsertim in Optimatum statu, & hactenus, ut ne cui liceat prædia paterna aut avita legare. Quin etiam Bodinus *lib. 5. de repub. cap. 2.* auctor est, solis Atheniensibus usurpatam fuisse infinitam legandi licentiam, eamque Decemviros à Solone acceptam in duodecim tabulas retulisse, & populo Romano proposuisse his verbis; *Uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto, l. verbis legis 120. de verb. signif.* Cæterarum autem gentium omnium unam legem fuisse, ne prædia testamento legare liceret: eoque jure adhuc Polonos, Danos, Svecos, aliosque populos uti. Nos scimus, idem fere etiamnum obtinere in Geldria, & Diœcesi Trajectina, locis Bataviæ nostræ proxime adjacentibus. Excepta apud nos sunt bona feudalia, quæ testamento dare, legare non licet sine indulgentia Ordinum hujus provinciæ. At impetrata de his testandi licentia, potest Vasallus feudum, cui velit testamento relinquere, modo is, cui relinquitur, ex justo matrimonio procreatus sit. Et potest hoc facere etiam sine permissu ejus, qui proximus feudi dominus est, & sine consensu successorum feudi ab intestato. Simplex indulgentia non plus juris Vasallo tribuit, quam ut semel de bonis feudalibus directo disponere possit vel instituendo vel legando: plures autem gradus faciendi potestas aut substituendi sive directo sive per fideicommissum non aliter competit, quam si hoc quoque specialiter diplomate comprehensum fuerit, *Grot. 2. manuduct. c. 42. & ib. Grœnevv. in not. notabil. feud. §. 24.* Apud Ultrajectenses etiam simplex indulgentia potestatem substituendi tribuit, sed semel duntaxat.

TEXTUS.

De antiquis modis testandi Civilibus.

1. *Sed ut nihil antiquitatis penitus ignoretur, sciendum est, olim quidem duo genera testamentorum in usu fuisse; quorum altero in pace & otio utebantur, quod calatis comitiis appellabant: altero, cum in prælium exituri essent, quod procinctum dicebatur. Accessit deinde tertium genus testamentorum, quod dicebatur per æs & libram, scilicet quod per emancipationem, id est, imaginariam quandam venditionem agebatur, quinque testibus & libripende, civibus Romanis puberibus præsentibus, & eo, qui familiæ emptor dicebatur. Sed illa quidem priora duo genera testamentorum ex veteribus temporibus in desuetudinem abierunt: quod vero per æs & libram, fiebat, licet diutius permanserit, attamen partim & hoc in usu esse desiit.*

NOTÆ.

Calatis comitiis] Calato seu convocato per lictorem curiatum populo, testamentorum confirmandorum causa: curiata enim hæc erant comitia, non centuriata aut tributa. Gell. *lib. 15. c. 27.* Gruch. *in præf. lib. de comit.* In Glossis: *calata comitia*, ἀρχαιρέσια δὶς τοῦ ἔτους γινόμενα. Vide infr. in comm.

Per emancipationem] Emancipare & mancipare propriè, est ære & libra vendere, & in dominium alicui tradere. Horat. *Si proprium est; quod quis libra mercatur & ære*, per translationem prædicatur de qualibet alienatione & subjectione. Plaut. Bacch. & Curcul. Cic. Phil. 2. & Cat. Maj.

Imaginariam venditionem] Imaginaria dicitur, quia pretium non interveniebat; sed νόμου χάριν sestertius nummus, v. Cujac. 10. *obs.* 37.

Quinque testibus] Aderant præter libripendem testes quinque, cives Rom. puberes, certisque verbis hic actus perficiebatur, v. Ulpian. *tit. 19. §. 2. & tit. 20. §. 1. & 8.* & Boët. *in Top.* ubi ex Cajo etiam formulam mancipationis refert, add. Salmas. *de usur. c. 8.*

Familiæ emptor] Suet. *Neron. c. 4.* *Familiæ emptor*, id est, hæreditatis; qui initio erat ipse hæres futurus, §. 10. *inf. eod.* postea autem alius ab hærede, manceps fiduciarius, qui hæredi familiam remanciparet. Theoph. quod Plutarcho *lib. de ser. num. vind.* absurdum videtur.

In desuetudinem] Causam te docebit Th.

COMMENTARIUS.

1. *Comitiorum genera obiter exposita, & ostensum, quibus comitiis testamenta fieri solebant.*
2. *De testamento, quod veteribus* ende *procinctu.*
3. *De testamento per æs & libram.*
4. *Quando superiora genera testamentorum in usu esse desierint.*

Quo ratio juris de forma & modo faciendorum testamentorum postea constituti facilius & perfectius intelligatur, necessarium putavit Justinianus, à primordio rem totam repetere. Et sunt sanè multa in jure novo & posterioribus temporibus constituto, quæ sine veteris notitia perfectè intelligi non possunt: idque non tantum in re hic proposita sed etiam in plerisque aliis juris Justinianici partibus accidit. Accommodari huc potest illud Senecæ *lib. 6. de benef. c. 1. Etiam quod discere supervacuum est, prodest cognoscere.* Ait autem, primis temporibus duo genera testamentorum populo Romano in usu fuisse, quorum altero, quod calatis comitiis dicebatur, utebantur in pace & otio; altero, quod pro-

cinctum, cum in prælium procincti educerentur: accessisse autem postea & tertium genus, quod per æs & libram fiebat. Atque hujus rei testem habemus etiam Aulum Gellium, qui *lib.* 15. *noct. Attic. c.* 27. sic scribit; *Tria genera testamentorum fuisse accipimus; unum, quod calatis comitiis in concione populi fieret; alterum, quod in procinctu, cum viri ad prælium faciendum in aciem vocabantur; tertium per familiæ emancipationem, cui æs & libra adhiberetur.* Item quoque tradit Ulpian. *in fragm. tit.* 20.

Quod calatis comitiis appellabant] Tribonianus non satisfacit studiosis antiquitatis, dum hoc genus indicat, non exponit. Sed & interpretes parcius de eo agunt, nec explent desiderium hominis curiosi. Quamobrem ne quid antiqui moris ignoretur, videndum est, quænam ista comitia, quæ Justinianus, Ulpianus & Gellius calata appellant, fuerint; & unde hoc iis solis nomen, quod videtur omnibus communiter convenire. Patet ex scriptis veterum, maximè Ciceronis, Livii & Dionysii Halicarnassensis, tria fuisse, eaque diversa comitiorum genera, curiata, centuriata, & tributa: quorum antiquissima curiata. Nam ex quo Curiæ primum à Romulo institutæ sunt, usque ad tempora Servii Tullii sexti Romanorum regis, omnia, quæ suffragiis populi à regibus committebantur, curiatis commitiis peracta fuere: ut ex eo intelligi potest, quod necdum centuriæ, nec tribus erant, quæ suffragium dicere possent. Itaque non modo reges, sed cæteros etiam magistratus curiatis comitiis creatos fuisse interpretandum est, cum apud auctores reperimus, à populo eos creatos: & leges omnes quæ ad illud usque tempus latæ sunt, curiatæ fuerunt: & judicium Horatii à populo curiatis comitiis peractum est. At post classes à Servio rege institutas, cum duo cœperunt esse comitiorum genera, curiata & centuriata: atque illis duobus tantum usus est populus usque ad judicium Coriolani: qui fuit annus ab urbe condita 263. quo primum instituta sunt tributa comitia; & curiata minus ex eo tempore frequentari cœperunt. Curiata comitia dicebantur, in quibus populus curiatim suffragium dicebat, hoc est, in quibus populus per curias divisus sententiam rogabatur; ut quod plures curiæ statuissent, id jussum populi diceretur: nec auspicato fieri poterant, nisi intra pomœrium, idque in foro, adeoque in comitio. Centuriata erant, quibus populus per classium centurias divisus suffragium ferebat, ita ut suffragia colligerentur centuriatim, & quod plures centuriæ jussissent, id jus ratumque esset. Hæc intra pomœrium haberi non poterant: locus eis destinatus, erat campus Martius. Tributa comitia dicta, cum populus tributim sive per tribus divisus suffragium iniret, in quibus quod plures tribus jussissent aut vetuissent, spectabatur. Hæc autem diversa fuisse à curiatis argumento est, quod tribus à curiis semper diversæ fuerunt; quodque, intra an extra pomœrium haberentur, nulla religio erat. Jus habendi comitia solis magistratibus fuit, nisi de sacris esset agendum; & quidem solis patriciis & majoribus magistratibus curiata & centuriata; tributa etiam tribunis plebis. Sacrorum autem causa Pontifices jus habuerunt vocandi comitia tam centuriata, puta creando regi sacrificulo, quam curiata: nam fallitur D. Wesembecius, dum existimat, magistratus coëgisse centuriata comitia, calata pontifices. Causæ habendorum comitiorum variæ; ad creandos magistratus aut confirmandos; ad leges ferendas, judicia exercenda, sacerdotes inaugurandos, detestationis sacrorum, adrogationum, & testamentorum faciendorum causa: nec tamen unæ omnium, nec eædem omnium omnibus temporibus. Singula exequi ad institutum non opus est: adeundi Nicol. Gruchius & Carol. Sigonius, qui de comitiis Rom. scripserunt ex professo. Cum igitur præter ea, quæ diximus, nulla alia fuerint comitia, necesse est, calata, quorum hic mentio fit, speciem unorum ex his fuisse. Non fuere autem centuriata: alioqui sequeretur, nec in urbe testari Quirites potuisse, nec omnino primis temporibus testari ante tempora Servii regis, à quo primum centuriata comitia instituta sunt. Multò minus putandum est, hæc comitia tributa fuisse: quippe quorum usus nullus fuit ante judicium Coriolani. Relinquitur ergo, ut curiata fuerint, quæ sola primis temporibus, cum in concione testamenta fiebant, in urbe haberentur. Idque etiam Gellius non obscurè indicat loco superius citato, cum ait, iisdem comitiis calatis sacrorum detestationes & testamenta fieri solita. At ante legem Papyriam, quæ vetuit, ædes terram, aram consecrare injussu plebis, teste Cicerone *pro dom.* consecrationis à pontificibus factas curiatis comitiis docet. Gruch. *lib.* 3. *de comit. Rom. cap.* 2. Igitur quod in concione calatis comitiis testamenta olim fieri solita dicuntur, calatis comitiis, hoc est, convocato testamentorum confirmandorum causa populo, non centuriatim sive per centurias classium, ut D. Viglius existimat, neque per tribus, sed per curias, idque à collegio pontificum. Ex eo autem quod veteribus frequens usus erat verbi *calo*, quod Græcum est, unde nomina *calendæ*, *curia calabra*, *classis*, &c. *Macrob.* 1. *Saturn.* 15. existimare licet, initio comitia omnia calata fuisse: sed postea cum id verbum in usu esse desiit, nomen calatorum comitiorum in his tantum, quæ pro collegio pontificum haberentur, retentum esse; idque religionis & antiquitatis causa. Gellius sanè *d. lib.* 15. *cap.* 27. refert in libro Lælii Felicis ad Q. Mucium primo scriptum esse, Labeonem scribere, calata comitia esse, quæ

pro collegio pontificum haberentur, aut regis sacrorum, aut flaminum inaugurandorum causa. Et paulo post, iisdem comitiis & testamenta condita. Ac credibile est, ideo pontifices testamentorum factionibus præfuisse, quia sacra, quæ ad eos pertinebant, una cum hæreditatibus transferrentur. Vicem horum testamentorum exhibere scribit D. Viglius, quæ precibus Principi oblatis inseruntur, juxta *l. omnium 19. C. hoc tit.* Nam Principem post legem regiam quodammodo universum populum repræsentare. Sed & testamentum, quod in acta magistratus municipumve refertur, ejus, quod calatis comitiis fiebat, quadantenus locum scribit, quia & ipsum publica fide fit, & quasi totius civitatis, *d. l.* omnium.

2 *Quod procinctum dicebatur*] Alterum testamenti genus antiquitus usurpatum, cum ad pugnam ituri essent, incerti an essent redituri, procinctum appellatum esse ait; pro quo malim *in procinctu*: nam testamentum ineptè procinctum dixeris; licet Theophilus quoque *procinctum* legat, ut verisimile sit ita Tribonianum scripsisse. At enim veteres ita locuti non sunt, ut hoc epitheton ipsi testamento apponerent: sed procinctum militem, procinctum exercitum, procinctam classem dicebant, id est, multitudinem hominum ad prælium instructam & paratam; eo quod togis incincti olim pugnabant, quo expeditiores essent, teste Festo. hinc *procinctus*, pro *exercitus*. Ammian. *lib.* 18. *procinctus adventans*. Testamenta autem, quæ pugnaturi instructa acie nuncupabant, *endo procinctu* vel *in procinctu* appellabant. Gloss. Lat. Græc. *endo procinctu*, ἐζωσμένοι ἐν πολέμῳ. Lucilius Balbus apud *Cic. 1. de nat. Deor.* non procul à principio; *Itaque maximæ reipub. partes, in his bella, quibus reipub. salus continetur, nullis auspiciis administrantur, nulla perennia servantur, nulla ex acuminibus, nulli viri vocantur, ex quo in procinctu testamenta perierunt*, & *lib. 1. de Orat.* apud eundem Antonius; *Qui duos filios suos parvos tutelæ populi Romani commendasset, ac se, tanquam in procinctu testamentum faceret sine libra atque tabulis, populum Rom. tutorem instituere dixisset illorum orbitati.* Ita quoque Festus, Gellius, Ulpianus *dd. loc.* Plutarchus *in Coriolan.* ita hanc rem explicat; Erat eo tempore, inquit, mos Romanis prælium inituris scutaque sumpturis περιζώννυσθαι τήβεννον, *præcingere togam*, simulque διαθήκας ἀγράφους, *testamenta sine scripto* facere, & tribus aut quatuor audientibus hæredem nuncupare.

Quod dicebatur per æs & liberam] Ἀπαίσιον: ut scribit Theophilus, hoc est, *inauspicatum* veteribus visum fuit, sano & valente corpore testamentum facere velle, extra quam si præsens periculum foret, veluti si in hostem pugnandum esset; aut comitia testamentis faciendis ex professo haberentur: quod bis tantum in anno, si eidem Theophilo credimus, fiebat. Sed cum hinc eveniret, ut ne ægrotantibus quidem semper libera esset testamenti factio; nec fœminæ, quibuscum nulla comitiorum communio erat, teste Gellio *lib. 5. cap. 19.* ulla ratione testari possent, excogitata postea est tertia testandi ratio, secundum quam & quovis loco ac tempore, & fœminis etiam suprema judicia ordinare liceret. Hic modus testandi per æs & libram dictus, quia per mancipationem, in qua æs & libra adhibeatur, fiebat: unde hæres per æs & libram apud Ciceronem *2. de legib.* Et sciendum est, Romanos primis temporibus ære gravi atque argento rudi, non signato, usos fuisse pro pecunia, atque hæc appendere, non numerare solitos: signata pecunia demum post Pyrrhum Regem devictum uti cœpisse, eumque numerare, auctore *Plinio lib. 33. cap. 3.* Verba tamen vetera etiam postea retenta sunt, ut, pendo, appendo, expendo, nominaque ab his derivata; & imago quædam vetusti moris in venditione atque alienatione rerum mancipi, quæ uno verbo mancipatio dicitur, (Cicero *in Topic.* traditionem nexu vocat, propterea quod hæc mancipationem sequebatur) ut is, in quem hæ res transferebantur, eas emeret à domino ære & libra, appenso ei νόμου χάριν, dicis causa, nummo nno. Atque hoc modo plenissimo & optimo jure dominium in accipientem transferebatur, pleno scilicet jure Quiritium; cum alioqui bonitarium duntaxat transiret. Quo accommodandum illud Horatii:

Si proprium est, quod quis libra mercatur & ære.

Aderant præter libripendem quinque testes, cives Romani, puberes, certisque verbis hic actus perficiebatur, *vid. Ulp. tit. 1. §. 11. & tit. 19. §. 2. & Boët. in Top. Cic.* apud quem etiam extat mancipationis formula. *Is*, inquit, *qui mancipio accipit, æs tenens ita dicit; Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo, isque mihi emptus est hoc ære æneaque libra. Deinde ære percutit libram. indeque æs ei dat, à quo mancipio accipit, quasi pretii loco*, ita rectè eum locum emendat vir omni prædicatione dignus, sed omni major, Cl. Salmas. *lib. de us. c. 8.* Traductum hoc postea & ad translationes universitatis bonorum, ut futurus successor familiam, id est, universam substantiam testatoris εἰκονικῶς emeret, quo post mortem ejus hoc tanquam justo titulo bona possidere intelligeretur. Eadem quoque solemnitas adhibita fuit in adoptionibus & emancipationibus liberorum, ut alibi vidimus.

Quod per emancipationem] Ita quoque Theophilus Aul. Gellius *lib. 15. c. 27. per familiæ emancipationem*, nec video, cur potius legendum *mancipationem*: quod vult, D. Bachovius. Etenim veteres non mi-

tus verbo, *emancipare*, quam *mancipare* utuntur, pro mancipio dare, tradere, vendere, alienare. Cicero de Senect. *Ita senectus honesta est, si nemini emancipata est.* Plaut. *in Bacch. Nunc mulier tibi me emancupo, tuus sum.* Horat. *epod. 9.*

Romanus (eheu posteri negabitis)
Emancipatus fœminæ
Fert vallum & arma miles.

Id est, δεδουλωμένος τῇ γυναικί. Tranquillus *in Othone c. 4. Cuidam cum vicino de parte finium litiganti adhibitus arbiter totum agrum redemit, emancipavitque.* Plinius *lib. 7. epist. 18. Agrum ex meis longè pluris exactori publico emancipavi.* Cicero *2. Philip. Tum iste venditum atque emancipatum tribunatum consiliis vestris opposuit* quo tamen loco non ignoro etiam *mancipatum* legi.

Imaginariam quandam venditionem] Duabus de causis venditionem hanc imaginariam fuisse scribit Hotomannus: primum quia revera venditio non erat, sed liberalis bonorum omnium translatio, cum dicis tantum causa nummus unus appenderetur testatori: deinde quia familiæ emptor, in quem tanquam in hæredem ea bona per mancipationem transferebantur, hæres non erat, sed alius ab hærede. At oportebat distinguere tempora: nam quo tempore hæc testandi ratio primum introducta est, ipse hæres futurus familiam emebat: quod bis hoc loco testatur Theophilus, & intelligere licet ex *§. sed neque 10. inf. eod.* Progressu autem temporis, cum, ut credibile est, quod veterum simplicitas & probitas antea non consideraverat, experimentis, compertum esset, eam rem testatori periculosam esse; atque insuper etiam causam odii in testatorem, invidiæ in hæredem, legitimis successoribus præbere: receptum est, ut palam quidem solemnitatis adimplendæ causa familiæ emptor adhiberetur, sed qui, ut manceps fiduciarius, hæredi seorsum in tabulis clausis scripto, mortuo testatore, familiam remanciparet. Cujus rei causam cum Plutarchus non intelligeret, in libro, cui titulus est, *de sera Numinis vindicta*, de Romanis loquens, sic scribit: ὅταν διαθήκας γράφωσιν, ἑτέρους μὲν ἀπολείπουσι κληρονόμους, ἑτέροις δὲ πωλοῦσι τὰς οὐσίας ὃ δοκεῖ παράλογον. Transferantur huc verba Ulpiani ex *tit. 20. §. 8. In testamento*, inquit, *quod fit per æs & libram, duæ res aguntur, familiæ mancipatio & nuncupatio testamenti. Nuncupatur testamentum in hunc modum; Tabulas testamenti testator tenens, ita dicit; Hæc uti his tabulis cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor: itaque vos Quirites testimonium perhibetote*, quæ nuncupatio & testatio vocatur.

4 *Priora duo genera in desvetudinem abierunt*] Recepto usu testamenti per æs & libram, priora illa duo minus frequentari cœperunt, paulatimque abiere in desvetudinem. Et quidem jam ætate Ciceronis perierant testamenta in procinctu, sicut ipse testatur *lib. 2. de nat. Deor.* sed nec testamenta calatis comitiis arbitror diu postea mansisse: quod colligere mihi videor ex verbis Labeonis, qui apud Gellium *d. lib. 15. c. 27.* sic scribit: *iisdem comitiis, quæ calata appellari diximus, & sacrorum detestatio & testamenta fieri solebant.* Utitur Labeo verbo temporis præteriti: ut intelligamus, olim ista fieri solita, suo autem tempore duo ista genera calatorum comitiorum in usu amplius non fuisse, in procinctu, calatis comitiis, per æs & libram, colligit, ætate Labeonis atque Gellii testamenta calatis comitiis adhuc usu fuisse: nam eadem ratione colligas, eodem tempore viguisse adhuc testamenta in procinctu: quod falsum esse constat ex d. loco Ciceronis. Illud utique certum est, tempore mediæ jurisprudentiæ comitiis testari desitum fuisse, testis Ulpian. *in fragm. d. tit. 20. §. 1.*

Quod vero per æs & libram, &c.] Priora illa duo testamentorum genera jam diu exoleverant, cum per æs & libram adhuc frequentaretur. Ulpianus d. loco scribit, suo tempore id solum in usu fuisse, nimirum ex testamentis, quæ ad jus civile pertinebant, scilicet prioribus illis duobus abolitis: nam secundum formam à prætore introductam, & juris mixti eo tempore testamenta quoque fieri solita, multis auctoritatibus doceri potest, *l. ad testium 22. §. si quis l. pen. hoc tit. cum simil.* & apud Ciceronem quoque non uno in loco mentio fit testamentorum obsignatorum. Ait, *Partim & hoc in usu esse desiit.* An hoc ideo dicit, quia familiæ emptor postea alius esse cœpit ab hærede. Sed hoc factum jam olim, & stante adhuc repub. Arbitror, Justinianum hoc significare voluisse, cum in testamento, quod per æs & libram fiebat, duæ res antea agerentur, familiæ mancipatio, & nuncupatio testamenti, solemnitatem familiæ mancipandæ paulatim exolevisse: solum alterum, nuncupationem scilicet testamenti, sive solemnem voluntatis contestationem & quodammodo numerum testium usque ad sua tempora mansisse; sicut apparet ex mixta testandi forma, qua posteritas uti cœpit, *§. 3. inf. eod.* quo loco hoc innuit ipse Justinianus. Illa mera somnia sunt, quæ à quibusdam afferuntur, ideo testamenta per æs & libram desiisse fieri, quia emptio ista bonorum testatoris visa sit esse contra bonos mores, & pactum de futura successione, quod votum captandæ mortis inducat: neque enim vera emptio erat, aut hic ejus effectus, ut testamentum mutare non liceret; nec idem jam olim hæres, qui familiæ emptor: & Theophilus, quem ajunt eandem hujus desvetudinis rationem reddere, tantum indicat, cur alium emptorem familiæ, alium hæredem esse placuerit: quanquam & ipse fallitur,

tur, dum id Justinianum hoc loco sentire existimat.

TEXTUS.

De antiqua Testandi ratione Prætoria.

2. *Sed prædicta quidem nomina testamentorum ad jus civile referebantur. Postea vero ex edicto prætoris forma alia faciendorum testamentorum introducta est. Jure etenim honorario nulla mancipatio desiderabatur, sed septem testium signa sufficiebant: cum jure civili signa testium non essent necessaria.*

COMMENTARIUS.

1. *Nimiæ curiositatis esse, velle indagare, cur in omnibus emancipationibus placuerit minimum quinque testes adesse, confutatis plerorumque rationibus.*

AD *jus civile referebantur*] Opponitur hoc loco jus civile prætorio: quod cum sit, cæteras partes juris civilis intelligere debemus, quæ scilicet ex legibus, plebiscitis, Senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentum veniunt, *l.7. de just. & jur.* Sine ulla autem ratione est quod D. Hotomannus cum prætorio jure hic comparari existimat id tantum jus, quod auctoritate prudentum, à quibus & formulæ aliæque solemnitates profectæ sunt, introductum est: nam testamentorum usus in comitiis & procinctu antiquior est ipsis 12. tabulis, quibus tamen posterius est jus, quod à consultis compositum est, & communi nomine appellatum civile, *l.2. §. his legibus 5. de orig. jur.* Et modi alienandi per nexum & mancipationem ex lege 12. tabularum descendunt. Planè imaginariæ mancipationes inventum sunt Jurisconsultorum; nec dubito, quin etiam testamentum per æs & libram solemnitate mancipationis rerum singularum inter vivos producta ad alienationem bonorum omnium per ultimam voluntatem.

Jure honorario nulla mancipatio desiderabatur, sed septem testium signa] Testandi ratio jure prætorio introducta, simplicior est atque expeditior, quam illa juris civilis per nexum & imaginariam mancipationem: quippe cum prætor nihil aliud desideraret ad vim testamenti, quam ut id septem testibus propositum atque ab iis obsignatum esset. Licet enim tale testamentum jure civili non subsisteret propter defectum mancipationis: tamen prætor secundum illud bonorum possessionem scriptis in eo hæredibus dabat. *Vlp. tit. pen. §. 5.* Ait, *septem testium signa.* In eo, quod jure civili fiebat per æs & libram, non plures testes necessarii, quam quinque: qui numerus legitimus erat in omni mancipatione. Sed Prætor, ut solemnitatem juris civilibus contempserit, numerum tamen civium, quem adesse in testamentis oportebat, minui noluit: ideoque duos testes in locum libripendis & emptoris familiæ surrogavit. Simile huic est, quod apud Gajum 1. *Instit. tit. 6. §. 3.* legimus, *in emancipatione liberorum, cum antea quinque testes cum libripende & antestato intervenirent, postea pro libripende & antestato duos alios testes adhibitos, ut septem testium numerus impleretur.* Nimiæ 1 autem curiositatis est, indagare velle, cur placuerit, in omnibus mancipationibus minimum quinque testes præsentes esse. D. Giphanius & Bachovius suspicantur, originem hujus quinarii numeri ductam à numero quinque classium, quas Servius Tullius instituit, atque ad hujusmodi actus confirmandos singulos testes è singulis classibus initio accitos fuisse, ut quodammodo coram universo populo celebrari viderentur; proinde quasi singuli testes suam classem, universi populum universum repræsentassent. Nec obstare ait D. Bachovius. quod Dionys. Halicarnassensis scribit, non quinque, sed sex classes à Servio rege institutas: nam sextam classem, quæ infimi census erat, contemptam & nullo pene loco habitam fuisse. Mihi hæc conjectura doctissimorum virorum nulla probabili ratione niti videtur. Nam si per quinque istos testes populum repræsentari veteres intellexissent, numerum istum non auxisset in suo testamento Prætor. Deinde voluntas populi non ex numero classium, sed centuriarum censebatur; nec quod plures classes, sed quod plures centuriæ jussissent, id ratum habebatur: unde si vel primæ classis centuriæ (quæ reliquam multitudinem tribus centuriis superabat) convenissent, secundæ aut inferiorum classium non vocabantur. Quapropter si Bachovii rationem sequamur, potuit vel unus testis sufficere, ut actus coram majore parte centuriarum celebratus videretur, civis maximi census, primam classem, hoc est, nonaginta & octo centurias repræsentans, *vid. Dionys. Halicarn. lib. 4.* Nec Festo classici testes, quos dictos ait, qui testamentis signandis adhibebantur, sunt testes ex singulis classibus collecti, sed cives Romani; eo quod cives omnes in classe aliqua censebantur, & qui classem non habebant, nec cives Romani erant: quomodo & Jos. Scaliger hoc accepit. Errat enim Calepinus, qui putat, per classicos testes Festum intellexisse homines primæ classis, aut primæ dignitatis: nam satis fuisse constat si viri honesti essent & integræ famæ: quanquam antiqui etiam ita locuti sint, ut classicos dicerent, non omnes, qui in classibus erant, sed primæ tantum classis homines: unde per translationem auctores classici appellati, primæ notæ, assidui, non proletarii scriptores, *vid. Gell. lib. 7. c. 13. & l. 19. c. 8.*

Sunt,

Sunt, qui ideo quinque testes adhibitos scribunt, quia totidem tribubus populus constabat. Timæ *Fab. disp. anniversf.* 18. *Hopper. hic in not.* qui magna in antiquitatis ignoratione versantur: nusquam enim invenias, populum unquam in quinque tribus divisum fuisse: quod quidem Faber etiam fatetur; sed existimat, à Romulo tres tribus factas, easque duplicatas à Tarquinio Prisco: itaque vice populi sex testes adhibitos, quorum tamen unus nomen ac munus libripendis assumeret. At enim si Livio credimus, nullæ tribus à Romulo factæ, quæ quidem universam multitudinem continerent: sed tres modo equitum centuriæ, ex omni multitudine selectæ, quarum numerum Tarquinius, quia videbat equitem maximè suis viribus deesse, postea auxit. Et eodem auctore primum factæ tribus quatuor à Servio Tullio partibus urbis distinctæ, quod & Dion. Halicarn. *lib.* 4. *confirmat.* quo loco etiam refert, Fabium scriptum, reliquisse, agrum præterea universum in viginti & sex partes divisum fuisse: quas tribus rusticas si cum urbanis conjungas, fient tribus triginta. Subjicit tamen, Venonium memoriæ prodidisse, triginta & unam tribus sub rege Servio fuisse. Libro autem septimo apud eundem de judicio Coriolani sic scriptum reperimus; *Cum una & viginti cum tribus Romæ essent, quæ missæ sunt in suffragium, novem habuit Martius: à quibus absolutus est.* Proinde longi majorem numerum testium adhiberi oportet, si per eos tribuum numerum repræsentari volumus, & post expletum triginta quinque tribuum numerum testes quinque & triginta.

Cum jure civili signa testium non essent necessaria] In testamento, quod fiebat per æs & libram. In eo enim duæ tantum res necessariæ erant, familiæ mancipatio, & nuncupatio testamenti sive voluntatis testibus exhibitæ solemnis contestatio, *Ulp. tit.* 20. §. 8. quod postremum tamen tunc demum receptum videri potest, postquam cœpit alius hæres seorsum in chartis vel tabulis scribi; alii familia palam mancipari: nisi fortè ad legata referas, quæ ad familiæ mancipationem non pertinebant. Auctor enim Theophilus est, testatorem post mancipationem mox ordinasse, quid post mortem fieri vellet, & familiæ emptori sive hæredi dicere solitum, *Huic volo dari fundum; illi domum; alii centum nomismata.*

TEXTUS.

De conjunctione juris Civilis & Prætorii.

3. Sed cum paulatim, tam ex usu hominum, quam ex constitutionum emendationibus cœpit in unam consonantiam jus civile & prætorium jungi, constitutum est, ut uno eodemque tempore, quod jus civile quodammodo exigebat, septem testibus adhibitis, & subscriptione testium, quod ex constitutionibus inventum est, & ex edicto Prætoris, signacula testamentis imponerentur: ita ut hoc jus tripertitum esse videatur: & testes quidem, eorumque præsentia, uno contextu, testamenti celebrandi gratia, à jure civili descendant: subscriptiones autem testatoris & testium ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur: signacula autem & testium numerus ex edicto Prætoris.

NOTÆ.

3. *Septem testibus adhibitis*] Specialiter rogatis, aut certioratis se ad testamentum adhiberi, *d. l.* 21. §. *pen.* ex Nov. *Leon.* 41. quinque sufficiunt: quod jus in Oriente receptum fuit. Græci *ad l.* 5. *D. si tab. test.* Harm. *lib.* 5. *tit.* 1. §. 47. Basil. 35. *tit.* 2. & 3. & *lib.* 45. ἡ γὰρ συνήθεια ἐπὶ πάσης διαθήκης πέντε μάρτυρας ἐδέξατο.

Quodammodo] Nam jus civile quinque tantum testes exigebat, reliqui duo in vicem ponderatoris & familiæ emptoris à prætore substituti.

Subscriptione testatoris, &c.] Ita constitutum à Theodos. *l.* 21. *C. eod.* additumque, si testator litteras ignoret, vel subscribere nequeat, octavum ut subscriptorem adhibeat. Adeo autem & subscriptio & simul obsignatio necessaria, alterutro omisso testamentum vitietur, *l.* 22. §. 4. *D. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Recepto testamento mixto, quale hic describitur, non statim antiquata testamenta per æs & libram, neque vim testamenti prætorii enervatam.*
2. *Numerum septem testium requiri ad solemnitatem ordinationis, non cum quod obscurius dictum est, postea testator explanat.*
3. *Subscriptiones testium jam tempore mediæ jurisprudentiæ in usu fuisse.*
4. *Lege Cornelia testamentaria edictum Prætoris de obsignandis tabulis confirmatum.*
5. *In testamento scripto non exigi, ut testis intelligat sermonem testatoris.*
6. *Testes rogatos adesse oportere: nec non alia quædam scripto testamento cum nuncupativo communia.*
7. *Quid sit, uno contextu testari: &, num contractus in testamento aut inter testandum celebrari queant.*
8. *An non obstante solemnitatis alicujus omissione voluntas testatoris obliget in foro conscientiæ.*

1 *TAm ex usu hominum, quàm ex constitutionum emendatione*] Sensus est, cùm duo essent simplicia testamentorum genera, unum civile, alterum prætorium, usu hominum jus civile cum prætorio hac in parte coaluisse, atque inde mixtum extitisse testamenti genus, ex utroque illo jure collectum, quod & constitutionibus postea probatum sit; addito, ut testator & testes omnes subscriberent: ut adeo forma conficiendi per scripturam testamenti, qua posterior ætas uti cœpit, quamque Justinianus hic describit, ex triplici jure conflata sit; ex jure civili antiquo, ex novo constitutionum Principalium, atque ex jure honorario. Per hoc tamen non statim antiquata fuit civilis ratio testandi per æs & libram. Ulpian. *tit.*20.§.8. neque prætorii testamenti vis aut usus sublatus: de quo sub §.*non tamen inf. quib. mod. test. inf.*

Uno eodemque tempore] Hæc subtilitas ex jure civili est, *l. qui testamento* 20. §. *& veteres* 8. *l. hæredes palam* 21. §. *ult. hoc tit. l. cum antiquitas* 28. *C. eod.* Est enim ex jure civili, quod actus solemnes & legitimi continui esse debent, ex uno contextu absolui, *l. continuus* 137. *de verb. obl. l.* 12. *de duob. reis.* Ait autem, *quod jus civile quodammodo exigebat*, *quodammodo*, id est, *ferè*. Additum, quia ait, *septem testibus adhibitis*. Nam jus civile quinque tantum testes exigebat, reliqui duo pro libripende & familiæ emptore à Prætore substituti: & ideo paulo post juri civili adscribit duntaxat actus continuitatem & testium præsentiam; numerum testium juri prætorio. Illud notan-
2 dum est, numerum istum septem testium requiri ad solemnitatem ordinationis testamenti, sive cum de substantialibus, ut loquuntur, testamenti quæstio est: non autem ubi quod obscurius in testamento dictum scriptumve, post solemnia testator explanat: veluti si cum Titio centum legasset, & multos Titios amicos haberet, postea declaraverit, de quo senserit, *d. l. hæredes palam* §. 1. *hoc tit.* Leo quinque testes sufficere voluit, *Nov. Leon.* 41. quod receptum in Oriente. *Græc. lib.* 45. *Basil. tit.* 1.

Subscriptione testium] Et testatoris, ut mox. Ita enim constitutum à Theodosio *l. hac consultissima* 21. *C. eod.* additumque, si testator litteras ignoret, vel subscribere nequeat, octavum, ut subscriptorem adhibeat. Cæterum ex constitutione Justiniani, si testator propria manu totum testamentum conscripserit, idque se fecisse in tabulis specialiter expresserit, nihil opus est vel ipsum vel alium ejus nomine subscribere, *l. cum antiquitas* 28. *C. eod.* Quo tempore, aut à
3 quo primum Principe testium subscriptio introducta sit, incertum est. Illud constat, jam apud antiquiores ita jus fuisse, atque adeo ætate Jurisconsultorum Pauli & Ulpiani, *l. ad testium* 22. §. 4. *l. pen. hoc tit.* quos Papinianum assessores habuisse à Lampridio proditum est.

Ex edicto prætoris signatula] Obsignationem testium esse ex edicto Prætoris indicant, *l. si testamentum* 23. *eod.* §. *non tamen inf. quib. mod. test. infirm. Ulpian. tit.* 23. §. *si septem.* Quamobrem quod M. 4
Tullius 3. *Verr.* meminit tabularum testamenti obsignatarum è lege, legem intelligens Corneliam testamentariam, rectè D. Wesembecius sic accepit, Syllam, quod jam ante ex edicto erat, lege sua comprehendisse, non ut edictum tolleret, atque ex lege à se lata in posterum signa adhiberi vellet, sed potius ut auctoritatem edicti confirmaret. Obsignatio autem argumento certissimo est, scripturam jure prætorio necessariam fuisse, ut obsignationis illius subjectum; cum jure civili, quod nec subscriptionem nec obsignationem desiderabat, scriptura non omninò necessaria fuerit: quamvis credibile sit, frequentius ob rei memoriam scripturam intervenisse: quod & tutius esse cœpit, postquam hæres emptor familiæ esse desiit. Adeo autem & subscriptio & simul obsignatio necessaria est, ut deficiente alterutra testamentum injustum sit, *l. ad testium* 22. §. *si quis* 4. *hoc tit.* teneaturque falsi crimine tabellio, qui non utramque adhibendam curavit, *l. jubemus* 29. *in fin. C. eod.*

Et testes quidem & eorum præsentia] Quod testium præsentiam requirit, non videtur esse proprium testium testamentariorum, sed commune omnium, qui ad actum aliquem celebrandum adhibentur. Non est autem satis corpore testes præsentes esse, nisi & ani- 5
mo sint, intelligantque voluntatem testatoris. Neque tamen sermonis intelligentiam requirimus, sed placet sufficere, si vel sensu quis percipiat, cui rei adhibitus sit. Enimvero durare testes debent, donec suprema contestatio peragatur; invitos tamen retinere non licet: & si retenti sint, testamentum non subsistit, *l. qui testamento.* §. *antepen & seqq. eod.* Ad- 6
hæc rogati adesse debent, aut saltem si alterius rei causa collecti sint, ante testimonium certiorari, se ad testamentum adhiberi, *l. hæredes* 21. §. *pen. eod. l.* 21. *C. eod.* neque hæc solemnitas, cum sit extrinseca, præsumitur intervenisse, etsi in testamento scriptum sit, *præsentibus testibus infra scriptis*; sed juxta communem sententiam probari debet, nisi additum sit, *& cætera*, aut notarius nominatim rogationis fecerit mentionem, *Viv. comm. op. verb. testes tam in testamento. Farinac. lib.* 2. *de testib. tit.* 6. *Vasq. lib.* 2. *de succ. creat.* §. 13. *req.* 8. *n.* 53. *Grass.* §. *testam. qu.* 58. *Mantic.* 2. *de conj. ult. vol. tit.* 11. Hoc amplius & in conspectu testatoris, testimonii officio fungi necesse est, *l.* 9. *C. eod.* Quapropter non est satis, ut quidam tradiderunt, testes oculatos esse, si testatorem ipsi non videant, fortè velo aut cortina interjecta conspectum adimente, licet vocem ejus audiant: sed necesse est, ut faciem ejus videant, ne qua fraus fiat, alio fortè

sub-

subornato, qui vocem testatoris imitando simulet; ut ille, de quo Cynus testatur in *d. l. 9.* qui obrepserat mulieri simulando vocem mariti. Estque hæc receptior interpretum sententia, teste Sichardo in *d. l. 9. n. 2.* ubi tradit Glossam in *l. 2. §. idem Labeo. 9. de aq. pluv. arc.* contra sentientem communiter reprobari, *add. Clar. §. testamentum q. 59. Christin. vol. 4. decis. 7. n. 5. Graff. t. §. testamentum q. 59. n. 4.*

Uno contextu] Μιᾷ ὑφῇ, ἀδιαλείπτως, uno eo-
7 demque die ac tempore, *l. hac consultissima 21. C. hoc tit.* nulloque actu ab instituto negotio alieno interveniente, *l. hæredes palam 21. §. ult. hoc tit. d. l. 21. C. eod.* nisi fortè talis sit actus, quem ratio morbi testatoris, vel necessitas naturæ efflagitet, etiam in testibus: quod pluribus explicat Justinianus *l. cum antiquitas 28. C. eod.* ut tamen si quid supervenerit, ob quod aliquis è testibus diutius abesse cogatur, alius testis substitui debeat, *d. l. 28.* Cæterum hæc non eo pertinent, ut testator teneatur eodem tempore & testes adhibere & testamentum scribere vel dictare ac finire: sed ad nuncupationem testamenti sive ipsam testationem & declarationem voluntatis, cum scilicet testamentum subscribendum & obsignandum testibus in eam rem adhibitis offertur: nam quin alio tempore testamentum conscribere, & scriptionem sæpius interrumpere, alio vero testes ad solennia adhibere possit, non ambigitur, *d. l. 21. C. hoc tit.* Cum igitur uno actus contextu testari oporteat, negotioque alieno aut ad testamentum non pertinente interposito actus ille interrumpatur, vitieturque testamentum, hinc facile colligere est, quid indicandum sit de quæstione, quæ vulgo moveri solet, an contractus celebrari inter testandum possint. Nam si contractus est actus extraneus & alienus à testamento, uti revera est; necesse est, actum testandi celebratione contractus interrumpi; veluti si testator, cum jam cœpisset ordinare testamentum & necdum absoluisset, fundum aut rem aliam Titio vendere aut locare instituat. Quod si ita quæstio formetur, ut quæratur, an possit contractus fieri in ipso testamento; ne hoc quidem amittendum videtur. Quippe cum contractus, qua talis, non intelligatur, nisi celebratus sit inter plures: at quæ testamento caventur, ab uno caventur testatore, atque ex unius illius voluntate stant & cadunt. Non obstat igitur, quod testamento libertum assignare licet, *l. 1. §. 3. de assign. libert. §. ult. inf. eod. tit.* siquidem assignatio liberti, licet propriè neque legatum sit neque fideicommissum, *l. 7. d. tit.* vim tamen legati habet, dum jus patronatus, quod alioqui commune futurum erat, uni in solidum relinquitur. Sic pignoris, *l. non est mirum 26. de pign. act.* duorum reorum, *l. 9. de duob. reis,* ususfructus, *§. 1. sup. de usufr.* servitutum, *§. ult. sup. de serv. præd.* testamento constitutio, contractus non est. Neque enim cum hæc testator constituit, cum alio contrahit, neque etiam ullo modo naturam contractus aut conventionis sapit: sed ut cætera, quæ testamento caventur, leguntur aut relinquuntur, revocari possunt. Gravissima hic moveri solet quæstio, an, si legitimus numerus testiũ adhibitus non fuerit, aliudve quid meræ solennitatis in testamento omissum, veluti si testes rogati non sint, aut tantum subsignaverint sive subscripserint, non etiam obsignaverint, tale testamentum saltem in foro conscientiæ hæredem ab intestato, cui de voluntate testatoris constat, non obliget ad restituendam hæreditatem hæredi scripto, & ad legata præstanda. Obligare negat *Domin. Soto lib. 4. de just. & jur. quæst. 5. Clar. 3. sent. quæst. 90. Covar. in c. cum esses X. de testam.* Ajunt *Ludov. Molin. de just. & jur. tract. 2. disp. 81. Mantic. lib. 2. de conj. ult. vol. tit. 14. Vasq. de success. creat. §. 1. n. 23. & seqq. & de success. progress. §. 3. n. 3. Diod. Tulden. C. de testam. n. 8. Christin. vol. 4. decis. 34.* quibus assentior. Nam cum in foro conscientiæ sola veritas spectetur secundum simplicitatem juris naturalis. *c. 1. dist. 1.* sufficit ad conscientiam devinciendam, ut subsit aliqua obligatio. Qualis autem ea sit, civilis, ex qua etiam agi possit, an naturalis, quæ ad petendum in foro externo inefficax, nihil interest. At in quæstione proposita, si hæredibus certo constet de voluntate defuncti, nullamque fraudem intervenisse, ad quam avertendam solennitas omnis juris civilis comparata est, non potest non subesse naturalis obligatio, *fac. l. 2. C. de fideic. l. cum amplius 84. §. 1. de R. I. l. 5. §. si quis 15. don. int. vir. & uxor. §. ult. inf. de fideicom. hær. l. ult. C. eod.* Quod etiam bene intellexit Plinius, qui ob id sæpissime scripsit, voluntatem defunctorum, etiamsi jure deficiatur, bonis hæredibus pro jure esse, *lib. 2. epist. 16. lib. 4. epist. 10. lib. 5. epist. 7.* eoque pertinet & illud Senecæ; *Augusta innocentia est, secundum leges* (intellige *civiles*) *bonum esse.* Nimirum lex conscientiæ, quæ eadem & naturæ, legibus civilibus non mutatur, sed una & apud omnes eadem est & semper fuit, utpote cordibus omnium hominum divinitus inscripta. Hæc lex cum in corde loquatur, & dictet, voluntatem defuncti, quamvis irritam, si juris solennitatem respicias, servari oportere, utique qui eam non servat, contra conscientiam facit. Non obstat quod lex civilis, quæ solennitates introduxit, justa est, & ad communem reipub. utilitatem condita condita, ne quid scilicet falsitatis in ordinandis testamentis committatur: nam in quæstione nostra præsupponimus testamentum esse verum & sincerum, deque eo hæredi constare quod solum in foro conscientiæ consideratur: Et eo converso igitur salva pietate retineri quoque poterit, saltem quamdiu ei non contradicitur, quod relictum est testamento propter deliquium solennitatis

tatis alicujus jure civili invalido. *Mant. & alii ubi sup. Grot. lib. 3. de jur. bell. & pac. c. 7. n. 6.*

TEXTUS.

Solennitas addita à Justiniano.

4. Sed his omnibus à nostra constitutione, propter testamentorum synceritatem, ut nulla fraus adhibeatur, hoc additum est, ut per manus testatoris, vel testium, nomen hæredis exprimatur, & omnia secundum illius constitutionis tenorem procedant.

NOTÆ.

4. *Nomen hæredis exprimatur*] *l. 29. C. eod.* quod tamen abrogatum *Nov. 119. c. 9.* ut jam summa solennitatis iterum ad ea redeat, quæ comprehensa *§. praeced.* In quibusdam paganorum testamentis etiam de illa ipsa solennitate aliquid remissum, *l. 8. l. 21. §. pen. l. ult. C. eod.* & tota fere in testamentis parentum inter liberos, *d. l. 21. §. 1. & auth. quod sine, C. eod. Nov. 107.*

COMMENTARIUS.

1. *Quod hoc §. constituitur, pugnare cum principali fine testamenti scripti: tollere etiam id, quod hoc testamentum maxime differt à nuncupativo.*
2. *Quibus in testamentis paganorum, & quatenus, solennitates remissæ.*
3. *Jure Canonum ut ratum sit testamentum satis esse duos testes cum Parocho adhiberi: quod mores hodierni fere sequantur.*

A *Nostra constitutione*] Extat in *l. jubemus 29. C. hoc tit.* Jubet autem Justinianus, ut præter cæteras solennitates, quas supra commemoravimus, etiam hæc adhibeatur, ut testator nomen hæredis vel in sua subscriptione aliave parte testamenti exprimat, vel coram testibus nuncupet, si literarum imperitus sit, aut propter morbi acerbitatem scribe-
1 re nequeat. Quæ Justiniani constitutio prope est, ut pugnet cum principali fine, ob quem testamenta per scripturam fieri initio utile visum fuit; scilicet ut testator securitatis suæ causa nomen hæredis celare posset, & tabulas chartasve, in quibus scriptus esset, clausas vel involutas testibus signandas & subscribendas proponere: unde huic testamento nomen mystici. Tollitque adeo id, quo scriptum testamentum maxime differt à nuncupativo, cujus proprium est, ut præsentibus testibus nomen hæredis nuncupetur, *§. ult. inf. eod. l. hæredes 21. pr. eod.* Atque ideo etiam, ut opinor, *quod & hic. & in d. l. jubemus*, de suo Justinianus adhibuit, iterum dempsit ac remisit *Nov. 119. cap. 9.* ut jam summa solennitatis in testamento scripto requisitæ iterum ad ea redeat, quæ comprehensa sunt *§. præc.* & apertius paulò constitutione Theodosii, *l. hac consultissima 21. Cod. eod.* Ex hac tamen solennitate aliquid re-
missum est in quinque testamentorum generibus. 2
1. In testamento parentum inter liberos: siquidem hujusmodi voluntatem etiam ex testamento imperfecto valere placuit, *d. l. 21. §. 1. C. hoc tit.* & nuncupata quidem parentis voluntas omnimodo rata est, dum de ea constet, ut de cæteris rebus, id est, saltem duobus testibus; scripto autem declarata, si & tempus testamenti facti, & nomina liberorum, & uncias & res, quas inter liberos distributa velit, expresserit; idque clare & plenis literis, non notis aut signis: debetque parens aut ipse hæc scribere, aut saltem manu sua subscribere. *Nov. 107. unde auth. quod sine, Cod. eod. & ib. DD. Clar. §. testamentum, quæst. 8. Myns. 5. obs. 28. Gail. 2. obs. 112. Christin. vol. 4. decis. 7. & 8. Grot. 2. manuduct. 16. Deckher. dissert. 2. lib. 2. D. Jac. Coren. rer. jud. obs. 39.* plenissime Gudelin. *lib. 2. de jur. noviss. cap. 5. add. nostra lib. 2. sel. quæst. cap. 17. & seq.* 2. In testamentis rusticanorum, quibus permissum quinque testes adhibere, si plures non reperiantur: remissæ item subscriptiones si literati desint, *l. ult. Cod. eod.* 3. In testamento quoque tempore pestis facto de solenni nummero testium quid remittendum censent Interpretes, *vid. Myns. 1. obs. 96. Gail. 2. obs. 118. Peck. 3. de testam. conjug. 18. Præs. Everhard. Cons. 16.* quod quidem rationem habet, utique si pestis sit vehemens, & testator ipse eo morbo laboret. *Clar. §. testamentum, quæst. 56. num. 3. Christin. vol. 4. decis. 6. num. 5.* At jure nostro hoc tantum remissum hoc casu videtur, ut non necesse sit testes septem simul jungi, junctosque eodem tempore subscribere & signare, *l. 8. C. hoc tit.* quanquam contrarium passim usu receptum, teste Sande *lib. 4. tit. 1. def. 4. & ibi cit.* De moribus nostris ambigit Grot. 2. *introd. cap. 17.* sed vide Grœnew. *d. leg. abrog. ad d. l. 8.* In omni testamento ad pias causas quævis voluntas suprema, vel coram duobus testibus testata, Canonibus rata habetur, *cap. relatum 11. X. hoc tit.* Postremo in testamento posteriore, in quo scripti sunt hæredes, qui ab intestato ad hæreditatem vocantur, plauit sufficere quinque testium juratorum depositiones; ac infirmato priori testamento posteriorem hanc valere voluntatem, non tanquam testamentum, sed tanquam voluntatem ultimam intestati, *d. l. 21. §. pen. & ib. DD. Cod. hoc tit.* In universum autem Jure Canonico, ut ratum sit quodlibet testamentum, sufficit duos testes cum parocho adhibuisse, *cap. cum esses 10. X. eod.* Neque enim potest hic canon restringi ad testamenta ad pias causas, quod quidam faciunt propter *d. cap. relatum, eod.* Nam in *d. cap. cum* [illegible] omni testamento generaliter [illegible] im-

probata constitutione juris civilis de septem testibus adhibendis, ut nimis longe recedente ab eo, quod scriptum est; *In ore duorum vel trium testium stet omne verbum.* Et licet nonnulli existiment, causam nullam fuisse, cur Pontifex id, quod bene, ut ajunt, ad fraudes hominum avertendas, *l. ult. C. de fideic.* jure civili constitutum fuit, mutaret: tamen constitutionem Pontificiam usus fere probavit: qui & alias ægre patitur nimis se longe abduci à simplicitate juris naturæ.

TEXTUS.

De annulis quibus testamenta signantur.

5. Possunt autem omnes testes & uno annulo signare testamentum. Quid enim, si septem annuli una sculptura fuerint, secundum quod Papiniano visum est? Sed & alieno quoque annulo licet signare testamentum.

COMMENTARIUS.

1. *Etsi tutius est alieno annulo signantem in subscriptione id profiteri, tamen & eo omisso testamentum subsistere.*
2. *Quod hic de usu annuli alieni traditur, non pertinere ad personas publicas, quæ ex officio sigilla instrumentis apponunt.*
3. *Utrum annulo duntaxat testamenta signare liceat, an & alio instrumento characterem habente.*

1 CUm testes omnes testamentum solenne, quod per scripturam ordinatur, signare oporteat, quæsitum est, an necesse sit, singulos testes singulis annulis & unumquemque proprio signare; an vero & uno possint omnes, & eo quoque alieno. Et placuit, posse omnes signare & uno annulo, qui scilicet unius ex testibus sit, & item alieno, qui nullius sit eorum, sed vel testatoris vel alterius cujuscunque, *l. ad testium 22. §. 2. eod. l. 12. Cod. eod.* Quod quanquam interpretes vulgo ex Durandi sententia sic temperant, ut existiment, debere eum, qui non suo, sed alieno annulo signat, id in subscriptione profiteri, ne in crimen falsi incidat: tamen ego Joan. Fabro & Viglio, quos etiam nunc plerique sequuntur, assentior, confitentibus quidem tutius esse, si mentio ejus rei in subscriptione fiat: cæterum & eo omisso testamentum nihilominus subsistere putant, propter simplicem & generalem definitionem juris civilis hoc loco, ut supra *dd. ll.* traditam. Pœnam vero non mereri, quod fit lege permittente, *l. Gracchus, Cod. de adulter.* Sed & jus prætorium, quod præter signa testium nihil requirit, hac in parte non discrepare à jure civili. Igitur etsi facilius agnoscitur signum impressum annulo alieno, cum id in subscriptione annotatum est, cum tamen & sine eo recognosci possit, & vel ex eo etiam facile, quod quisque testis ex constitutionibus subscribere debet, quis & cujus testamentum signaverit; *l. pen. hoc tit.* non putaverim, vitiari testamentum signatum annulo alieno ob id, quod signator non adjecerit, annulo alieno se signasse. Unde tamen minime efficitur, quod docuit Bart. in *l. 2. testam. quem aper.* mortuo uno ex testibus ante apertas tabulas testamentum concidere: nam cum inspectio sigillorum non pertineat ad formalem aliquam testamenti solennitatem, sed ad probationem duntaxat voluntatis, cur, si ea aliunde probari queat, non sustineatur defuncti judicium? Et quid si unus è testibus, mutus, surdus, cæcus, aut furiosus factus fuerit? *vid. D. Vigl. ad §. sed cum 7. hoc tit.* ubi multas contra Bart. allegat auctoritates.
Plane quod hic de usu annuli alieni traditur, trahendum non est ad personas publicas, quæ 2
sigilla ex officio instrumentis appendunt, & verbi causa notarios. Nam ab his præcisè requiritur, ut sigilla sua apponant, idque auctoritatis & fidei publicæ causa, atque ut in dubio ex unius cum altero comparatione cognosci possint. *Nov. 73. c. 6.* Testium autem in testamento non sigilla, sed obsignationem lex requirit, ut cum opus est, signum recognoscentes, se id apposuisse testificentur. Nam ita institutum fuit, ut cum ad aperiendas tabulas testamenti ventum esset, priusquam resignarentur, prætor signatores convenire cogeret, & sigilla sua recognoscere, *l. 4. l. 7. testam. quem. aper.*

Quid enim si septem annuli una sculptura fuerint] Quasi dicat, nemini mirum videri debere, quod testibus permissum sit signare uno eodemque annulo. Fieri enim posse, ut septem annuli, quantumvis singuli singulorum sint, eandem habeant figuram, ἕνα καὶ τὸν αὐτὸν χαρακτῆρα. Neque tamen ob id minus testamentum consistere. Potest vero id etiam hodie contingere, veluti si plures ex eadem familia ad signandum adhibeantur, cum nunc agnatorum omnium eadem sint insignia, nec amplius nomen in circumferentia annuli signatorii poni soleat.

Sed & alieno annulo] Qui scilicet nullius è testibus sit. Ex eo autem quod annuli plerumque mentio fit, non satis recte colligitur, alio instrumento signatorio testamenta signari non potuisse: dici enim potest, idcirco id fieri, quia frequentius annulis veteres signabant. Et tamen de eo dubitatum
fuisse, obtinuisseque, ut tantum annulo signare 3
liceret, constat ex *l. ad testium 22. §. signum 5. hoc tit.* quod ad scrupulosam testandi subtilitatem Cujac. *lib. 14. obs. 11.* refert: alii etiam ad facilitatem probationis; *quia notior sit character annuli, qui in digitis gestari solet*; sed ista ratio nullius pre-

pretii; nam & alieno annulo signare licet. Et quid si idem sit character instrumenti & annuli? tunc enim nullo modo dignosci poterit, utrum anulo, an alio instrumento, signatum sit? Et puto, Jurisconsultum in *d.l.22.§.5.* annuli appellatione non tam intelligere figuram annuli geometricam, quam sculpturam; nec excludere voluisse instrumentum, quod eandem sculpturam cum annulo habeat, sed aliud signum impressum, diversum à charactere annuli: cujusmodi forte instrumentis veteres usi ad alia, quam literas aut tabulas, obsignanda. Id quod etiam verba Jurisconsulti indicant; *varie enim*, inquit, *homines signant*. Quod omnino accipiendum est de varietate characteris, non de materia aut forma instrumenti signatorii geometrica. Etenim qui in signando eodem semper charactere utitur, licet diversis instrumentis, quibus insculptus est, non varie signat, sed uniformiter. Et quæso, si idem character est, qnid interest, utrum instrumentum rotundum, an triangulum aut quadratum sit? aut quomodo id dignosci poterit? ac proinde etiam absurdum non est, si annulo signasse dicatur qui signavit instrumento, quod characterem annuli insulptum habet. Quamobrem prope est, ut assentiar Baroni, Hotom. Wesemb. ad *hunc §.* Et Donello *6.comm.8.* Qui locum Ulpiani in *dict.l.22. §.5.* legendum putant interposita negatione, *& magis est, ut non tantum annulo.* Quod & temperamentum subjectum, *dum tamen habeat* χαρακτῆρα, quodammodo postulat. Et ita quoque Bartolus legisse videtur argum. summarii *d. §.5.* & Joan. de Platea, qui istum §. citat ad probandum, quod scribit, non annulo tantum, sed alio quoque instrumento signatorio posse signari. Mich. Attaliat. *synops. tit. 31.* ἐνὶ δακτυλίῳ ἤτοι βουλλωτηρίῳ. Atque ita & doctiss. Salmas. *lib. de mod. usuc. cap. 10. pagin.* 456. Alii malunt, retenta lectione *cum D. Connano. 9. comm.* 2. Ulpianum intelligere de testibus, qui plura signa habent, unum in annulo, alterum & diversum in re alia impressum: ut hi potius annulo signare debeant, quam alio ullo instrumento: quia id signum, quod in annulo est, magis cujusque proprium esse putatur, magisque notum & certum est. Hodie hæc quæstio supervacua est, cum testes subscripsisse sufficiat, signa eorum non requirantur, sed solius sigillum notarii. Jac. Vervvey *art. testand. c. 9.* De more & modo signandi apud veteres usitato adi D.Salmas. *lib. de mod. usur. c. 11.*

Textus.

Qui testes esse possunt.

6. Testes autem adhiberi possunt ii, cum quibus testamenti factio est. Sed neque mulier, neque impubes, neque servus, neque furiosus, neque mutus, neque surdus, neque is, cui bonis interdictum est, neque ii, quos leges jubent improbos intestabilesque esse, possunt in numerum testium adhiberi.

Notæ.

Neque mulier] Hoc ex eo, quod in omni mancipatione testes tantum masculi admissi. Nam his verbis, *cives Rom. puberes*, mares significantur, ad Schol. Harm. *lib. 1. tit. 6. §. 52.*

Neque prodigus] Is cui bonis interdictum est, *l. 18. pr. D. eod.* Bene Græci; ὁ κωλυόμενος διατίθεσθαι οὔτε μαρτυρεῖ ἐν διαθήκῃ. 35. Basil. *tit.* 1.

Neque impubes] Livius apud Priscian. *lib. 8. Impubes libripens esse non potest, neque amtestari*, id est, *neque testis fieri*, passive. Active autem *amtestari*, est testem facere, μαρτύρεσθαι. *v.* Salmas. *ad jus Attic. pag.* 811.

Commentarius.

1. *Communem testium habilitatis notam esse, si sit cum iis testamenti factio: & quid hoc sit.*
2. *Cur à testimoniis testamentariis arceantur mulieres.*
3. *Cur non admittatur surdus, cum adhiberi possit, qui sermonem testatoris non intelligat.*
4. *Utrum cæcus adhiberi possit.*
5. *Qui dicantur intestabiles: & an hi quoque testamenti factionem passivam habeant.*

NOn satis est, septem testes ad testamentum adhibitos esse; etiam conditionem cujusque inspici & non nisi idoneos admitti placuit. Et recte: quippe cum fides testationis non tam firmetur numero testium, quam auctoritate, per *l. 3. §. 2. & 3. de testib.* Estque fere tota hæc tractatio de habilitate testium nuncupativo testamento cum scripto & mystico communis.

Cum quibus testamenti factio est] Hæc communis 1
nota est testium habilitatis, si sit cum iis testamenti factio, id est, si hæredes institui aut ex alieno testamento vel sibi vel alii acquirere possunt. Nam quatenus quis jus habet faciendi testamenti, non recte dixeris esse tibi cum eo testamenti factionem, ut bene recentiores notant. Et proprie item loquitur Imperator, cum dicit, *cum quibus testamenti factio est*, non qui testamenti factionem habent: siquidem testamenti factio activæ significationis est, ut proprie dicatur testamenti factionem habere, qui faciendi facultatem habet, *l. 3. l. 4. l. 8. in fin. l. is cui, l. 18. l. si filiusfam. 19. hoc tit. l. 1. §. exigit. 8. de bon. poss. sec. tab. l. 3. C. de apostat.* At qui ipsi testamentum facere non possunt, sed tantum ex testamento capere, cum iis rectius dicitur esse vel haberi testamenti factio, ut in *§. 2. inf. de hær. inst. § legari 24. inf. de legat. l. non*

minus;

minus 31. *l. ſi alienum* 49. §. 1. *de hær. inſt. l.* 7. *pro legat.* quam eos haberi teſtamenti factionem. Quanquam hæc verborum proprietas perpetuo non obſervatur, ut videre eſt in *l. filiusfam.* 16. *hoc.tit.l.ult. pro hæred.* §. *in extraneis, inf. de hæred. qual.* quibus in locis teſtamenti factionem habere dicuntur etiam illi, qui tantum capere ex teſtamento poſſunt. Unde factum, ut docendi gratia interpretes teſtamenti factionem diſtinxerint in activam & paſſivam.

Sed neque mulier, neque impubes &c.] Enumeratio perſonarum, quæ varias ob cauſas in teſtamento teſtes eſſe prohibentur, & quidem ſimpliciter in te-
2 ſtamento cujuſvis. Cur mulier hic teſtis non admittatur, cum alias jus dicendi teſtimonii habeat, *l. qui teſtamento* 20. §. *mulier* 6. *hoc tit. l. ex eo* 18. *de teſtib.* non una ratio reddi poteſt. 1. Quia certum numerum teſtium ad actum aliquem lex requirit, intelligitur requirere teſtes graves & omni exceptione majores, in quos judici non liceat poſtea inquirere: talis autem non eſt mulier. 2. Quia ſexus muliebris non ſatis ſagax creditur ad odorandas fraudes, quæ in ſubornandis teſtamentis ſtrui ſolent. 3. Quia hic numerus teſtium non tantum requiritur ad probationem actus, ſed etiam ad conſtitutionem: leges autem veteres, teſte Scholiaſte ad Harmenopulum *lib.* 1. *tit.* 6. §. 52. ἐν ταῖς συστατικαῖς μαρτυρίαις μὴ μαρτυρεῖν τὰς γυναῖκας ἀποφαίνονται. Συστατικὰς μαρτυρίας, hoc eſt, *teſtimonia conſtitutiva*, quæ faciunt, ut negotium conſiſtat, (Mercerus vertit *commendatoria*) opponit ἀποδεικτικαῖς; id eſt, *demonſtrativis*, ſive quæ adhibentur duntaxat probationis cauſa. 4. Quia teſtatio ſupremæ voluntatis non eſt actus repentinus aut fortuitus, ut nihil neceſſe ſit, ubi viri honeſti haberi poſſunt, accire fœminas, per *Nov. de teſtib.* 90. *cap.* 1. Quibus rationibus item moveor, ut credam, ne in codicillis quidem mulierem teſtem eſſe potuiſſe, contra quam ſentiunt *Vigl. & comm. DD.* Mitto quod ſolennis illa teſtandi ratio per familiæ mancipationem, unde qualitas teſtium, maſculos tantum teſtes admiſiſſe videtur, uti reliquæ quoque mancipationes & contractus, qui fiebant per æs & libram: & quod Romani turpe & verecundiæ ſexus minime conveniens putaverunt, fœminas cum viris hujuſmodi negotiis intereſſe. Et hoc etiam moribus noſtris conſentaneam videtur. *Grœnevv. de ll. abrog. hic, & §. ult. inf. de codicill. Cyprian. cenſ. Belg.* Impubes teſtis non admittitur, propter imperfectum animi judicium: quam ob cauſam nec aliis in negotiis teſtimonium ejus recipitur, *l.* 3. §. *lege* 5. *l. inviti* 19. §. 1. *de teſtibus.* In cauſa autem teſtamenti hoc ſpeciale eſſe exiſtimatur, quod nec pubes factus teſtimonium pro teſtamento dicere poſſit, ad quod impubes adhibitus fuit; cum in aliis cauſis teſtimonii dictionem habeat poſt pubertatem de his, quæ impubes vidit; utique ſi teſtetur de iis, quæ veriſimiliter ab impuberibus capi poſſunt, & quæ vidit, cum jam eſſet pubertati proximus. *Ioan. Fab. Vigl. hic, Oldend. part.* 4. *de teſtib. num.* 12. ex ſententia communi. Servum excludit conditio perſonæ, quia nullam juris civilis communionem habet, *d. l. qui teſtamento*, §. *ſervus*, quæ ratio etiam peregrinos removet, *l. ſunt quidam* 17. §. 1. *de pœn.* & nominatim lex deſiderat cives Romanos. Furioſus nihil intelligit: cæterum ſi remiſſionem non habet, poterit eo tempore adhiberi, *d. l. qui teſtamento*, §. *ne furioſus.* Mutus pro teſtimonio quid 3
actum ſit eloqui non poteſt. Surdus quid dicatur ſenſu non percipit: imo nec moneri poteſt, quid teſtator acturus ſit; plurimumque qui ſurdus, idem & mutus. Teſtes autem in dicendo teſtimonio interrogandi, *per l.* 1. *teſtamenta quem. aper.* nec teſtimoniis, ſed teſtibus credendum, *l.* 3. §. 2. *de teſtib.* Hinc etiam intelligitur, cur potius, quam ſurdus, admittatur qui ſermonem teſtatoris non intelligit: nimirum quia hic alia lingua moneri poteſt, cui rei adhibeatur, & ipſe teſtimonium dicere: ſingula enim percipere nihil neceſſe eſt, *dict. l. qui teſtamento* §. *pen.* utique cum teſtamentum per ſcripturam fit. Nam in nuncupativo hoc locum habere non puto, in quo totum negotium palam explicatur, auribusque ſermoni teſtium permittitur. De cæco nihil traditum. Sed non poſſe eum adhiberi, recte cenſent 4
Weſemb. & Bachov. quoniam teſtatorem videre non poteſt, quod in omni teſtamento requiritur, *l.* 9. *Cod. eod.* nec ſignum recognoſcere, quod in ſcripto, *l.* 4. *&* 7. *teſtam. quem. aper. fac.* 2. §. 5. *verſ. caſum, de poſtul.* Prodigis notam inurit adminiſtrationis bonorum interdictio, fidemque teſtimonii elevat: atque adeo in toto pene jure civili prodigi pro furioſis, & eadem conditione, qua furioſi, habentur, *l.* 1. *de curat. fur. l.* 12. *in fin. de tut. dat. l. furioſi* 40. *de reg. jur.* congruit *l. is cui lege* 18. *in pr. hoc tit.*

Improbos inteſtabileſque] Inteſtabilis dicitur, cui 5
nec teſtamentum condere licet, nec teſtimonium alteri dicere; & cui viciſſim nemo teſtimonium dicere tenetur, uti quiſque tenetur civi honeſto, ſi denuntiatum ſit, *l. is cui* 18. §. 1. *l. cum lege* 26. *hoc tit.* Ex Senatuſconſulto inteſtabilis, qui ob carmen famoſum damnatus eſt, *d. l.* 18. §. 1. *l.* 5. §. *ſi quis* 9. *de injur.* Ex conſtitutionibus, apoſtatæ & hæretici, *l.* 3. *C. de apoſtat. l.* 4. *C. eod. de hæret. & Manich. l. hæreticus* 44. *C. Theod. de his qui ſup. reb.* Ex duodecim tabulis, anteſtatus & libripens, ſi poſtea teſtimonium perhibere detrectaſſent. Verba legis refert Gellius *lib.* 15. *cap.* 13. *Quoi ſe ſierit anteſtarier, libripenſve fuerit, nei teſtimonium fariatur, improbus inteſtabiliſque eſt.* Ita locum iſtum obſcurum, & depravatum antea, reſtituit Max-

Marcillius *cap. 5. leg. duod. tab.* quod male processerat Cujacio. De eo quæsitum, an is, qui intestabilis dicitur, nec hæres institui potuerit, aut alias ex testamento alieno capere: nam cæteros omnes, quos hic commemorat Justinianus, constat, testamenti factionem passivam habere. Et quidem hæreticis nominatim hæc tria denegantur, testimonii dictio, testamenti factio, successio tam ex testamento, quam ab intestato, *dict. l. 3. Cod. de apostat.* De aliis expresse cautum non est, ne hæredes instituantur. Ex eo tamen quod Gajus scribit, cum lege quis intestabilis esse jubetur, hoc etiam eo pertinere, ut ne ipsi dicatur testimonium, *d. l. cum lege 26. hoc tit.* sequi omnino videtur, ut nec hæres institui possit: neque enim arbitror defendi posse, testatori duntaxat, non etiam hæredi, de cujus solius commodo agitur, testimonium perhiberi. Facit huc *l. imperialis 23. §. 3. C. de nupt.* qua permittitur mulieribus scenicis post impetrationem Principalis rescripti & condere testamentum & aliis succedere. Inde enim hoc colligimus, & scenicas fœminas intestabiles habitas fuisse, & qui intestabiles essent, hæredes non potuisse institui. Itaque non satis accurati sunt compilatores, qui intestabiles cum superioribus, quos omnes hæredes institui posse constat, una exceptione à regula eximunt, quasi & ipsi alioqui ad regulam pertinere videantur.

TEXTUS.

De servo qui liber æstimabatur.

7. *Sed quum aliquis ex testibus testamenti quidem faciend. tempore liber existimabatur, postea autem servus apparuit, tam divus Adrianus Catoni, quam postea divi Severus & Antoninus rescripserunt, subvenire, se ex sua liberalitate testamento, ut sic habeatur firmum, ac si, ut oportebat, factum esset: quum eo tempore, quo testamentum signaretur, omnium consensu hic testis liberi loco fuerit, nec quisquam esset, qui status ei quæstionem moveret.*

NOTÆ.

7. *Testamenti faciendi tempore*] Hoc tempore inspicitur testium conditio, non tempore mortis testatoris, *l. 22. §. 1. eod.* idque ex Principum liberalitate obtinuit etiam in habilitate privativa, ut loquuntur.

§ *Omnium consensu*] Totius civitatis, aut majoris partis civium. Quia ita se gerebat, ita agebat, sic muneribus fungebatur, ut publice liber plerisque habebetur, arg. *l. 3. pr. de sen. Mac.* facit, *l. 1. C. h. t.*

COMMENTARIUS.

1. *Conditionem testium tempore testamenti facti spectari: non nocere, si quid eis postea contigerit.*
2. *Idem observari in habilitate putativa.*
3. *Confutatur eorum error, qui putant testamentum corruere, si quis è testibus ante apertas tabulas moriatur aut inhabilis fiat.*
4. *Quid verba hæc,* omnium consensu, *hic significent.*

NON tantum numerus testium, sed eorum etiam qualitas & requisita conditio est de forma testamenti substantiali, ut loquuntur, non de forma probatoria duntaxat: adeo ut si vel in uno è testibus hujusmodi qualitas deficiat, testamentum per se nullum sit. Enimvero conditionem testium inspici placuit, cum testamentum signarent, non 1 tempore mortis: nam si tempore testamenti facti tales omnes fuerint, ut adhiberi possint, nihil nocet, si quid postea eis contigerit, puta si quis postea servus factus sit aut intestabilis, furere cœperit aut prodigus esse, *l. ad testium 22. §. 1. & ib. Cujac. hoc tit.* Quid ergo si quis adhibitus sit, qui quidem adhiberi prohibetur, sed qui communi opinione pro tali testamenti tempore habebatur, qui adhiberi potest; puta si servus adhibitus sit, qui omnium opinione liber existimabatur, & cui nemo eo tempore status controversiam movebat? Testamentum nihilominus sponte sua vitiosum & injustum est, nec communis error formam juris publici mutare potest. Cæterum quod per se momentum nullum habet, Imperatores ex humanitate sustineri voluerunt, atque ut Justinianus hic loquitur, ex liberalitate sua hujusmodi testamentis subvenerunt, ut perinde firma sint, ac si omnibus suis numeris ac partibus constarent. Ridiculum vero est, quod vulgo, ex hoc loco colligunt, communem errorem jus facere: non enim error, sed in errore summa Principum auctoritas, jus hoc benigne & speciali favore ultimæ voluntatis constituit.

Tam divus Adrianus Catoni (quidam Codices habent Catonio, *Theophilus* Catonio Vero) *quam divi Severus & Antoninus*] Rescriptum Severi & Antonini non extat. Adriani est in *l. 1. Cod. hoc tit.* unde tamen non satis expeditum, quid juris esse debeat, si quis consignationis quidem tempore pro libero habitus sit, postea autem ante apertas tabulas in servitutem revocatus status controversiam passus fuerit. Nam Adrianus sua constitutione hoc tantum significat, si quis testis pro libero habitus sit tempore testamenti, cui usque ad tempus aperiendarum tabularum nemo status controversiam moverit, testamento non obesse debere, quod nunc hæc quæstio ei moveatur. Unde effici videtur, non idem esse, si jam eo tempore servum esse appareat. Sed dicendum est, aut verba Adria-

Adriani non ita accepta eſſe, quaſi caſus iſte ſemper in hiſce quæſtionibus requiratur, ſed expreſſa, quia id in ea controverſia forte acciderat, de qua conſultus erat; aut conſtitutione Severi & Antonini rem plenius poſtea definitam. Sane Juriſconſultus ſimpliciter ait, teſtium habilitatem tempore teſtamenti facti ſpectandam; quod poſtea accidit, non nocere, *dict. l. ad teſtium* 22. §. 1. *hoc tit.* Hoc autem non tan-
2 tum pertinet ad habilitatem veram, ſed etiam ad putativam: quippe quæ eandem vim ex Principum liberalitate habeat. Atque ut nihil præter hunc locum haberemus, is ſolus apertiſſime oſtendit, ſatis eſſe liberum quem exiſtimari tempore faciendi teſtamenti: nec ex eo, quod poſtea eſſe apparuit, teſtamentum vitiari. At dicat aliquis, cum ſignatores tempore aperiendarum tabularum ſigilla ſua apud prætorem recognoſcere & pro teſtamento teſtimonium dicere debeant, *l. 4. & ſeqq. teſt. qu. aper.* an non ex eo neceſſario ſequitur, teſtamentum corruere, ſi quis è teſtibus, qui, conderetur teſtamentum, pro libero adhibitus fuit, nunc, cum aperiendum eſt, ſervus appareat? *arg. l.* 11. *C. de teſtib.* quo loco ſcriptum eſt ſervos teſtimonii dictionem in judicio non habere. Non magis, inquam, quam ſi quis è teſtibus ante apertas tabulas vita functus ſit, aut furioſus, cœcus, mutus, ſurdus, &c. factus. Nam ut teſte
3 D. Viglius, ſigillorum iſta inſpectio requiſita fuit, non ut formalis aliqua teſtamenti ſolennitas, ſed ad certiorem probationem voluntatis, & tunc, cum teſtes adhuc viverent, aut tales eſſent, qui teſtimonium perhibere ſignis inſpectis & recognitis poſſent; teſtibus autem mortuis, aut inhabilibus ante id tempus factis, non idcirco ſtatim voluntas defuncti concidit, cum adhuc aliis argumentis & conjecturis ſigillorum fides confirmari poſſit, maxime accedente adminiculo ſubſcriptionis teſtatoris & teſtium: nam manus cujuſque & ſubſcriptio pluribus nota eſſe ſolet; poteſtque etiam in dubio probari per literarum comparationem. Fuſius hac de re diſputat D. Viglius contra veteres juris interpretes, qui putavere, vel uno teſte ante aperturam tabularum mortuo vel inhabili facto teſtamentum protinus irritum fieri: oſtenditque, ex ea perſvaſione factum, ut vetus teſtandi forma pene abolita ſit, cœperintque curare homines, ut de teſtamentis inſtrumenta publica per Notarios fierent; quod olim fuit incognitum. At uſitatum erat teſtamenta publicari, hoc eſt, actis inſinuari vel referri in acta publica; quod hæredes ſcripti fieri procurabant, ne, ſi caſu materia, in qua primum teſtamentum ſcriptum eſſet, intercidiſſet, proximi ab inteſtato negotium iis faceſſerent. Nam publicatum teſtamentum priori ſcriptura caſu amiſſa plenam fidem ſine alio adminiculo faciebat, *vid. l.* 2. *& l. teſtamenta* 18. *Cod. hoc tit. & ibi D. Donell.* Quod autem de ſervo reſcriptum eſt, id non dubito, quin recte producatur ad defectus aliarum quoque qualitatum, quæ in teſtibus teſtamentariis requiruntur, ſi eadem ratio eſt; puta ſi impubes adhibitus ſit, qui pubes putabatur; mulier virili habitu virum ſimulata; prodigus, qui tempore conditi teſtamenti pro ſano à pleriſque habebatur. Idem enim favor, eadem benignitatis ratio teſtamentum, quod ſummo jure inutile, defendunt. *Ioſeph. Ludov. comm. opin.* 69. *in* 4. *fallent.*

Omnium conſenſu] Donell. in *l.* 1. *C. hoc tit.* conſenſum ſive opinionem cæterorum teſtium intelligit. Quod non placet. Quid enim, ſi hi neſciant, ſervum eſſe, aut ſtatus controverſiam pati, quod alii omnes in civitate ſciant? Nec magis verba, *omnium conſenſu*, ad teſtes ſolos reſtringi poſſunt, quam illa, quæ mox ſequuntur, *nec quiſquam eſſet, qui ſtatus ei quæſtionem moveret*, quæ itidem expreſſa ſunt reſcripto Adriani. 4
Omnium igitur conſenſu ſic potius accipiemus, conſenſu omnium, qui in civitate ſunt, opinione totius populi, aut certe majoris partis, quia publice liber à pleriſque habebatur, ſic agebat, ſic contrahebat, ſic muneribus fungebatur, *argum. l.* 3. *in pr. de ſen. Mac. l.* 3. §. 2. *de teſtib.* Quam ob cauſam Joan. Fab. exiſtimat, nec illud teſtamentū nociturum, ſi unus & alter è teſtibus ſciverit conditionem illius, & tacuerit. Putatque hoc amplius, locum eſſe huic conſtitutioni, etiam ſi plures ejuſdem generis non idonei per ignorantiam adhibiti ſint, *arg. d. l.* 1. *C. hoc tit.* quod & Bachovius videtur admittere, dum ne pauciores, quam duo, habiles ſint & idonei. Latius hic exſpaciantur DD. dum quærunt, an geſta ab his, qui ſe pro ſcribis aut notariis gerunt, cum non ſint, ſed communi errore tales habeantur, & inſtrumenta ab his facta, valeant. Et ſic vulgo diſtinguitur, ut referat, utrum alicui publica auctoritate hujuſmodi perſona per errorem impoſita ſit, an quis ipſe ſibi privatim eam aſſumpſerit: illo caſu valere quod geſtum eſt, per *l.* 3. *de off. præt.* hoc caſu acta non valere, & ſpeciale eſſe, quod in caſu hujus §. teſtamento ſuccurritur, *vid. Sichard. ad d. l.* 1. *C. hoc tit. ſub fin. Iaſon. ad d. l.* 3. *qui de eo diſputat accuratiſſime.*

TEXTUS.

De pluribus teſtibus ex eadem domo.

8. Pater, nec non is, qui in poteſtate ejus eſt: item duo fratres, qui in ejuſdem patris poteſtate ſunt, utique teſtes in uno teſtamento fieri poſſunt: quia nihil nocet, ex una domo plures teſtes alieno negotio adhiberi.

NOTÆ.

NOTÆ.

§ 8. *Pater, nec non is, &c.*] *Ex l. pater. 17. D. de testib.* ratio est in textu add. *l. 20. pr. h. t.* Ulp. *tit. 20. §. 5.*

COMMENTARIUS.

HIc locus sumptus est ex *l. pater. 17. de testib. add. l. ad testium 22. pr. hoc tit. Ulp. tit. 20. §. 5.* Dubitandi causa, ut mox indicatur, esse potest, quod plurium ex una domo testimonium suspectum videatur, propterea quod hi facilè colludere atque in unam eandemque meditatam sententiam conspirare possunt, *& fac. l. 3. §. 1. de testib.* Sed subjungitur solutio, nimirum tale nihil hic metuendum, ubi plures ex una domo testes adhibentur negotio alieno, unde nihil ipsi commodi sperent; suspicionibus enim non usque adeo indulgendum esse, ut quisquam gratuito malus esse præsumi debeat. Quapropter quod dicitur in *l. 6. de testib.* testes idoneos non esse, quibus imperari potest, ut testes sint, recte Glossa sic interpretatur, ut testes sint in causa imperantis, eosque pro se producentis. Ne quis putet jus potestatis & filio imperandi obstare, quominus pater simul & filius in alieno negotio testes esse possint. Neque ambigendum est, quin filiusfam. etiam patre invito testimonii dictionem habeat, cum publica auctoritate testimonium denuntietur, cujusmodi in causis jura patris interquiescunt, *arg. l. 9. de his qui sui vel al. jur.* Illud etiam hic notandum, patrem & filium, item duos fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, in alienis negotiis (non enim in testamento duntaxat hoc obtinet *d. l. 17. de testib.*) diversarum personarum numero haberi.

TEXTUS.

De his qui sunt in familia testatoris.

9. *In testibus autem non debet esse is, qui in potestate testatoris est. Sed si filiusfamilias de castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater ejus recte adhibetur testis, nec is, qui in potestate ejusdem patris est. Reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium.*

NOTÆ.

9. *Post missionem, &c. nec pater ejus, &c.*] Aliud tamen placuisse videtur Ulpiano & Marcello, *l. 20. §. 2. h. t.* ut bene animadvertit Hotom.

In potestate ejusdem patris] Frater scilicet testatoris *συνυπεξούσιος*, non emancipatus.

Domesticum testimonium] Id est, eorum, qui ita conjuncti sunt, ut alter sit in familia potestate alterius; & una cum eo fictione juris persona. Nam ut recte Græci, *οἰκειακὴ μαρτυρία, οὐκ ἐκ τῆς συγγενείας, ἀλλ' ἐκ τοῦ ἑνώσεως τοῦ ὑπεξουσιότητος λαμβάνεται. Non ex cognatione, sed ex coadunatione, quæ per patriam potestatim contingit.* Eadem scil. ratione, qua sui hæredes domestici, *§. 2. inf. de hær. qual.* In judiciis autem testes omnes domestici intelliguntur, qui de domo accusati producuntur, *l. 3. C. de testib. l. 24. D. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Quomodo quæstio formanda in filio teste in testamento patris.*
2. *Quid obstet, quominus qui in potestate testatoris est, testis in ejus testamento esse possit. Et quid de filio emancipato, &c.*
3. *Cur in testamento filiifam. post missionem de castrensi peculio testantis pater testis non admittatur, qui tamen ad tabulas filii emancipati recte testis adhibetur.*
4. *Dissentire Iustinianum in proposita specie ab Vlpiano & Marcello.*
5. *Domesticum testimonium hoc loco æstimari ex unione personarum, quæ per potestatem contingit: etsi in aliis causis domestica testimonia interpretamur testimonia personarum domesticarum.*

HActenus de personis, quarum ea est inhabilitas ut nullius in testamento testes adhiberi possint: sunt etiam quædam, quæ cum per se habiles sint, & recte adhibeantur, non tamen rectè adhibentur in testamentis omnium, idque ob causam aliquam privatam, quæ eas κατά τι inhabiles facit. Causa hujus inhabilitatis duplex: conjunctio testis & testatoris per potestatem: item negotium testamenti ad eum, qui testis adhibetur, pertinens. Prima hoc §. altera seq. explicatur.

Qui in potestate testatoris est] Igitur nec filius testatoris, nec nepos ejus ex filio, qui in potestate sit, nec is, quem testator ab hostibus redemerit, *l. qui testamento 20. in fin. pr. & §. 1. hoc tit.* Sed enim cum constet, filium, qui in potestate sit, aut heredem in- 1
stituendum esse, aut nominatim exheredandum, silentio eo præterito testamentum ipso jure non consistere, absurda potest videri hæc disputatio. Nam fingamus, esse institutum, jam alia & propria ratione testis esse non poterit, quia heres, *§. seq.* Fingamus, exheredatum, & nihil videtur obstare, quominus recte testis sit, qui sua se manu exheredem scribere potest, salvo testamento, *l. non putavit 8. si quis 6. de bon. poss. cont. tab.* nec ullæ hic metuendæ technæ, cum in suam nemo perniciem ingeniosus sit. Quod si dicas, durum videri, ut filius palam testis adhibeatur exheredationis & ingratitudinis suæ; quid si testa-

testamentum, quo exheredatus est, clausum proponatur, in quo quid scriptum sit, à testibus omnibus ignoretur? ita enim in proposito quæstio formanda est, ut jam illud objici non possit. Quid est igitur,
2 quod hic obstet, quo minus filius testis sit? Nihil aliud, quam jus potestatis, quod fictionem quandam unitatis personarum inducit inter eum, qui habet in potestate, & qui in potestate habetur, *§. si quis inf. de inut. stip. l. ult. C. de impub. & al. subst.* Quo fit, ut si alteri alter testimonium dicat, sibi quodammodo dicere videatur, quod subtilitas juris non patitur, ut post Viglium hic notant plerique recentiores, & est textus eo pertinens in *§. seq. in fin.* Addunt nonnulli, huc etiam referendum, quod generaliter placuit idoneos testes non videri, quibus imperari potest, ut testes fiant, *l. 6. de testib.* Ego vero arbitror, definitionem istam valere tantum in testimoniis judicialibus; quamvis verum sit, hic quoque quæri de adhibendo eo, cui imperari potest. Ait, *qui in potestate.* Igitur à contrario, qui in potestate testatoris non est, puta filius emancipatus, rectè testis adhibetur, & pater vicissim in testamento illius; neque enim credendum est, verba illa frustra hic & in *d. l. 20.* expressa esse. Præterea cessat in emancipato ratio prohibitionis, vinculum scilicet unitatis, quod per emancipationē solvitur. Et vel magis igitur poterit quis testis esse in testamento matris & avi materni. Non obstat, quod parentes & liberi hoc ipso quod parentes & liberi sunt, invicem testes esse prohibentur, *l. 9. de testib. l. 6. C. eod.* nam ista prohibitio pertinet tantum ad illa testimonia, ex quib s lucri aliquid accedere potest parenti vel filio, cui testimonium dicitur, qualia sunt testimonia judicialia, de quo paulo diligentius postea.

Sed si filiusfam, post missionem &c. neque pater ejus rectè adhibetur] Filiusfam. testamentum facere non potest, præterquam si testetur de castrensi peculio *inf. tit. 12.* ac proinde eo solo casu quæstio hæc locum habere potest, an pater ad testamentum ejus testis adhiberi possit. Sic autem hoc loco distingui-
3 tur, ut si filiusfam. militans adhuc testamentum faciat de rebus castrensibus, pater rectè testis adhibeatur, si post missionem non æquè. Cæterum quod ad priorem casum; amplius adhuc distinguendum existimo, utrum scilicet militans adhuc testamentum faciat jure militari in castris aut expeditione, an extra castra jure communi; ut illo demum casu pater rectè adhibeatur, propter liberrimam, quæ militibus data est, in castris testandi facultatem: hoc autem casu non magis, quam si testetur post missionem, *arg. pr. & §. 3. tit. seq.* & verba illa, *post missionem,* non ideo hic adjecta esse, quia ante missionem filius testamentum faciens semper patrem adhibere possit; sed quia post missionem nunquam. Sed hic nobis occurritur exemplo emancipati, ad cujus tabulas patrem posse testem adhiberi diximus, non alia ratione, quam quia emancipatus non est in potestate. At in eo, de quo quærimus, nec filiusfam. in potestate est; quippe qui in castrensi peculio vice patrisfam. fungitur, *l. 2. de sen. Mac.* Huic objectioni ita ferè responderi solet, multum interesse utrum quis revera & sine exceptione sit paterfam. & patri suo extraneus, qualis est filius emancipatus; an quis in re aliqua pro patrefam. habeatur, manens revera ὑπεξούσιος & domesticus patri suo: qualis est, qui peculium castrense habet. Etenim peculii hujus concessionem non eximere filium de domo & potestate patris; *§. 4. sup. quib. mod. jus pat. post. solv.* & consequenter non efficere, ut una persona cum parte censeri desinat: tantum liberam filiofam. de iis rebus disponendi facultatem tribuere, & hæredem etiam in iis instituendi, in quo patrifam. comparetur. Cæterum ut ipse pater propter vinculum unitatis, quod retinetur, hunc filium ad suum testamentum adhibere non potest, ita nec in illius tabulis patrem adhiberi posse. Equidem fateor, hæc ita pro Justiniano, &, si qui veterum fuere, quos ille secutus est, speciosè disputari: video tamen, aliud placuisse Marcello, cujus auctoritatem etiam Ulpianus secutus est in *l. qui testamento 20. §. 2. hoc tit.* Ita enim scribit: *Per contrarium quæri potest, an pater ejus, qui de castrensi peculio potest testari, adhiberi ab eo ad testamentum testis possit. Et Marcellus libro 10. Digestorum scribit posse: & frater ergo poterit.* Contraria omnino 4
sententia & directo pugnans cum eo, quod hoc loco tradit Imperator, ut benè animadvertit D. Hotomannus. Nam quod cæteri interpretes, inter quos etiam Viglium & Bachovium esse video, Marcelli sententiam restringunt ad eum casum, quo filiusfam. de peculio castrensi testatur jure militari sive privilegiato, nullo colore defendi potest. Primum quia tota tractatio illius tituli propria est testamenti solemnis, ut proinde verisimile non sit Ulpianum eo loco miscuisse quæstionem, quæ ad militaria testamenta pertineret; quod nulla alia in parte ejusdem tit. aut factum est, aut factum oportuit. 2 Quia Ulpianus hanc quæstionem proponit oppositivè ad præcedentem, quæ oppositio in dissimili genere testamenti plane inepta foret. Negaverat, *in §. 1. ejusdem l. 20.* filium, qui in potestate est, testem esse posse in testamento patris. Hoc dictum omnes intelligunt de testamento solemni, nec ad testamentum militare pertinere. Mox per contrarium quærit, an pater ejus, qui de peculio castrensi testari potest, adhiberi ab eo ad testamentum testis possit; & ait, posse, ex sententia Marcelli. At hæc quæstio minimè præcedenti contraria est, nisi de eodem genere testamenti, ad quod præcedens pertinet, accipiatur.

3. Notanda sunt verba Jurisconsulti. Non quærit de testamento filiifam. militis aut in castris agentis, sed quæstionem generaliter atque indistinctè proponit de omni filiofam. qui de castrensi peculio testari potest: at potest non solum miles in castris agens jure militari, sed item etiam extra castra jure communi: potest eodem jure & veteranus seu militia missus. 4. De testamento jure militiæ facto ne dubitari quidem justè potest; quippe cum verba privilegii, quod militibus indultum est, *quomodo velint. quomodo poterunt.l.1. de testam.mil.* facilè hanc in personis testium differentiam absorbeant, & reciprocationem testimoniorum patris & filii admittant; imo ne testem quidem desiderent, ubi de militis voluntate constet: de quo amplius §. 1. *seq. tit.* Et fortasse motus fuit Marcellus ea, quam dixi, ratione; quia placuit, filiumfam. in peculio castrensi pro patrefam. haberi, quasi ob id etiam diversam à patre personam in causa istius peculii sustinere debeat: id enim receptum est, cum de acquirendo ex causa hujus peculii agitur, in quo ferè solo alioqui fictio illa, quod pater & filius pro una persona habeantur, locum habet.

Ea in re domesticum testimonium] Mysticus horum verborum sensus est, ne quis ex his colligat, in aliis causis domestica testimonia non reprobari. Quin in causis judicialibus multo magis reprobantur, & tanto, quanto major est reprobationis causa. Sed nimirum hæc Justiniani sententia est; Licet in testamentis de lucro aut commodo ejus, qui testes adhibet, non agatur, ut fit in causis forensibus, ac proinde hic verendum non sit, ne propter affectionem aut reverentiam veritas celetur, quam ob causam etiam personæ conjunctissimæ & amicissimæ hic invicem jus dicendi testimonii habeant: nihilominus tamen domesticum in hac causa testimonium prohibitum esse, hoc est, eorum, qui ita conjuncti sunt, ut alter sit in familia & potestate alterius, & fictione juris eadem cum altero persona, unde cum alteri testimonium præstat, sibi quodammodo præstare videatur:
5 Hac sola juris subtilitate testimonia in proposito vetari, non aliqua falsi suspicione propter cognationem aut affectum. Atque hanc esse Justiniani sententiam hic ipse locus satis perspicuè indicat, quem idcirco etiam his verbis extendit Theophilus; τὴν γὰρ οἰκιακὴν, inquit, μαρτυρίαν οὐκ ἐκ τῆς συγγενείας, ἀλλ' ἐκ τῆς ἑνώσεως τῆς ἐν ὑπεξουσιότητι λαμβάνομεν. eademque ferè ratione Justinianus *inf. de her. qual.* §. 2. suos hæredes appellatos esse ait, quia domestici hæredes sunt, quibus opponit extraneos, id est, omnes, qui in potestate morientis non fuerunt. Cum igitur prohibendi hujus testimonii non alia causa sit, quam unio illa personarum, quæ per potestatem contingit, sequitur, inter eos, qui ita uniti non sunt, testimonia testamentaria licita esse, quamvis alioqui summa sit inter eos conjunctio aut charitas. Itaque & patrem rectè testem adhiberi in testamento filii emancipati, avum in testamento nepotis ex filia & contra: item virum in testamento uxoris; multoque magis patronum in testamento liberti, & patremfam. in testamento mercenarii, & vice versa libertos & mercenarios in testamentis illorum: ac proinde errare interpretes, & inter hos Ant. Matthæum, qui testimonia testamentaria cum judicialibus confundunt. In judiciis nulli parentes & liberi invicem idonei testes, *l. 9. de testib. l. 6. C. eod.* suspecti omnes, quibus quovis modo imperari potest, *l. 6. eod.* qualis est etiam libertus in domo patroni degens; item qui mercede conducuntur, ut famuli & coloni in villis, aut id genus alii, qui domi famulantur. In his enim causis domestica interpretamur testimonia personarum domesticarum, hoc est, eorum omnium, qui de domo rei, qui in eos imperium habet, producuntur, *l. pen. de testib. fac. l 11. §. furta domestica de pœn. l. ante penult. §. pen. C. de his qui ad eccles. conf.* Discriminis ratio jam ante à me indicata hæc est, quod in cæteris causis agitur de commodo pecuniario ejus, cui testimonium dicitur, ut merito in his testes omnes rejiciantur, quos vel affectione, vel reverentia, aut obsequio veritatem celaturos suspicio est: in testamento autem non de commodo testatoris, sed hæredis agitur, ut non tam illi, quam huic testimonium testes perhibeant.

TEXTUS.

De hærede, & his, qui non sunt in ejus familia.

10. Sed neque hæres scriptus; neque is, qui in ejus potestate est; neque pater ejus, qui eum habet in potestate; neque fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, testes adhiberi possunt: quia hoc totum negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter testatorem & hæredem agi. Licet autem totum jus tale conturbatum fuerat, & veteres quidem familiæ emptorem & eos, qui per potestatem ei conjuncti fuerant, à testamentariis testimoniis repellebant: hæredi autem & iis, qui per potestatem ei conjuncti fuerant, concedebant testimonia in testamentis præstare: licet ii, qui id permittebant, hoc jure minimè abuti eos debere suadebant:

tamen

tamen nos eandem observationem corrigentes, & quod ab illis suasum est, in legis necessitatem transferentes, ad imitationem pristini familiæ emptoris, merito nec hæredi, qui imaginem vetustissimi familiæ emptoris obtinet; neque aliis personis, quæ ei (ut dictum est) conjunctæ sunt, licentiam concedimus sibi quodammodo testimonia præstare: ideoque nec ejusmodi veteres constitutiones nostro Codici inseri permisimus.

NOTÆ.

10. *Creditur hodie*] Sublata videlicet familiæ mancipatione. Expende, quod ait *totum*, ut hac ratione testimonium recipiatur legatarii & fideicommissarii. Cujac.

Hæredi autem] Non tantum clam scripto; sed palam etiam nuncupato.

Pristini familiæ emptoris] Cujus testimonium ideo receptum non fuisse certum est, quia negotium testamenti palam & apertè cum eo ipso, ut vero hærede, agebatur.

COMMENTARIUS.

1. *Cur veteres fiduciarium familiæ emptorem à testimonio removerint, hæredem admiserint.*
2. *An ad testamentum rectè adhibeatur pater hæredis, cujus in potestate non est, filiive hæredis emancipati, &c.*

CAusa privata altera, quæ testem inhabilem facit, est negotium testamenti, quod cum teste agitur. Negotium testamenti dicitur id, cujus præcipuè causa testamentum ordinatur, nimirum institutio hæredis sive universi juris successoris. Nemo igitur testis adhiberi potest in eo testamento, in quo hæres scriptus est: quod ideo placuit, quia in testamento negotium hæredis recta & principaliter agitur, utque is solus sit juris successor. Hærede autem summoto consequens fuit, ut una removeretur, qui in potestate ejus est, & pater quoque, qui eum habet in potestate, & denique frater, qui cum eo in ejusdem patris potestate est, propter vinculum illud unitatis, de quo dictum §. *præc.*

Veteres familiæ emptorem repellebant; Hæredi autem concedebant] Certum est, olim, cum primum forma testandi per æs & libram inventa est, neque hæredem, neque eos, qui per potestatem ei conjuncti erant, ad testimonium in testamento præstandum admissos fuisse: quippe cum negotium testamenti palam & apertè cum ipso hærede ageretur. Nam ut ostendimus in explicatione §. 1. *hujus tit.* initio ipse hæres futurus emebat familiam à testatore isque eam hæredi mancipabat, ut ille hoc tanquam justo titulo, bona post mortem testatoris pleno jure Quiritium consequeretur. Procedente autem tempore, ob causas, quas ibidem indicavimus, hoc mutatum fuit, institutumque, ut solemnitatis implendæ causa familiæ quidem emptor palam adhiberetur, sed alius ab hærede, & fiduciarius, qui hæredi fortè clam in tabulis scripto familiam remanciparet. Quo recepto cœpit familiæ emptor à dicendo in testamento testimonio summoveri, & hæres admitti; quasi negotium testamenti, jam non tam cum hærede, quam cum familiæ emptore gereretur, & absurdum sit, eum, cum quo negotium aliquod geritur aut contrahitur, licet imaginariè, testis officio fungi. Atque hoc etiam obtinebat, etsi hæres scriptum se non ignorabat. Cicero in orat. pro Milon. *Cyri testamentum palam obsignavi cum Clodio: & illum hæredem & me scripserat.* Cæterum ab eo jure postea iterum recessum fuisse arguit *l. qui testamento 20. pr. hoc tit.* nisi locus ille à Triboniano interpolatus sit, aut de alio genere testamenti intelligendus, quam quod per æs & libram fiebat, accipiendus, *arg. §. 2. tit. 20. Inst. Ulpian.* 1

Minimè hoc jure abuti eos debere suadebant] Etsi testimonium hæredis apud veteres licitum esse cœpit, cum alius familiam emeret, existimabant tamen, minus verecundè hæredem facturum, si sciens se hæredem scriptum esse, jure sibi concesso uteretur; quamobrem etiam suadebant, ut potius se excusaret, atque à testimonio, si pudori suo consulere vellet, abstineret. Non enim potuit locus esse huic suasioni, ubi, quis hæres institutus esset, ignoraretur. Est autem illud omnino verisimile, sublata ratione testandi per æs & libram (quod factum creditur statim post translatum in Thraciam imperium, *arg. l. 15. C. hoc tit.*) hæredem amplius testem esse non potuisse in ullo testamento: quippe cum ex eo tempore negotium testamenti non tantum serio, sed recta etiã cum ipso hærede agi cœptum sit, quod antea simulatè agebatur cum emptore familiæ in testamento per æs & libram: quod etiam ratio initio hujus textus prolata, *Quia totum hoc negotium, &c. creditur hodie inter testatorem & hæredem agi*, perspicuè ostendit: ut adeo non admodum necesse fuerit, suasionem istam veterum in legis necessitatẽ à Justiniano transferri: quod tamen hic se fecisse profitetur.

Neque aliis personis, quæ ei; ut dictum est, conjunctæ] Scilicet per potestatem, quod antea expressit: ea enim sola conjunctio efficit, ut omnes ita conjuncti pro una persona habeantur, atque ut sibi quodammodo, quod ait, testimonium præstent. Et contrario igitur

etiam hic recte colligas, eos, qui in potestate hæredis sunt, puta liberos emancipatos, item patrem hæredis, in cujus potestate non est, & fratres ejus, ad testimonium in proposito admitti posse. Nam cum hi omnes diversæ sint ab hærede personæ, non potest dici, negotium testamenti propter hæredem etiam cum his agi, eosve sibi aut in re sua testimonium dicere: licet forte ex eo commodum aliquod hærede mortuo consequi possint: nam nec legatariorum testimonium rejicitur, quamvis & ipsi in consequentiam lucrum ex testamento capiant. Fatendum tamen est, esse aliquid in personis hæredi sanguine sic conjunctis, ob quod videri possint ad testimonium non admittendi, quod non sit in iis, qui testatori naturaliter conjunguntur, propterea quod ut dictum §. *prec.* non de testatoris, sed hæredis commodo hic agatur, ut quamvis non testatoris hæredis tamen parentes aut liberi suspicione graventur. Verum in contrarium considerandum est, ignorari plerumque, quis hæres scriptus sit, idque non tantum cum signatur testamentum, sed etiam cum testes jubentur signa sua recognoscere, quod fit ante aperturam tabularum, *l.* 4. *test. quem aper.* Sed etsi sciatur, quis hæres scriptus sit, aut si palam hæres nuncupatus, non putarem tamen, statim testamento obesse debere, quod dicantur inter testes adhibiti parens aut filius aut frater hæredis (dempta conjunctione per potestatem.) Nam primo si quam suspicionem necessitudo inducit, ea facile reliquo testium numero deletur. Deinde etsi negotium hæredis in testamento agitur, is tamen non est onerandus, quia ipse testes initio ad hoc non adhibuit, sed testator; neque aliis testibus postea ad probandam testatoris voluntatem uti potest, quam iis ipsis, qui adhibiti sunt, cum testamentum ordinaretur. In quam sententiam etiam D. Viglius inclinat.

TEXTUS.

De legatariis & fideicommissariis, & his qui sunt in eorum familia.

II. *Legatariis autem & fideicommissariis, quia non juris successores sunt, & aliis personis eis conjunctis testimonium non denegamus: imo in quadam nostra constitutione & hoc specialiter eis concessimus. Et multo magis iis, qui in eorum potestate sunt, vel qui eos habent in potestate, hujusmodi licentiam damus.*

NOTÆ.

Quia non juris successores] Non juris universi, sed rerum singularum, *l.* 9. §. 1. *D. de edend.* quorum gratia testamentum non ordinatur, sed universi successoris, id est hæredis habendi causa. Itaque negotium testamenti cum solo hærede geritur, non cum legatariis: nisi forte per consequentiam; quod placet hic non attendi confirmato testibus adhibitis ipso testamento, *d. l.* 14. Symmach. *lib.* 10. *epist.* 55.

Nostra constitut.] Non extat: sed Zenonis hac de re habemus in *l.* 22. *C. h. t.*

COMMENTARIUS.

1. *Divinatorium esse, quod quidam prodiderunt, legatarios testes esse vetitos Senatusconsulto Liboniano, & contrarii juris primum auctorem fuisse Scævolam.*
2. *Ratio Justiniani, cur legatariis & fideicommissariis jus testimonii non denegetur, exposita.*
3. *Afferuntur complures aliæ, & certiores.*
4. *Dispositionem hujus §. non tantum in testamentis scriptis, sed etiam in nuncupativis obtinere, confutata singulari opinione Ant. Fabri.*
5. *Fideicommissarios universales huc non pertinere.*

Legatum aut fideicommissum testamento alicui relictum eum testem inhabilem in eo testamento non facit: sed placuit legatarios & fideicommissarios testes in testamento adhiberi posse, *l. qui testamento* 20. *in pr. hoc tit. fac. l. si quis* 14. *de reb. dub. l. dictantibus* 22. *C. hoc tit.* Quo admisso jam eorum etiam, & quidem multo magis, testimonium recipiendum fuit, qui iis per potestatem conjuncti sunt. Dionys. Gothofredus in *d. l. dictantibus*, scribit, olim legatarios testes in testamento 1 esse non potuisse ex Senatusconsulto Liboniano: Hotomannus hic, controversum hoc jus fuisse, & primum Scævolam ejus inducendi auctorem: atque existimat uterque, hoc ipsum esse, quod Plinius *lib.* 2. *epist. ult.* ut improbissimum genus falsi notat. Sed quis Gothofredum docuit, tale quid cautum fuisse Senatusconsulto Liboniano? Aut quis Hotomannum, fuisse Scævolam contrarii juris primum auctorem? Non, si Scævola hoc jus comprobavit, ut testantur Arcadius & Honorius, *l.* 3. *C. Theod. de testam.* protinus sequitur, eum esse illius juris primum auctorem. Quis vero credat, si verum est, quod Gothofredus scribit, Scævolam responsurum fuisse contra auctoritatem recenti Senatusconsulti? Plinius vero loco citato non illud improbum falsi genus appellat, si quis testimonium dicat in testamento, ex quo legatum capit; sed si quis ejusmodi technis, quibus usum esse scribit Marcum quendam Regulum, nequissimum omnium bipedum, aliisve malis artibus testatorem aggrediatur, & legatum extorqueat: quem eundem Regulum intelligit Juvenalis *satyr.* 1.

Signator falso, qui se lautum atque beatum
Exiguis tabulis & gemmâ fecerat uda.

Cæterum locus ipse evidenter ostendit, jam tum legatarios testes rectè adhibitos, aut testibus legatum rectè datum. Quin etiam diu ante tempora Plinii hoc jus obtinuisse liquet ex *d. l. 14. de reb. pub.* ubi auctoritate Trebatii illud defenditur.

2 *Quia non sunt juris successores*] Ratio à posteriori, ut videtur: unde intelligamus, non ut cum hærede, ita cum legatariis & fideicommissariis negotium testamenti geri; ac proinde non eodem modo hos, ut illum, à testimonio testamentario repellendos: quod enim dixit *§. prec.* negotium testamenti inter testatorem & hæredem geri, & ideo hæredem non debere testem adhiberi in eo testamento, in quo hæres instituitur; id hanc rationem habet, quia hæres universi juris successor est: quippe successoris universi juris habendi gratia testamentum ordinatur, ejusque designatio caput est & fundamentum totius testamenti. Uti igitur hæredis testimonium rejicitur ob id, quod negotium testamenti est negotium successoris juris, ita legatarii admittitur, quia hoc negotium ad eum non pertinet, quia successor juris non est: ille removetur ab illius negotii, tanquam suæ rei testimonio: hic admittitur in illo negotio testis, tanquam in re aliena. Quod etiam significare videtur Marcianus in *d. l. 14. de reb. dub.* cum ait, ipsum testamentum confirmari testibus adhibitis, nempe universum illud negotium, quod inter testatorem & hæredem de juris successione agitur, signatorum testimonio confirmari, non attento legato ex illa juris successione pendente. Sed esto: ne sint legatarii juris successores: legata ad constitutionem testamenti non pertineant; & hactenus dicatur negotium testamenti ad legatarios non pertinere: fatendum tamen utique est, saltem aliquo modo etiam de re legatarii in testamento agi; quippe qui emolumenti ex testamento percipiendi spem habet, cujusque propterea pecuniariter interest, testamentum confirmari, ne relictum concidat, *l. eam quam C. de fideicomm.* Hoc ipsum vero satis causæ est ad arcendos à testimonio legatarios. Nam etsi non principaliter & recta in rem suam testimonia ferant, sed hæredis; per consequentiam tamen confirmati testamenti & hæreditatis aditæ hoc etiam ad ipsorum commodum pertinet: ac proinde quod nemini concessum est, *l. nullus 10. de testib. & C. eod. l. omnibus*, in re & causa propria nihilominus testimonium dicunt: siquidem palam est, causam propriam esse eam, cujus emolumentum aut damnum ad aliquem quoquo modo suo nomine pertineat, *l. 1. §. in propria 11. quand. appell. DD. in d. l. omnibus & l. seq. C. de testib.* Quamobrem etsi ratio Justiniani hoc efficit, ut magis hæres repellendus sit, quam legatarius: tamen non satis idonea videtur, ut propter eam legatarius debeat admitti. Et vero ita est: nec dubitandum, quin certiore aliqua & speciali ratione hoc jus receptum fuerit; quamvis nulla præter hanc Justiniani in libris nostris apertè tradita inveniatur. Interpretes complures afferunt. Prima est, quòd numerus reliquorum testium & cæterarum rerum diligentissima observatio, testimonium legatarii ab omni falsi suspicione tuetur: neque tam ob testimonium legatarii, quam ob reliquorum, ad quos ea res non pertinet, legatum sustineatur. Secunda est, quod in proposito legatariis res sit cum hærede, qui, cum hoc debeat testibus, quod testamento eorum testimonio confirmato ipse hæreditatem & bona universa defuncti consequitur, improbè facturus sit, si legatum aliquibus eorum relictum hoc prætextu præstare recuset, quod in re propria testimonium dixerint. Nam sive tempus facti testamenti sive aperti consideretur, testes de voluntate testatoris duntaxat à suo facto deponunt: postea vero cum legatum petunt, cum solo hærede iis negotium est, qui non potest non improbè fidem derogare testimonio eorum, quorum fidem in sua causa secutus est. Hanc attulit Bachovius, eaque mihi non minimi ponderis esse videtur. Et fortassis hoc potius est, quam quod ante dixi, quod Marcianus sensit in *d. l. 14. de reb. dub.* cum ex Trebatii & Pomponii sententia legatum signatoribus sive testibus (nec enim hi diversi sunt) relictum ideo valere scribit, quia ipsum testamentum testibus adhibitis confirmatur. His accedit & tertia, quod veteres suprema ordinaturi amicis ferè signatoribus utebantur, quibus amoris testificandi gratia nihil relinqui posse, durum sanè atque inhumanum esset. In quam rem elegans locus est Symmachi *lib. 10. epist. 55.* *Quis*, inquit, *non familiarissimum quemque signandis adhibet, cum extrema conduntur? Iam quid mirum est, si in oculis positus mereatur aliquod monumentum religionis, qui meruit advocari?* Porro ita disputat, ut, si his legibus viveremus, ut tenuis honor, quo subscriptores ob amicitiam defunctus adspergit, legitimum possit abolere judicium, inimicis signatoribus tutius uteremur: inanemque appellat calumniam & rem post humanam memoriam inauditam, objectionem Bassiani cujusdam, qui hoc jus in dubium vocabat: facit *l. Pamphilo 39. §. 1. de leg. 3.* Atque his ego rationibus adducor, ut credam, hoc jus 4
non tantum in testamentis scriptis servandum esse; verum etiam in nuncupativis: licet dissentiant *Duar. ad tit. qui testament. fac. & Ant. Fab. decad. 66. err. 1. & seqq.* & quidem in testamento nuncupativo, quod, uti nunc mos est, per Notarium in scripturam redigitur, ea res minorem dubitationem videtur habere: quia privatum legatarii testimonium publicæ

blicæ personæ juvatur fide, *Ioan. Fab. Aretin. Imol. Vigl. Zypæ not. jur. Belg. de testam.* utut Grœnew. *de ll. abr.* hic subsistat: sed in mera simplicique nuncupatione causa est, cur dubites, cum hic testes recta tam de legato, quam de jure hæredis deponant; nullaque alia re testimonium juvetur, ut videri possit, perinde id habendum esse, ac si quis sibi aliquid in testamento adscribat, quod Senatusconsulto prohibitum est, *l. 14. in pr. ad leg. Corn. de fals.* Et tamen magis est, ut hic quoque testimonium legatarii admittatur, cum cæterorum testium fides suspicionem tollat, legataque ac fideicommissa etiam codicillis relinqui possint, in quibus constat, quinque testes sufficere: utut mutua hic futura sint testimonia, quod notat *D. Hotom. add. Diod. Tulden. ad hunc tit. c. 9.* quanquam haud gravate admiserim, nonnihil hic tribuendum religioni judicantium. Singularis opinio est Ant. Fabri. *de dec. err. 3.* qui putat, *Nov. 1. c. 1.* in totum ab hoc jure recessum esse, ut hodie nec in scripto testamento testimonia legatariorum & fideicommissariorum admittenda sint: quoniam Justinianus eo loco caverit contra vetereris juris regulam, ut si scripti hæredes hæreditatem adire recusarent, ipsis legatariis & fideicommissariis potestas adeundi esset: unde colligit, jus testimonii dicendi nunc iis planè denegandum esse, locumque in iis nunc etiam habere rationem hujus §. quia juris successores fieri possunt, Ergo vero malim dicere, hoc curandum non esse, quia ex accidenti est. *Casus adventitii*, inquit Scævola, *non sunt computandi*, *l. 6. qui & à quib. man.* & eleganter Græci; Ὀυ χρὴ τοῖς ἔξωθεν συμβαίνουσι θέμασι προσέχειν ἡμᾶς. Planè locus hic accipiendus est de fideicommissariis particularibus: nam universalis fideicommissarius, id est, cui ex fideicommisso restituitur hæreditas, loco hæredis est, & post Senatusconsultum pro successore juris habetur, *§. 3. & 4. inf. de fideic. hær. l. 1. l. 3. de fideic. her. pet. D. Tulden. c. 8. in fin.*

Quadam constitutione nostra] Calumniantium iniquitas sæpè flagitat, ut ea, quæ certo jure constituta sunt, novis subinde constitutionibus specialiter sint confirmanda: quod etiam in proposito accidit. Constitutio autem Justiniani, quo hic se refert haud dubiè priori Codici inserta fuit: Cæterum omissa est in Codice repetitæ prælectionis edito post compositionem Institutionum, quem solum hodie habemus. Et inepti sunt, qui hic intelligi putant aut constitutionem Zenonis *l. dictantibus 22. C. hoc tit.* aut responsum Jurisconsulti *l. qui testamento* 20. *in pr. D. eod.* quando enim ita loquitur Justinianus? At sæpè in his libris constitutionum meminit, quæ in posteriori Codice non habentur, ut in *§. sed nec. inf. de leg. §. pen. inf. de leg. agn. succ. §. 3. de succ. libert.*

TEXTUS.

De Materia, in qua testamenta scribuntur.

12. ***Nihil autem interest, testamentum in tabulis, an chartis membranisve, vel in alia materia fiat.***

NOTÆ.

12. *In tabulis*] Ligneis dolatis & cera illitis. Hinc tabulæ testamenti, vel etiam tabulæ pro testamento, & lignum pro tabulis, *l. 19. de bon. poss. cont. tab.* Juven. *sat. 13. & 16.* denique & cera pro tabulis. Svet. in *Iul. c. 83.* Horat. 2. *sat. 5.* Juven. *sat. 15.*

An in chartis] *l. 1. l. 5. de bon. poss. sec. tab.* de varia materia, qua veteres in scribendo usi. v. Plin. *lib. 13. c. 11. & 22.* Alex. Neap. 2. *gen. dier.* Hot. 4. *obs. 1.* Salmas. *de mod. usur. c. 10.*

COMMENTARIUS.

1. *Unde sit, quod ceram pro tabulis veteres dixerint.*
2. *Testamenta non notis, sed literis scribenda esse.*

Antiqui ferè in tabulis ligneis testamenta & quaslibet cautiones scribere solebant. Ex quo est, quod prætores in edictis suis de testamenti tabulis tantummodo loquuntur: & quod bonorum possessio, quæ liberis præteritis datur, vulgo dicitur dari contra lignum, *l. quod vulgo 19. de bon. poss. cont. tab.* & inde Juvenalis *satyr. 13. & 16.* adulterinas & mendaces cautionũ tabulas appellat *vana chirographa ligni.* Tabulæ autem illæ cera illitæ erant, literasque stylo, primum ferreo, postea osseo, in iis 1 exarabant: unde factum, ut etiam cera pro tabulis diceretur. Sveton. *in Iul. Quintum Pædium ex quadrante hæredem instituit; reliquos in ima cera.* Horat. 2. *satyr. 5.*

Sic tamen, ut limis rapias, quid prima secundo.
Cera velit versu.

Juvenalis *sat. 15. Accipe ceram, Scribe puer,* id est, accipe tabellas ceratas, aut ceratos pugillares, eoque nihil apud hunc poëtam usitatius. Cæterum etiam alia materia usos fuisse constat, veluti chartis, membranis sive pergamentis, foliis & libris quarundam arborum, *l. librorum 52. de leg. 3. add. Plin. lib. 13. c. 11. & 12. Alex. ab Alex. 2. gen. dier. 30. Hotom. 4. obs. 1.* Si quis curiosior, is adeat D Salmas. *lib. de mod. usur. c. 10.* Quamvis autem prætor in dandis bonorum possessionibus tabularum duntaxat mentionem faciat; non eo tamen minus bonorum possessionem peti posse placuit, si in alia materia, quæ ad scribendum idonea sit, figura tabularum testamentum scriptum fuerit, *l. 1. de bon. poss. sec. tab.* Atque adeo etsi in charta deletitia & opisthographo, *l. 4. eod.* Hodie Notarii qui ferè in

in testamentis adhiberi solent, in conficiendis instrumentis pergamenis uti solent: quanquam si in charta papyracea scripserint, non ideo protinus existimandum sit instrumentum nullum esse, aut partium jura lædi, ut hic D. Viglius notat. Illud quoque non refert, quo genere sermonis, quave lingua quis testamentum conscribat, *l. hac consultissima* 21. *§. ult.* 2 *l. quoniam* 15. *C. de testam.* Cæterum litteris, iisque usitatis & legibilibus scribendum esse placuit, non signis obscurisve notis, *l. 6. §. ult. de bon. poss.* Utique tamen, si per notas usitatas, quibus scilicet utimur in designanda quantitate, portio hæreditaria aut summa legati expressa fuerit, institutio aut legatum non vitiabitur, *l. 9. §. 4. de hær. inst.*

TEXTUS.

De pluribus Codicibus.

13. Sed & unum testamentum pluribus codicibus conficere quis potest, secundum obtinentem tamen observationem omnibus factis: quod interdum etiam necessarium est; veluti si quis navigaturus & secum ferre & domi relinquere judiciorum suorum contestationem velit: vel propter alias innumerabiles causas, quæ humanis necessitatibus imminent.

NOTÆ.

Pluribus codicibus] Pluribus exemplaribus, *l. 47. de legat. 2.* pluribus tabulis, *d. l. 1. §. 6. l. ult. quæ in testament. del.* ut tamen omnia sint inter se ἰσότυπα, unius tenoris & formæ, ac solemnitatis, *d. l. ult.* & facta quasi testamentum; non unum quasi testamentum, aliud quasi exemplum seu ἀπόγραφον, *d. leg. 1. §. 7. sec. tab.* add. Salmas. *ubi sup.*

COMMENTARIUS.

1. *An ut unius testamentum in plures codices referri, ita & plurium testamenta in unum codicem conferri possint.*

Pluribus codicibus] Id est, pluribus exemplaribus, *l. unum* 24. *hoc tit. l. 1. §. si quis 5. de bon poss. sec. tab.* aut pluribus tabulis, *l. ult. quæ in test. del.* Ait, *unum testamentum.* Nemo enim paganus cum duobus testamentis decedere potest, sed prius semper rumpitur à posteriore. Testamentum vero, quod quis pluribus codicibus consignavit, atque eodem tempore solemniter complevit, unum atque idem testamentum est, *l. 1. §. 6. de tab. exhib. l. ult. quæ in test. del.* Sed & si quis in duobus codicibus simul signatis alios atque alios hæredes scripserit, utrumque extet, ex utroque quasi ex uno competit bonorum possessio; quia pro unis tabulis habetur, & utrumque pro supremo, *d. l. 1. §. sed & si. 6. sec. tab.* quem locum eruditè interpretatur D. Salmas. *cap. 10. de mod. usur. pag.* 417. *& seq.* ubi & alii minus trita. An autem, quemadmodum uni licet testamentum 1 suum in plures codices referre, ita ex contrario pluribus liceat sua testamenta conferre in codicem unum, sive in unius chartæ volumine suprema ordinare, unis iisdemque testibus septem ad eam rem convocatis unoque contextu adhibito, quæsitum est. Negant Vigl. & Hotomannus: quibus assentior. Etenim ut uniuscujusque testamenti propria contestatio est; ita & proprium ac separatum instrumentum esse oportet: admissaque illa diversorum testamentorum conjunctione, corrumpatur necesse est subtilissimum testamenti negotium, quod totum uno perpetuoq; contextu ac tempore perfici atque absolvi debet, nec alienos aut extraneos aliorum actus intervenire patitur, *l. hæredes* 21. *§. ult. hoc tit. l. hac consultissima* 21. *l. cum antiquitas* 29. *C. eod.* In casu pupillaris substitionis patris quidem & filii testamentum conjungi potest, unisque septem testium signis obsignari: sed hoc ideo receptum, quia pro uno testamento habetur, *l. patris* 20. *de vulg. & pup. subst.* ut vel ex eo intelligere liceat, singula testamenta singulas seorsum desiderare solemnitates. Diss. tamen comm. DD. quorum sententiam ex professo contra Viglium tuetur Beckius *lib. 1. de testam. conjug. cap. 19.* & usus probavit: hodieque usitatissimum inter conjuges est, ut simul & unis solemnibus adhibitis testentur, & tam in scriptis quam per nuncupationem: quod etiam Novella quadam Valentiniani permissum fuit, *tit. de testam. l. 1. add. Gail. 2. obs. 117.*

Secundum obtinentem observationem] Si unius testamenti plures sint codices, potest ex unoquoque bonorum possessio peti, sed ita, si omnes sint authentici, id est, si facti sint tanquam testamentum, eodemque tempore adhibita omni solemnitate completi, *d. l. ult. de his quæ in test. del.* Aliud namque juris est, si testator unum fecerit, non quasi testamentum, sed quasi exemplum sive copiam, ut vulgo loquuntur, *d. l. 1. §. sed si 7. secund. tab.* quia si ex apographo sive descriptione bonorum possessio daretur, magna aperiretur fenestra improbis hominibus ad testamenta subjicienda, *fac. l. 2. de fid. instrum.* Quid vero juris erit, si ex binis tabulis ejusdem testamenti unam testator deleverit aut inciderit? Responsum est, ex integris hæreditatem adiri aut bonorum possessionem peti posse; nisi hi, qui ab intestato venire desiderant, probaverint, hoc animo à testatore incisas, ut intestatus moreretur, *d. l. ult. quæ in test. del.* Quid si eidem diversa summa legata sit, puta in alteris aurei quinquaginta, in alteris centum? Proculus respondit hæredi parcendum esse, & tantum quinquaginta deberi, *l. Sempronius* 47. *de legat. 2.*

Quod interdum etiam necessarium] Κατά τι: si videlicet quis vereatur, ne si forte unum tantum exemplar fecerit, voluntas exitum non sit habitura: quippe cum unum instrumentum facile amitti aut alias perire, occultari aut supprimi ab hæredibus venientibus ab intestato possit, *l. unum 24. hoc tit. l. si in duobus 10. §. ult. test. quem. aper.*

TEXTUS.

De testamento nuncupativo.

14. *Sed hæc quidem de testamentis, quæ scriptis conficiuntur, sufficiunt. Si quis autem sine scriptis voluerit ordinare jure civili testamentum, septem testibus adhibitis, & sua voluntate coram eis nuncupata, sciat, hoc perfectissimum testamentum jure civili firmumque constitutnm.*

NOTÆ.

Voluntate nuncupata] Palam & clarè pronuntiata ut à testibus exaudiri & intelligi possit, *dd. ll. l. 25. eod.* Svet. *in vit. Horat. Decessit hærede Augusto palam nuncupato.* Scriptum testamentum etiam clausum offerri testibus obsignandum potest, celato nomine hæredis: unde μυςικὸν Græcis dicitur.

COMMENTARIUS.

1. *Communia testamento scripto cum nuncupativo.*
2. *Qua in re præcipuè alterum ab altero distet.*
3. *Veteres rarius heredem nuncupare solitos fuisse, quam scribere, & quare.*
4. *Modi seu formæ testandi, quibus in hisce regionibus ferè utimur.*
5. *An testamentum secundum statutum aut consvetudinem alicujus loci factum etiam vim habeat extra illum locum.*

HOc §. breviter comprehensa est forma testandi sine scriptura sive per nuncupationem: quæ testandi ratio tota est à jure civili: nam prætorii testamenti præcipua solemnitas consistit in obsignatione testium, cui sine tabulis locus esse non potest. Cæterum prætor ut custos juris civilis, etiam secundum nuncupationem bonorum possessionem dat, *l. 8. §. ult. sec. tab. l. 2. C. eod.*

1 *Septem testibus adhibitis*] Testamento nuncupativo quædam communia sunt cum scripto veluti numerus testium, eorumque conditio, & testationis unus contextus. Oportet quoque hic æquè testes rogari, aut certè admoneri, cujus rei gratia collecti sint, *l. heredes 21. §. pen. hoc tit. l. hac consultissima 21. §. per nuncupationem C. eod.* Olim etiam necesse fuit, ut is, qui per nuncupationem testaturus erat, formalibus verbis testes præmoneret, se ideo eos convocasse, quod sine scriptura testamentum facere constituisset. Sed cum ex ipsa nuncupatione satis appareat, qua forma quis testari cogitet, Justinianus id sustulit *l. in testamentis 26. C. eod.* Quid vero, si de eo dubitetur? Finge, unum aut alterum e testibus adhibitis, cum testator ex scheda, in qua memoriæ causa voluntatem exceperat, recitato testamento hæredem pronuntiasset, subsignasse & subscripsisse. Et vulgo placuit, propter superfluam solemnitatem non debere vitiari testamentum, quod utique omissa ea in vim nuncupationis valiturum erat. Planè, si constet, scripturam, quæ profertur, ad testamentum faciendum paratam esse, aliud dicendum erit, *l. ex ea 29. hoc tit.*

2 *Et sua voluntate nuncupata*] In hoc maximè distat testamentum, quod sine scriptura fit, a testamento scripto: nam scripturam testamenti potest testator, si ita illi videbitur, clausam coram testibus proferre, testarique, suum hoc esse testamentum, celato nomine heredis; quam ob causam hoc testamentum mysticum dictum. Nuncupare heredem, est, lingua & verbis pronuntiare: unde nuncupare heredem & heredem pronuntiare pro eodem usurpantur, *l. si is qui 25. hoc tit.* Gloss. Basil. *nuncupatio*, ἐκφώνησις ἄγραφος. Palam autem voluntas hic nuncupanda est: non utique publice aut in propatulo, quod particula *palam* aliquando significat, veluti cum mulier dicitur palam corpore suo quæstum facere: sed clare & intelligenter, sic ut à testibus exaudiri & intelligi possit, *d. l. heredes 21. in pr. hoc tit. d. l. hac consultissima §. per nuncupationem, C. eod. l. ult. de jur. cod.* ita Svetonius in vita Horatii; *Decessit herede Augusto palam nuncupato, cum urgente vi valetudinis non sufficeret ad obsignandas testamenti tabulas.* Proinde quod in testamento scripto necessarium non est, *l. qui testamento 20. §. pen. hoc tit.* in nuncupativo omnino necessarium putamus, ut testes intelligentiam habeant sermonis testatoris: quo etiam *fac. l. coram 209. de verb. sign.* eoque jure hodie utimur. Fuit quidem etiam in scriptis testamentis usurpata nuncupatio: sed in his significat generalem illam testationem voluntatis, cum testator tabulas testamenti tenens apud eos, qui ut testes essent, rogati erant testabatur, id suum testamentum esse, non nuncupationem heredis. *Ulp. tit. 20. §. 8.*

Perfectissimum] Respectu scilicet effectus, quem non minorem habet, quam testamentum scriptum; quod alioqui ratione solennitatis perfectius est. Etsi 3 autem ratio testandi per nuncupationem longe expeditior est, quam per scripturam: tamen testamenta nuncupativa minus usitata veteribus fuisse, quam

quam scripta, argumento est, quod passim tabularum testamenti & hæredum scriptorum in libris nostris mentio fit; raro nuncupationis. Cujus ego rei duplicem esse causam reor; tum quod in testamento scripto necesse non est pandere ea, quæ scripta sunt; quæ celari sæpe interest & ipsius testatoris & hæredum cæterorumque quibus aliquid relinquitur; quam utilitatem testamentum nuncupativum non habet: tum quia scripti testamenti fides subscriptionibus & signis testium confirmatur; ex quo fit, ut etiamsi testes decesserint, ratum nihilominus illud maneat: nuncupativi autem testamenti fides tota pendet à depositione testium, quibus mortuis aut aliquibus eorum, cum non sint, aut pauciores sint, quam requiruntur, qui sisti iterum possint, & in judicio testimonium dicere, necesse est irritam fieri defuncti voluntatem: Sed huic incommodo postea occursum est adhibito tabulario, qui voluntatem coram testibus nuncupatam acciperet, ac rem gestam scripturæ suæ auctoritate confirmaret: cujusmodi scripturæ & instrumenta tabellionum sola per se citra novum testium adminiculū vim probandæ ultimæ voluntatis habent: nec tamen quod ita factum est, ideo mox desinit esse testamentum nuncupativum, cum solius probationis gratia scriptura interveniat, non quod sit de substantia testamenti: quanquam non negaverim, habere hoc genus testamenti nonnihil, quod naturam scripti testamenti sapiat. De quo vide *Sichard. in l. hac consultissima*, §. *per nuncupationem*, *num.2. C. hoc tit.* In his regioni-
4 bus etsi nemo vetatur antiquo more ac ritu Romanorum testamentum condere, duobus tamen potissimum modis testamenta confici solent; uno coram duobus decurionibus sive scabinis & secretario loci, in quo testamentum fit, sive in agro sive in oppido, quæ forma testandi respondet publicationi testamentorum apud acta judicum vel municipium, *l. omnium* 19. *C. hoc tit.* altero coram notario & duobus testibus. Qui modus fere solus est in usu vulgi. *Gudelin. de jur. nov. lib.2. cap. 5. Grot. lib.2. introd. c.17.* Exhæredatio liberorum hoc amplius requirit, ut testes sint scabini: quod arguit formula juramenti à notariis in ingressu muneris præstandi: cautum edicto quodam Caroli V. *Grœnvv. de ll. abr. hic.* Notarius testatorem nosse debet: sin minus, ipsi testes, quos id quoque testificari oportet. Voluntas voce nuncupata à Notario scripto comprehendi solet & in protocollum referri: unde postea petenti testatori solenne instrumentum conficiatur. Quin usu etiam receptum est, ut Notarius receptam in scheda voluntatem testatoris ipse recitet ac testibus prælegat, deinde testatorem interroget, an omnia bene perceperit, ita velit, ita jubeat, eamque supremam suam esse voluntatem agnoscat: atque approbante testatore, testamentum perfectum censetur, etiamsi neque testatoris neque testium subscriptiones aut signacula habeat. *Grœnevv. d. loc. D. Iac. Coren. obs.* 10. In quo longe recessum est ab antiqua ratione testandi per nuncupationem, quæ pro forma requirebat, ut ipse testator singula pronuntiaret, nuncuparetque sua voce omnia, quæ post mortem suam fieri vellet. Quod sane eo diligentius observandum erat, quia ad perfectionem hujus testamenti nihil amplius jus civile desiderabat. Nunc autem admissa prælectione aliena facile testatori imponi potest: Quid enim si notarius aliquid addiderit de suo, quod testator præsertim ægrotus non animadvertat? Hæc etiam vulgo nota sunt. Quæsitum est, an 5
testamentum juxta alicujus loci consvetudinem aut statutum factum etiam vim habeat extra illum locum: exempli gratia, testator ibi testamentum fecit, ubi coram duobus testibus & Notario testari licet, ut in hac nostra Batavia; quæritur an valeat etiam in iis locis, ubi septem testes requiruntur, uti in Frisia, ubi sequuntur jus civile. Affirmant comm. DD. in *l. 1. C. de sum. Trin. Viv. 1. opin. 36. Coras. de jur. art. p. 3. cap. 13. Covar. 2. de spons. §. 7. num. 8. Costal. ad l. 6. de evict. Anton. Perez. in C. de testam. num.* 21. & secundum hanc sententiam sæpissime judicatum. *Guid. Pap. decis. 262. Tessaur. 2. quæst. for. 8. Myns. 5. obs. 19. & 20. Gail. 2. obs. 123. Ioan. à Sande lib. 4. tit 1. defin. 14.* Sunt tamen, qui in contrariam eant, & in quæstione proposita sic distinguendum arbitrantur, ut circa res quidem mobiles & nomina admittenda sit communis interpp. sententia; at circa res soli spectandum jus ejus loci, in quo sitæ sunt. Quippe res mobiles, quoniam ubicunque sunt, ibi sint ex voluntate domini, & pro libitu ejus transferri possint, personam sequi, non leges locorum: immobilia vero, utpote quorum certus perpetuusque situs est, regi secundum constitutiones loci cujusque possessionis, *per l. 4. Cod. de jur. fisc. l. ult. de jurisd.* ita constanter *Mansver. in sua prax. tit. de success. B. f. ad l. 6. de evict. Nic. Burg. ad consvet. Flandr. tr. 6. Christin. vol. 2. decis. 3. 4. & 5. & vol. 4. decis. 5. &* 10. Mihi prior sententia probabilior videtur, multumque referre, utrum statutum disponat circa solennitatem alicujus actus, an circa rem, puta fundum locumve. Quæ statuta in rem concipiuntur. Qualia sunt, quæ de successione ab intestato disponunt, rem ipsam haud dubie afficiunt, ut ubicunque sit, ejus loci, ubi est, legibus obstringatur. Idemque habendum de statutis, quæ circa habilitatem personarum dispensando aliquid disponunt. *Gail. d. lib. obs. 124. & alii, ubi sup. Coras. dict. p. 3. cap. 14. Gomez. ad l. 3. Tauri. n. 20.* Quæ autem statuta disponunt circa actus solennitatem duntaxat, cum neque rem afficiant, neque personam actum celebrantis, sed ipsam solum-

solummodo dispositionem, quæ fit in loco statuti vel consuetudinis, rationi & juri consentaneum est, ut ea vim suam exerant etiam ad bona alibi sita; quoniam actuum solennia ad eorum spectant jurisdictionem, in quorum territorio celebrantur, per *l. 6. de evict. l. 3. in fin. de testibus, l. 2. C. quemad. test. ap. facit, l. 9. & l. ult. Cod. hoc tit.* & alias contra rationem juris testato decedere volenti plura testamenta essent condenda, aut, quod absurdum est, plurium locorum consuetudines in uno testamento exquirere oporteret, actumque unum atque individuum, qualis est testamenti, secundum diversa loca dijudicari. *Peck. de test. conjug. lib. 4. cap. 28. in fin. D. Ioan. à Sande dict. defin.* 14. ubi contraria scite expedit, & prudenter temperat novam quandam distinctionem Fachinaei. Adde, quæ nos *lib. 2. select. quæst. cap.* 19. Plane, si lex expresse testatores sequi jubeat jus loci, in quo bona sita sunt, aliud dicendum est. Talis est constitutio Principum Brabantiæ emissa anno 1611. cujus meminerunt *Burgund. Christin. Tuld. C. h. t. Perezius dd. loc.*

TITULUS XI.

D. lib. 29. t. 1. C. lib. 6. t. 21.

De Militari Testamento.

Ratio ordinis. Militare testamentum quid hic significet.

Diximus sub rubrica præcedentis tituli duo esse testamentorum genera. Unum commune omnium, quod paganicum dicitur; alterum militum proprium, quod ideo appellatur militare. Hactenus quæ tradita sunt de ordinandis testamentis, ea solum pertinent ad testamenta paganorum: militaria, de quibus porro nunc agitur, legibus istis soluta sunt. Militaria autem testamenta hic non accipimus omnia, quæ facta sunt à militantibus, id est, iis, qui in numeros relati sacramento tenentur; sed quæ facta sunt jure militari. Possunt enim & milites jure communi testari, *l. 3. hoc tit.* imo debent, cum extra castra versantur: sed cum in expeditionibus occupati sunt, proprio jure & privilegiario testandi facultatem habent, neglectis legibus omnibus, quæ ad solennitatem condendorum testamentorum pertinent. Itaque testamentum militis sive militare in causa proposita id solum intelligitur, quod à milite factum est in expeditione jure militum proprio.

TEXTUS.

In militum testamentis solennitates remissæ.

Supradicta diligens observatio in ordinandis testamentis militibus propter nimiam imperitiam eorum constitutionibus Principalibus remissa est. Nam quamvis ii neque legitimum numerum testium adhibuerint, neque aliam testamentorum solennitatem observaverint, recte nihilominus testantur, videlicet cum in expeditionibus occupati sunt. Quod merito nostra constitutio introduxit. Quoquo enim modo voluntas ejus suprema inveniatur, sive scripta sive sine scriptura, valet testamentum ex voluntate ejus. Illis autem temporibus, per quæ citra expeditionem necessitatem in aliis locis, vel suis ædibus degunt, minime ad vindicandum tale privilegium adjuvantur. Sed testari quidem, etsi filiifamiliarum sint, propter militiam conceduntur: jure tamen communi, eadem observatione & in eorum testamentis adhibenda, quam in testamentis paganorum proximè exposuimus.

NOTÆ.

Nostra constitutio] *l. pen. C. h. t.* id tamen & antea obtinuisse videtur, *l. 1. l. 15. C. eod.*

Quoquo modo] Sive in clypeo, sive vagina, sive in pulvere, *εἰς τῇ γλώττῃ τῷ ξίφει. l. 15. C. eod.* Synops. Attal. *tit.* 34.

Suis ædibus] In nonnullis est *sedibus*, testib. Vigl. & Giphan. & ita Cont. Wes. Fabrot. Sedes militum ex adverso opponuntur expeditioni. Veget. *l. 3. cap. 4. & ult.* Th. *σέδετοις*, id est, ut Schol. *§. 3. inf.* *πεζοσέδειαις*, in stativis aut hybernis. Sedeta sunt stationes, *l. 8. C. de Episc. aud.* loca, ubi milites otiose

otiose commorantur. Lapsus hic est Cujac. *& consult.* 49.

Propter militiam] *tit.* proxime *seq.* Significat filiosfam. militantes idem jus habere, quod patresfam. stipendia item merentes: ut in expeditionibus jure militari, alias jure communi de peculio castrensi testari possint.

COMMENTARIUS.

1. *Imperitiam militum non esse causam principalem privilegii militaris, sed periculorum functionem.*
2. *Militibus remissa omnia, quæcunque subtilitatem magis, quam naturalem rationem habent, sive ea ad constitutionem testamenti pertineant, sive ad infirmationem.*
3. *In hybernis aut præsidiis locatos jure privilegiario testandi potestatem non habere, & num.* 5.
4. *Vaginam, clypeum, pulverem militi chartæ loco esse posse, ensem pro calamo, sanguinem pro atramento, &c.*
5. *Etiam filiosfam. milites jure militari in castris testandi licentiam habere.*

PRopter *imperitiam eorum*] Causa beneficii, Cujusmodi etiam mandatis inserta est eo capite, quod extat in *l.* 1. *hoc tit.* & rescripto Antonini, *l.* 3. *C. eod.* quibus locis hoc beneficium concessum traditur propter eorum simplicitatem: hoc enim est, propter imperitiam. Nam cum simplicitati ut plurimum adjuncta sit rerum imperitia: imo vero cum ex imperitia nascatur simplicitas: hinc factum, ut simplicitas Latinis interdum significet imperitiam. Ut in illo Nasonis;

Fallere credentem non est operosa puellam
Gloria; simplicitas digna favore fuit.

Idem quoque significatur in *l. ult. in pr. C. de jur. delib.* cum milites dicuntur arma magis, quam jura scire. Atque huc accommodari aliquo modo potest, quod Tacitus scribit in *vita Agricol. Castrensis jurisdictio obtusior est, ac plura manu agens, calliditatem fori non exercet.* At enimvero non est hæc ratio adæquata, neque simplicitas militaris aut sola est hujus privilegii causa, aut principalis. Non sola: alioqui enim & fœminis & rusticanis idem privilegium concedi oportuisset, & militibus concedi sine exceptione temporis aut loci, & cum procul dubio multi etiam legum juris periti stipendia fecerint, hoc excipi. Non principalis; quia extra castra & tempus expeditionis privilegio uti non possunt. Principalis vero causa est, quam Ulpian. expressit, *l. un. de bon. poss. ex test. mil.* laborum & periculorum functio, cum in expeditionibus & castris sunt; quo tempore armorum cogitatio, pericula imminentia, & sese continendi necessitas, omnem aliam de jure cogitationem adimit. Et ideo nec militibus alio loco aut tempore

1

suo jure testari licet, & aliis quibusvis, quamvis non mereant, in hujusmodi periculis & hostico, aut procinctu deprehensis, si ibi decedant, jure militari, quoquo modo velint, quoquo modo possint, testari permissum, *d. l. un. l. ult. hoc tit.*

Constitutionibus Principalibus] Primus Julius Cæsar, ut auctor est Ulpian. *l.* 1. *hoc tit.* liberam militibus testamenti factionem concessit, cæterum eam concessionem ait fuisse temporalem: postea vero primum Titium, & post hunc Domitianum eandem libertatem iterum dedisse; ac demum plenissimam indulgentiam in milites collatam à Nerva, & qui eum secutus est, Trajano; exinde hoc perpetuo privilegio milites usos, ut quoquo modo testati essent, rata esset eorum voluntas.

Neque aliam testamentorum solennitatem observaverint] Puta in continuatione actus, in rogatione subscriptione & signatione testium. Itaque quamvis uno contextu actus testati non sint, quamvis testes adhibiti rogati non fuerint, quamvis per scripturam testantes non curaverint tabulas subscribi aut signari; nihilominus tamen rectè testati intelliguntur: placetque, nudam voluntatem militum non minus pro testamento servari, quam aliorum solennem dispositionem, *l.* 1. *& passim, hoc tit. & C. eod.* Porro autem non in eo duntaxat consistit privilegium militum, quod testamenta eorum non sint adstricta legibus, quæ ad externas illas solennitates, numerum, rogationem, subscriptionem, obsignationem testium pertinent: sed in cæteris etiam partibus, sive illæ ad constitutionem testamentorum pertineant, sive ad infirmationem. Quæcunque subtilitatem magis, quam naturalem rationem habent, ea omnia militibus remissa sunt, ut in universum recte definit Duar. *c.* 4. *ad hunc tit.* Proinde etsi miles liberos, quos in potestate habet, sciens præterierit; *l. sicut* 9. *& seq. C. hoc tit.* sive hæredem ex die aut ad diem instituerit, sive alias pro parte testato, pro parte intestato decesserit; *l.* 6. *l. in fraudem* 15. §. *miles* 4. *l. si duobus* 37. *l. miles* 41. *eod. l.* 8. *C. eod.* sive eum, quicum testamenti factio non est, hæredem fecerit; *l. idem* 13. §. 2. *eod.* sive filio emancipato aut cuicunque extraneo in secundum casum directo substituerit; *l.* 5. *d. l. miles* 41. §. 4. *eod.* sive hæreditatem codicillis directo dederit; *l. militis* 36. *eod.* sive solis liberis, non etiam sibi testamentum fecerit: *d. l. in fraudem*, §. *pen. d. l. miles*, §. *ult.* nihilominus rectè testatur, & voluntas ejus prout jacet, custoditur. Lege Falcidia ultra dodrantem jure communi legare non licet, militibus licet, *l. si certarum* 17. *in fin. hoc tit. l.* 12. *C. eod. l.* 7. *Cod. ad leg. Falc.* Jure communi nunquam per se nuda voluntas testatoris ad infirmandum testamentum valet: invito eo multis modis infirmatur, *inf. quib. mod. test. inf.* Ex contra-

2

rio sola militis voluntas ad infirmandum sufficit, *d. l. in fraudem*, §. 1. invito autem eo, extra casum maximæ aut mediæ capitis deminutionis, *l. 6. §. sed si quis 6. & seqq. de injust. rupt. test.* tamentum ejus non infirmatur. Non agnatione aut quasi agnatione sui hæredis, *l. 7. & seq. hoc tit.* (quod tamen temperabis ex *l. 9. & d. l. militis 36. §. 2. eod.*) non ipsius adoptione aut adrogatione, *l. miles 22. & seq. eod. §. pen. inf. eod.* non alio denique testamento postea facto, si modo & prius valere voluerit, *l. quærebatur 19. eod.* Hæc summa est, quædam diligentius excutientur inferius.

In expeditionibus] Expeditio dicta, quod milites sint expediti ad confligendum cum hoste, quandocunque casus ingruat. Ita expeditio non est conflictus ipse, neque etiam tempus belli: sed totum illud tempus, quo milites in armis procedunt, aut sunt adversus hostem, sive eum persequantur, sive cum imminentem expectent, intenti ad opportunitatem rei gerendæ, vel ut invadant, vel ut invadentem sustineant ac propulsent. Cassiodorus 1. *var.* 17. *Hanc merito expeditionem nominavere majores, quia mens devota præliis, non debet aliis cogitationibus occupari.* Præsidia, hyberna, cæteraque loca, in quibus militem extra castra commorari necesse est, sedes
2 appellantur. *Veget. l. 3. de re mil. cap. 4. & ult.* Sallust. *in Iugurth. Milites mense Ianuario ex hibernis in expeditionem evocat.*

Quod merito nostra constitutio introduxit] *l. pen. C. hoc*
3 *tit.* An igitur ante hanc constitutionem Justiniani, quamdiu milites in numeris manebant, quocunque loco & tempore jure proprio testari potuerunt? Id quidem Viglius affirmat: sed ego ambigo. Nam & in *l. 1. C. hoc tit.* quæ Antonini est, & in *l. milites 15. C. eod.* quæ est Constantini, expeditionis expressa fit mentio: & ratio privilegii, periculorum functio, quam affert Ulpian. *l. un. de bon. poss. ex test. mil.* cessat, cum in castris & expeditione non sunt. Putarem tamen, olim milites, qui in provinciis habebantur, jure militari illic testari potuisse, quasi in expeditione. In exceptionibus quoque declinandis & petendis in integrum restitutionibus ea tantummodo tempora militibus prodesse Justinianus voluit, quæ in expeditione currunt, *l. ult. C. de test. mil. l. ult. C. quib. non obji. long. temp. præscr.*

Quoquo enim modo voluntas ejus, sive scripta sive non scripta] Et scripta quidem valebit etiam nullis testibus adhibitis: nuncupata duobus probari pote-
4 rit. Quinimo militi jam in hostem pugnaturo vagina, clypeus, pulvis humus, chartæ vel tabularum loco esse possunt, & notæ pro literis, *l. Lucius 40. hoc tit.* sanguis pro atramento, ensis pro stylo, penna aut calamo, *l. limites 15. C. eod.* Cæterum hoc casu crediderim alio quo opus esse testimonio, ut de eo constare possit, cum vix sit, ut ex hujusmodi scriptura manus alicujus agnosci queat, ut per comparationem literarum probari. Etsi enim voluntas militis quomodocunque declarata rata est: ea tamen legitimis probationibus ostendi debet, *d. l. Lucius*, quod & Joan. Faber notat.

Vel suis ædibus] Ita etiam legitur in utraque modo allegata constitutione, *& l. ult. C. de postl. rev.* in Basilicis, teste Cujacio, *ἐν τοῖς ἰδίοις οἴκοις*, Theophilus pro eo habet, *ἐν τοῖς λεγομένοις αὐτοῖς σεδέτοις*, *σέδετα* autem esse Hotomannus scribit, quæ Latini *stativa* appellant. Ant. Augustinus *in l. 18. Cod. de Episc. aud.* vertit *stationes*. Suidas *fossata* esse tradit. Et ita, *σέδετον* apud Ruffum de legib. militar. pro *φοσσάτῳ*. Ego existimo, Theophilum intelligere loca omnia, in quibus milites commorandi potius, quam pugnandi causa habentur, puta hybernacula, aut ubi in præsidiis sunt, *ἔνθα διάγειν αὐτοὺς ἀνάγκη*, (sic enim ipse interpretatur) donec expeditio aliqua suspiciatur. Sedes militum dicuntur, & ex adverso opponuntur expeditioni. Veget. *lib. 3. cap. 4. Ita exercitati & eruditi in sedibus milites, cum ad expeditionem ex diversis convenerint locis &c.* Idem *eod. lib. cap. ult. Milites pœna & timor in sedibus corrigunt, in expeditionibus spes & præmia faciunt meliores.* Atque hoc etiam loco non *ædibus*, sed *sedibus* Contius & Wesembecius legunt: quomodo nonnullos etiam codices habere, Viglius & Giphanius testantur. Puto autem, falsum esse Cujacium, qui ex facto consultus *consult.* 49. respondit, milites etiam in 5
hybernis & præsidiis locatos ibidem jure privilegii sui testari posse. Nam qui sunt in hybernis aut præsidiis, neutiquam dici possunt esse in expeditione aut castris, quod tamen expresse requiritur & hoc loco & *§. sed hactenus 3. inf. eod.* Cessante autem causa privilegii & ipsum cessat privilegium, *per vulgat.*

Etsi filiifam. sint, &c. jure tamen communi] Ex his verbis Porcius colligit, filiosfam. jure militari testari non posse: quo nomine merito reprehenditur à Viglio. Locus planus est & apertus. Restrinxerat 6
ante privilegium militibus datum ad ea tempora, quibus occupati sunt in expeditionibus: ne quis vero ex eo putaret, milites & maxime filiosfam. alio tempore non posse testari ullo modo, subjicit, posse quidem etiam milites extra castra & expeditionum occupationes testari, & posse etiam filiosfam. de quibus solis, cum à privilegio militari recesseris, juste dubitari poterat; sed non aliter omnes & filiosfam. de castrensi peculio tunc posse, quam jure communi omnium civium Romanorum. Non igitur negat Imperator, filiosfam. milites in expeditione

occu-

occupatos jure militari testari posse, sed ait, eos etiam cum in expeditione non sunt testari posse; verum tunc non aliter, quam jure communi, significans, eos idem jus utrobique habere, quod patresfam. stipendia merentes habent. Ex præcedentibus autem apparet, quam inepti sint, qui militibus ordinum quorundam, veluti Teutonicis, Rhodiis, aut Maltensibus, privilegium jure militari testandi afferunt, quasi ulla in hac causa ratio habita sit nudæ dignitatis aut militiæ honorariæ vid. *Duar. in hunc tit. cap. 3.*

Paganorum] Pagani propriè dicti rustici, villani, κωμῆται seu vicani. Hic autem & passim in libris nostris opponuntur militibus, eoque nomine significantur omnes ἀστράτευτοι. Peculium paganum & castrense, in paganico & in castris, ἀντικείμενα. A scriptoribus Ecclesiasticis, & in constitutionibus Impp. Christianorum gentiles etiam pagani appellantur: quæ appellatio, ut credibile est, inde nata, quod cum urbes fere omnes sub Constantino fidem Christianam amplexæ essent, tamen adhuc diu post in agris & pagis hæsit religio gentilis, & reliquiæ ethnicismi.

TEXTUS.

Rescriptum D. Hadriani.

1. ***Plane de testamentis militum divus Trajanus Catilio Severo ita rescripsit.*** Id privilegium, quod militantibus datum est, ut quoquo modo facta ab his testamenta rata sint, sic intelligi debet, ut utique prius constare debet, testamentum factum esse: quod & sine scriptura, & à non militantibus quoque fieri potest. Si ergo miles, de cujus bonis apud te quæritur, convocatis ad hoc hominibus, ut voluntatem suam testaretur. Ita loquutus est, ut declararet quem vellet sibi hæredem esse, & cui libertatem tribueret: potest videri sine scripto hoc modo esse testatus, & voluntas ejus rata habenda est. Cæterum si (ut plerumque sermonibus fieri solet) dixit alicui; Ego te hæredem facio. Aut, Bona mea tibi relinquo. Non oportet hoc pro testamento observari. Nec ullorum magis interest, quam ipsorum, quibus id privilegium datum est, ejusmodi exemplum non admitti. Alioqui non difficulter post mortem alicujus militis testes existerent, qui affirmarent, se audisse dicentem aliquem, relinquere se bona, cui visum sit. Et per hoc vera judicia subverterentur.

NOTÆ.

1. *Et à non militantibus*] Ita quoque in *d. l. 24.* Fabrotus mavult, *ut à non militantibus quoque*, quomodo legisse videtur vetus instit interpres Gallicus, qui est in biblioth. Reg. verba citat Fabrot. quod valde placet. Ut autem à non militantibus jure communi, ita à militantibus jure etiam privilegiario.

Convocatis hominibus] Saltem duobus, per *l. 12. D. de testib.* etiam sine solenni illa rogatione aut præmonitione, quæ jure communi necessaria, *l 21. §. per. h. t.* nam utique etiam sine ea constare potest de voluntate militis, quod solum requiritur. Et ideo scripta militis voluntas etiam nullis testibus adhibitis rata est, per *l. 1. in fin. pr. l. 15. §. 1. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *In scripto militis testamento testibus opus non esse, in nuncupativo contra.*
2. *Quot testes à milite per nuncupationem testante adhibendi.*
3. *An rogatio testium in testamento militari necessaria sit.*

D*Ivus Trajanus ita rescripsit*] Recitatur hoc idem rescripto à Florentino in *l. Divus 24. hoc tit.* Sententia rescripti hæc est; voluntatem militis qualemcunque, etiam eam, quam sine scripto protulit, pro testamento observari: cæterum prius esse, ut consistet appareatque, serio atque animo testamenti faciendi verba pronuntiasse, hoc ut doceatur ipsorum militum maxime interesse, ne vera & seria eorum judicia subvertantur.

Et à non militantibus quoque] Giphanius legendum putat dempta negatione, *à militantibus.* Quia, ut ait, alienum sit hic agere de non militantibus. Sed ratio ista tanti non est, ut propterea à consentiente omnium Codicum lectione, quæ & Pandectarum Florentinorum auctoritate confirmatur, recedendum sit. Non militantium autem ideo mentio fit, ut ex eo, quod his concessum est, arguatur quod militantibus licere debeat. Argumentum à pari est; *Si licet non militantibus sine scripturæ testari,* intellige secundum solennitatem, quæ jure communi in testamento non scripto requiritur; *etiam militantibus licere debet eodem modo testari*, scilicet citra solennitatem. Nam ut ex verbis rescripti patet, consultus fuit Trajanus testamento militis, quod hæredes ab intestato eo prætextu impugnabant, quod id sine scriptura factum esset. Atque ita quoque Theophilus, quem falso Gi-

phanius aliter legisse existimat, Fabrotus in *not. ad Theoph.* mavult legi, *ut à non militantibus quoque.* Quod valde placet.

Convocatis ad hoc hominibus] Ex his constitutionis verbis triplex orta controversia est; una de necessitate adhibendorum testium in testamentum militis? altera de numero; tertia de eorum rogatio-
1 ne. De prima assentior Viglio, Cujacio, Hotom. Bachov. scilicet interesse, utrum mile per nuncupationem & sine scriptura testatur, an per scripturam: in nuncupatione omnino testibus opus esse; quod etiam hic locus expresse exigit: & quomodo alioqui de voluntate militis voce prolata constare poterit? In scripto autem testamento etsi nulli testes à milite adhibiti sint, ratam tamen esse militis voluntatem, utpote de qua per scripturam & manum ipsius testatoris, quæ legitima probatio est, constare, potest. Nihil autem amplius exigitur, quam ut de voluntate militis quocunque modo testata constet.
2 De numero testium adhibendo à milite per nuncupationem testante sic sentio; neque unum testem, *quod putat Theophilus*, sufficere, neque plures exigi, quam duos. Illud, quia constitutio plurali numero utitur, neque unius testimonium legitimum est, quale tamen omnimodo requiritur, *l. Lucius* 40. *hoc tit.* Hoc, quia pluralis elocutio duorum numero contenta est, *l.* 12. *de testib.* Atque ex ratione juris gentium, quod solum in testamentis militum consideratur, ad probationem alicujus actus duorum te-
3 stimonium sufficit. De rogatione testium, quod tertium erat, eam non existimo in militari testamento esse necessariam. Primum, quia rogatio illa est pura puta solennitas: in militaribus autem testamentis solennitates omnes remissæ: deinde quia hæc omnium solennitatum scrupulosissima est & subtilissima; longissimeque recedit à simplici ratione juris gentium, quæ sola regula est militarium testamentorum. Denique contraria sunt, dicere, nudam & simplicem voluntatem sufficere, & desiderari rogationem. Quamobrem non dubito, quin falsum sit, quod Hotomannus post Jo. de Platea & Angelum scribit, ne militem quidem sine certa testium advocatione monitorum ut ei actioni operam dent, testamentum conficere posse. Nihil certe Hotomannum juvant verba hujus text. *convocatis ad hoc hominibus.* Quippe quæ hic non dispositive, sed narrative tantum ponuntur, atque ut exemplo aliquo declaretur, quomodo de militis voluntate, sine scriptura testati, certo constare possit. De eo enim præcipuè hic agitur, atque hoc tantum cavetur, ne quilibet militis sermo temere pro vero ejus judicio capiatur, cum sæpe soleant homines, præsertim merito alicujus provocati, jactare & dicis causa aliquid proferre, ac civiliter magis, quam ex animo loqui. At ubi certo ex circumstantiis liquet, serium esse quod miles prolocutus est, & profectum ab animo testamentum condere volentis, voluntas ejus etiam ex hac ipsa constitutione servanda est. Atque ut certius de eo constare posse concedamus, si testes ad hoc specialiter sint convocati, aut cum alterius rei causa convenissent, præmoniti cui rei eos adhiberi placeret; constare tamen etiam potest sine formali ista sive rogatione sive præmonitione. Quid enim si miles, forte postridie in aciem educendus, in tentorio præsentibus aliquot commilitonibus suis dixerit; *Ego Titium hæredem facio, ejusque rei vos mihi testes esse volo?* Certe hic præter testium fidem nihil requiritur, aut requiri ex ratione juris gentium potest. Postremo si paganis rogandi testes necessitas in codicillis remissa est, *l. ult. in fin. C. de codicill.* quanto minus in testamento militis ea requirenda, quod iis ipsis etiam legibus, quibus codicillos constitutio civilis adstringit, solutum est?

Plerumque sermonibus fieri solet] Puta in conviviis, circulis, ac congressionibus familiarium, ubi nonnunquam leviter quædam effundimus, & jactamus magis, quam serio agimus aut loquimur. Et male ergo hic colligit Hotomannus, ut ratum sit & pro testamento servandum, quod miles nuncupavit, non tam pendere ex militis voluntate, quantumvis serio testibus exposita, quam ex convocatione testium & testimonii denuntiatione: cum hoc tantum hinc recte colligatur, non quemvis sermonem militis quocunque loco coram quibusvis prolatum pro testamento continuo habendum esse; sed inspiciendas esse circumstantias, nec aliter, quam si ex his appareat animum condendi testamenti militem habuisse, ratum esse oportere, quod pronuntiaverit. Atqui de eo etiam constare potest sine testimonii denuntiatione. Et qui de præsentia sua falsò deponunt, eadem opera se vocatos & rogatos esse mentientur.

Vera judicia subverterentur] Quamobrem merito notatur Domitianus, quod alienissimas hæreditates confiscabat, vel uno existente, qui diceret audisse se ex defuncto cum viveret, hæredem sibi esse Cæsarem. *Sveton. in Domitiano, c.* 12. Boni Principes ex jactatione aut nuda alicujus voce hæreditatem nunquam admiserunt, *l. ult. qui test. fac. l. pen. de hær. inst. l. res quæ* 22. *§.* 2. *de jur. fisc. §. ult. inf. quib. mod. test. inf.*

TEXTUS.

De surdo & muto.

2. Quinimo & mutus & surdus miles testamentum facere potest.

COM-

COMMENTARIUS.

1. *Natura surdos & mutos in militiam legi non posse.*
2. *Quem natura voce & auditu privavit, eidem denegasse & facultatem testandi.*
3. *Eos quoque qui casu aliquo muti & surdi facti sunt, suprema condere non posse, nisi scribere sciant.*
4. *Notatur oscitantia compositorum.*

HIc §. male à veteribus interpretibus, Joan. Fabro, Porcio, Aretino, acceptus est de eo milite, qui natura surdus & mutus est. Nimirum cum, paganis mutis & surdis, quibus non naturalis calamitas, sed morbus superveniens vocem abstulit, auresque conclusit, permissum sit testari, modo ii, quibus hoc accidit, scribere sciant; *l. discretis* 10. *C. qui test. fac.* putaverunt illi, hic militibus aliquid jure singulari concedi, quod jure communi cæteris denegatum est: videlicet posse milites etiam mutos & surdos natos ex privilegio testari, ut voluntatem suam per signa ostendant; cujusmodi signa ajunt intelligi & explicari posse ab iis, qui cum muto & sur-
1 do familiariter vixerunt. Sed primum bene à Viglio cæterisque melioris ævi interpretibus observatum est, natura mutum & surdum in numeros recipi aut in militiam legi non posse; utpote qui nec sacramentum præstare, nec imperium ducis aut signa audire, tesseramve accipere & reddere queat: ejusque rei etiam argumentum est, quod milites, qui in hanc calamitatem inciderunt, ob eam causam, ut bello inutiles, dimitti solent, *l. 4. h. tit.* ἄτοπον γὰρ, inquit
2 Theophilus, τοὺς τοιούτους στρατεύεσθαι. Deinde non minus absurdum est, quod putant, eum, quem utraque illa facultate natura orbavit, testamentum facere posse: nam de signis quod afferunt, commentum est. Quæso enim, quibus signis is, cui nec audire nec loqui à natura datum est, sententiam suam de eo, quod post mortem fieri velit, alteri explicare possit, qui, ut ipse Faber fatetur, ignorat quid sit testamentum? Ac proinde etiam παράδοξον hoc Fabro videtur; nobis autem ἀδύνατον; cum, quod natura negavit, beneficio Principis concedi non possit. Quod cum probe animadverteret Jason. in *add. ad Porc.* locum hunc repudiato exemplo communi accipiendum credidit de iis militibus, qui ex accidenti, accepto puta vulnere, aut morbo aliqui in castris affecti, facultatem loquendi & audiendi amiserunt. Et quia paganis etiam casu aliquo mutis & surdis factis, si literas sciant, testari concessum est: *dict. l. discretis, Cod. qui test. fac.* privilegium militum isto vitio affectorum in eo consistere putat, quod iis, etiamsi scribere nesciant, testari liceat, & hæredem per notas aut signa demostrare: quod etiam Canti-
3 unculæ placere video. Verumenimvero qui literis non potest, quibus ille notis certam dabit (hoc enim omnino necessarium est ex constitutione Trajani) voluntatis suæ supremæ significationem? Signis vero testari quenquam mortalium posse, uti nusquam traditum est, ita nec admittendum, ut possit. Nam cum nulla signa idonea sint ad voluntatem ultimam alteri certo significandam, in re tanti momenti fides habenda esset divinationi quorundam ineptorum hominum, pro arbitrio suo hujusmodi signa temere interpretantium. Putaverunt igitur alii, nullum hic novum privilegium proponi, sed idem illud, de quo supra dictum, tantum porrigi ad eos milites, qui muti & surdi facti sunt, ut nimirum his etiam liceat ante causariam missionem in numeris manentibus jure militari testamentum facere, contemptis solennitatibus juris communis, *d. l. 4. hoc tit.* ne quis forte putaret, defectum sensus ac loquelæ solennitate juris supplendum, aut quia ob id vitium mox dimittendi sunt, privilegio uti non posse. Sed nimis evidenter hoc loco novum privilegium profertur, quod ad personas militum & potestatem testandi, non tantum ad formam & remissionem solennium pertinet. Ego arbitror, peccatum hic aliquid esse oscitantia Campilatorum. Certum est, 4
olim paganum mutum aut surdum testamentum facere non potuisse, nisi ut liceret sibi facere specialiter à Principe impetrasset, *l. 7. qui test. fac.* militem autem mutum & surdum potuisse citra novam concessionem ex privilegio militari, *l. 4. hoc tit.* Nec minus hoc certum habeo, neque paganum mutum simul & surdum natum, aut factum quidem, sed qui scribere nesciret, hoc unquam ex speciali gratia obtinere potuisse, quippe qui nec petere hoc potuit, neque militem in casu simili habuisse ex privilegio. Justinianus primus generali lege surdis & mutis (exceptis iis, quos modo dixi) facultatem testandi dedit, *d. l. discretis, C. qui test. fac.* ex quo cum etiam pagani hoc jus habuerint, id inter privilegia militaria, ut olim, amplius referri non debuit. Cum igitur nihilominus appareat, id hoc loco factum esse à Compositoribus, oportet eos, cum hæc vel ex responso Ulp. in *d. l. 4.* vel ex alio veteri Jurisconsulto describerent, non meminisse constitutionis illius Justinianeæ: quæ tamen jam dudum edita erat, ut apparet ex subscriptione. Fallitur autem Bachovius, qui eam etiam priori Codici insertam fuisse opinatur, cum primum edita sit biennio post editionem illius Codicis, anno scilicet primo post consulatum Lampadii & Orestis.

TEXTUS.

De militibus & veteranis.

3. *Sed hactenus hoc illis à Principalibus* com-

constitutionibus conceditur, quatenus militant & in castris degunt. Post missionem vero veterani, vel extra castra alii, si faciant adhuc militantes testamentum, communi omnium civium Romanorum jure id facere debent. Et quod in castris fecerint testamentum non communi jure, sed quomodo voluerint, post missionem intra annum tantum valebit. Quid ergo si intra annum quis decesserit, conditio autem hæredi adscripta post annum extiterit? an quasi militis testamentum valeat? Et placet valere quasi militis.

NOTÆ.

3. *Veterani*] οἱ ἀπολυθέντες τῆς στρατείας. Suid. qui justam missionem legitimis impletis stipendiis consecuti sunt, *l. 2. D. de veteran. l. 1. C. de exc. vet.* ἀφέσεως ἐντίμου τυχόντες. Julian. *orat. 1. v.* Lips. ad 1. *annal. & 2. Hist.* Tac.

COMMENTARIUS.

1. *Falli tam eos, qui putant, hunc §. solum pertinere ad milites surdos & mutuos militia missos; quam qui negant ad hos pertinere omnino.*
2. *An & quatenus milites capite damnati jure militari testandi licentiam retineant.*
3. *An huc pertineant qui successoribus acceptis militare desinunt.*

Nulla ratio est, cur dubitemus, utrum hic §. cum superiore connectendus sit, referendusque solum ad milites mutos & surdos, an generaliter ad omnes militia missos. Quippe cum ju-
1 stior causa dubitandi sit de mutis & surdis, propter incertitudinem voluntatis eorum, quam de reliquis: & quotquot sunt hac de re loci in Pand. illi generaliliter loquuntur de omnibus, qui honestam vel causariam missionem meruerunt, *l. quod constitutum 21. l. testamenta 26. l. quod dicitur 38. hoc tit.* neque absurdum est aut superfluum, repeti, quod semel dictum est, si id fiat alterius rei significandæ gratia, quam quæ præcessit, ut fit hoc loco. Sunt ex contrario qui putant, ea, quæ hic traduntur, ad mutos & surdos milites dimissos aut extra castra versantes nō pertinere: sed eos etiam post missionem aut alibi degentes retinere facultatem jure militari testandi: quod ut unus error plerumque plures parere solet, ex eo natum est, quod crediderunt, mutos & surdos milites, sive ita natos sive factos, etiam litterarum ignaros, jure militari testandi licentiam habere, quos si missos dicamus, non aliter testari posse quam jure communi. Negamus, eos ullo modo posse testari; quia nec possunt jure communi, *l. discretis C. qui test. fac.* & hoc verissimum est: falsum autem quod illi pro vero assumunt, posse ejusmodi mutos & surdos jure militari testari, ut abunde probavimus *§. præc.*

Post missionem vero] Huic rei obstare videtur, quod etiam is miles, qui capite damnatus est, jure militari testandi licentiam habet, *l. ex militari 11. hoc. tit.* qui tamen maxime pro misso & exauctorato haberi debet. Non unum est, quod hic respondeatur. 2
Nam primum miles capite damnatus privilegium testandi non retinet, nisi id nominatim sententia comprehensum sit, *l. si quis 22. §. 1. de legat. 3.* aut petierit & impetraverit, ut sibi jure militari testari liceret, *l. cum hic 32. §. si miles 8. de don. int. vir. & ux. l. 6. §. sed etsi 6. de injust. rupt. irr. test.* Deinde nec is miles retinet, qui ex delicto communi capite puniri meruit, sed tantum, qui ex militari, *dd. ll. & l. 1. de vet. & mil. success.* nec eo quovis: non eo, quod fidem sacramenti rumpat, *d. l. 11. hoc tit.* verum ex leviore aliquo: sunt enim multa militiæ delicta minus atrocia, quæ tamen ut capite puniantur, vigor disciplinæ militaris postulat. Denique testandi jus his tantum conceditur de bonis castrensibus, quæ non vindicantur fisco; sed ab intestato ad proximos cognatos pertinent, *d. l. 1. & l. 2. de vet. & mil. succ.* quos cum unicuique permissum sit à successione sua excludere facto testamento, id militi etiam in proposita specie permitti placuit.

Intra annum &c.] Testamentum in castris jure militiæ factum ius suum etiam post missionem intra anni spatium retinet, vel eousque, dum institutionis conditio extiterit, *l. quod constitutum 21. l. testamenta 26. l. quod dicitur 38. hoc tit.* De anni spatio hæc causa affertur, quod privilegia absentibus reipub. causa, quales etiam sunt milites, concessa post reditum usque ad annum perseverant, *§. item 2. sup. de exc. tut.* De conditione hæc, quia conditio quandocunque existens retrotrahitur, atque exinde perinde habetur, ac si ab initio purè institutio facta fuisset, *l. si pupillus 26. de cond. inst. l. 11. §. 1. qui pot. in pign. l. 8. de per. & com. rei vend.* Cæterum missionem intelligi oportet vel honestam, quæ emeritis stipendiis indulgetur; vel causariam, quæ propter valetudinem. Nam eorum testamenta, qui ignominiæ causa missi sunt, statim desinunt militari jure valere, *d. l. testamenta 26. hoc tit.* Consule de hoc *l. 2. §. 2. de his qui not. infam. Lipsium in lib. 1. Annal. Taciti.* Quæsitum est, an quod hic traditur etiam ad eos pertineat, qui non missione, sed succes- 3
soribus acceptis militare desinunt; quales sunt duces exercitus, tribuni cohortium aut legionum, vel præfecti: nam testari quidem hos omnes jure militari

tari posse, quamdiu exercitui, legionibus aut cohortibus præsunt, certum est, *l. tribunus* 20. *l. Titius* 25. *hoc tit. l.* 4. *C. eod.* Et Africanus respondit non pertinere, sed statim atque successorem acceperint, horum testamenta jure militari valere desinere, *d. l. quod constitutum hoc tit.* Ait, autem, non pertinere, quantum ad verba constitutionum attinet, quæ de missis loquuntur, non quibus successor datur. Quid si igitur nos cum Cujacio ad *d. l. tract.* 4. *ad African.* tentemus ex sententia constitutionum etiam ad hos beneficium illud pertinere. Cur enim verba legum captamus? Aut quid in proposito refert, utrum quis dimittatur, an successorem accipiat? Certè Ulpianus non dubitat edictum de iis, qui notantur infamia, quod de missis loquitur, ad eos extendere, quibus successores dantur, *d. l.* 2. §. 2. *de his qui not. infam.*

TEXTUS.

Si testamentum factum ante militiam.

4. *Sed &, si quis ante militiam non jure fecit testamentum & miles factus, & in expeditione degens resignavit illud, & quædam adjecit sive detraxit, vel alias manifesta est militis voluntas hoc valere volentis, dicendum est, valere hoc testamentum, quasi ex nova militis voluntate.*

NOTÆ.

4. *Ante militiam*] Id est, qui cum adhuc paganus esset, non jure communi testamentum fecit.

Resignavit] Resignare est signatum aperire, ἀποσφραγίζειν, *l.* 1. §. 36. *depos. l.* 6. *testam. quem ap.*

Manifesta militis voluntas] Utique igitur semper necesse est, ut miles postea factus tempore expeditionis nova aliqua testatione voluntatem declaret: alias id testamentũ ad privilegia militaria non pertinebit, *l.* 9. §. 1. *l.* 20. §. 1. *l.* 25. *h. t.* Nec obstat *l.* 15. §. 2. *eod.* ibi, *si militis voluntas contraria non sit.* Hoc enim sic accipiendum, quasi JC. dixisset, si militis voluntas, quæ postea secuta est, priori non contraria, sed eam confirmet.

COMMENTARIUS.

1. *Testamentum non ritè à pagano factum jure militiæ valere, si is miles postea factus & in castris degens recenti aliquo judicio priorem voluntatem comprobaverit.*

2. *Si nulla nova voluntatis declaratio intervenerit, testamentum illud ad privilegia militum non pertinere.*

3. *Ulpianus secum & cum aliis conciliatus.*

Aliud privilegium militare spectans confirmationem testamenti ante militiam non jure ordinati, quod tale est; Si quis, cum paganus esset, testamentum non jure communi civium fecit, & postea cum militare cœpisset, in castris aut expeditione degens quovis recenti judicio, & sive voce sive facto aliquo declaraverit, sed id testamentum valere velle, valebit ex nova militis voluntate: atque ita videbitur testatus per relationem. Est vero hoc superiori omnino consequens: nam cum militi nuda voluntate testamentum facere permissum sit, ei etiam permittendum fuit, testamentum, quod ante militiam fecit, nuda voluntate postea comprobare: quoniam hæc militis voluntas testamentum est, *l.* 1. *in fin. l. in fraudem* 15. §. 2. *hoc tit.* 1

Resignavit illud, & quædam adjecit sive detraxit, vel alias manifesta &c.] Ad confirmationem testamenti, quod quis inutiliter ante militiam fecit, uti nihil amplius requiritur, quam ut miles postea factus tempore expeditionis id valere voluerit; ita etiam necesse est, ut hoc nova aliqua testatione voluntatis declaret. Duo enim semper in omni militari testamento exigimus; ut de voluntate militis constet; ut in expeditione testatus sit. At in proposito neque de voluntate militis constare potest, si nulla nova testatio intervenerit; quin potius tunc censendus est priorem inutilem voluntatem, qualem esse sciebat, talem manere voluisse: nec dici potest in expeditione testatus, à quo neque factum quicquam est, neque dictum, quod ad comprobationem prioris voluntatis pertineat. Enimvero non præcisè requiritur, ut miles recentem voluntatem apertè & verbis declaret, sed sufficit eam re aliqua & facto significari, unde commodè intelligi possit: cujusmodi facta sunt, si testamentum resignaverit, legeritque ac rursus suo signo signaverit, si aliquid adjecerit, detraxerit, interleverit, perduxerit, emendaverit. Alterutrum autem horum omnino necessarium est, ut hic locus apertè ostendit, & apertius adhuc Jurisconsultus *ll. Tribunus* 20. §. 1. *eod.* disertè scribens, si nihil eorum, quæ diximus, intervenerit, testamentum ad privilegia militum non pertinere: quibus similia leguntur in *l. quod dicitur* 38. §. 1. *in fin. eod. l.* 8. §. 4. *de jur. Cod.* Omnium autem apertissimus in hanc sententiam locus est Marcelli in *l. Titius* 25. *hoc tit.* ubi sic scribit; *Testamentum, quod (Titius) ante tribunatum fecisset, nihil si postea ab eo factum dictum esse probaretur, ad jus commune pertinet. Constitutionibus enim Principum non militum testamenta, sed quæ à militibus facta sunt, confirmantur.* Cur igitur in re manifesta laboramus? Propter responsum Ulpiani, quod extat in *l. in fraudem* 15. §. 2. *eod.* in hæc verba; *Testamentum ante militiam factum à milite, si in militia decesserit, jure militari valere, si militis* 3 *volun-*

voluntas contraria non sit, Divus Pius rescripsit. Ecce, non novam hic voluntatis declarationem Jurisconsultus exigit, sed tantum ut nulla contraria voluntas secuta sit: atqui hoc etiam tunc fit, cum nulla omnino secuta est. An dicimus, Jurisconsultum loqui non de eo, qui cum paganus esset, testamentum fecit; sed de milite, qui testatus est ante militiam? Ita quidem Gloss. Joan. Fab. & alii. Sed ego hoc non capio, neque intelligo, quomodo miles dici possit ante militiam testamentum fecisse, nisi militem accipias κατ' ἀναφορὰν, qui nunc miles est, cum tempore facti testamenti esset paganus: nec illa Ulpiani verba, testamentum ante militiã factum à milite, aliter accipi debent aut possunt, quam si dixisset, testamentum à milite factum antequam miles esset, seu cum adhuc esset paganus: quibus etiam verbis ille ipse utitur, idem hoc rescriptum D. Pii referens, in *l.* 9. §. 1. *eod.* Hoc cum animadverteret Franciscus Hotomannus, ἀντινομίαν esse pronuntiavit, quem secutus est Anth. Matthæus. Verumenimvero si hic antinomiam admittimus, ubi non admittemus? Mille loci sunt, in quibus major in speciem cum aliis pugna est, quam in loco illo Ulpiani cum iis, quos antea allegavimus. Fatetur Hotomannus, Julianum, Marcellum, Paulum, atque adeo ipsum Justinianum hoc loco exigere argumenta recentis judicii, & prioris apertam comprobationem: sed ait, ita jus vetus fuisse; novum autem constitutum esse à D. Pio sola taciturnitate, quasi perseverantia judicii contento; quod jus proferatur ab Ulpiano: quam ob causam etiam Justinianum reprehendit, quod contra quam in prœmio recipit, jus obsoletum hic nobis obtruserit. Si à solo Juliano, qui cæteris antiquior fuit, id proditum esset, poterat videri speciem aliquam veri habere, quod Hotomannus dicit. Sed cum etiam Marcellus, quo consiliario usum esse D. Pium testis est Capitolinus, & post hunc etiam Paulus, qui assessor Papiniani, & Ulpiani in assessura collega fuit, auctore Lampridio *in Alexand.* idem affirment, nullus color relinquitur, qui opinioni Hotomanni prætexi queat. Utique enim nimis putidum est dicere, aut ignorasse eos jus, quod à D. Pio constitutum erat, aut contra expressam constitutionem Principis respondisse. Quin etiam ipse Ulpianus in *l.* 9. §. 1. *hoc tit.* disertè in hac eadem specie exigit prioris voluntatis expressam approbationem, idque, ut testatur, secundum D. Pii rescriptum. Ait enim, testamentum factum à pagano, qui postea militare cœpit, jure militari valere, si miles factus hoc maluit, ut à D. Pio rescriptum est. Quid vero hoc aliud est, quam si dixisset, si miles factus indicio aliquo novæ voluntatis ostenderit, se id velle valere? Significantiora certè sunt verba Jurisconsulti, quam ut de simplici silentio aut voluntate in mente retenta intelligi possint. Atqui idem rescriptum est, idemque auctor, qui ejus meminit in *d. l. in fraudem* 15. §. 2. *eod.* ut proinde, eundem utrobique etiam sensum esse, licet verba diversa sint, oporteat. Quod cum dicimus, hoc dicimus, verborum in *d. l.* 15. §. 2. *si militis voluntas contraria non sit*; & illorum in *d. l.* 9. §. 1. *si hoc maluit miles*; unam eandemque esse sententiam, quemadmodum ab uno eodemque prolata esse constat, ad rem eandem significandam. Plus nimirum sensit Jurisconsultus in *d. l.* 15. §. 2. quam scripsit: quod cum manifestum sit tum ex aliis locis, tum ex *d. l.* 9. §. 1. quæ est ipsius Ulpiani, cur verba urgemus, quæ & ipsa insuper ambigua sunt, & sic quoque accipi possunt, non ut nulla nova voluntas exigatur, sed ut saltem aliqua, quæ tamen priori contraria non sit, sed eam confirmet? Quamobrem miror, quid Hotomanno & Ant. Matthæo, summis alioqui viris, in mentem venerit, quod, eos, qui ajunt, Ulpianum & secum & cum cæteris de re proposita convenire, contentionis, quam veritatis cupidiores esse, tam præcipites pronuntiaverint.

TEXTUS.

Si adrogatus vel emancipatus.

5. *Denique & si in adrogationem datus fuerit miles, vel filiusfamilias emancipatus est, testamentum ejus quasi ex nova militis voluntate valet: nec videtur capitis deminutione irritum fieri.*

NOTÆ.

Quasi ex nova militis voluntate] *l.* 22. *eod.* ut capitis minutione secuta voluntas repetita censeatur: nam jure communi requiritur nova voluntatis declaratio, *l.* 11. §. 2. *sec. tab.*

COMMENTARIUS.

JUre communi testamentum irritum fit etiam minima capitis deminutione testatoris, puta si se adrogandum dederit, §. 4. *inf. quibus modis test. inf.* militare non item. Sed & si filiusfam. miles à patre in adoptionem datus fuerit, aut emancipatus, placet testamentum ejus valere, nec capitis deminutione irritum fieri, *l. miles* 22. *& l. seq. hoc tit.* Ut autem huic quæstioni locus sit, oportet testamentum factum statuatur de bonis castrensibus: nam filius quidem familias de aliis bonis testari non potest: pater autem familias etsi potest, si tamen de omnibus bonis testatus sit, necesse est tale testamentum infirmari per adrogationem; quippe cum quicquid

extra peculium castrense est, id acquiratur patri adrogatori: qua de causa etiam Jurisconsultus in *l. 23. hoc tit.* exprefsè meminit militis de castrensibus duntaxat rebus testati. Quamvis autem quod hoc loco & *d. l. 22. & l. seq.* proponitur, inter privilegia militaria referatur: idem tamen postea, neglecta subtilitate juris productum videtur ad veteranos jure communi de bonis castrensibus testantes, *l. 1. §. exigit. 8. de bon. possess. sec. tab. l. 6. §. ult. de injust. rupt. testament.*

Textus.

De peculio quasi castrensi filiisfam. testari permissum, sed jure communi.

6. Sciendum tamen est, quod, cum ad exemplum castrensis peculii, tam anteriores leges, quam Principales constitutiones, quibusdam quasi castrensia dederant peculia, & horum quibusdam permissum fuerat etiam in potestate degentibus testari, nostra constitutio id latius extendens, permiserit omnibus in hujuscemodi peculiis testari quidem, sed jure communi. Cujus constitutionis tenore perspecto, licentia est, nihil eorum, quæ ad præfatum jus pertinent, ignorare.

Notæ.

Nostra constitutio] *d. l. ult. C. de inoff. test. l. ult. C. qui test. fac.*

Commentarius.

Privilegium jure militari testandi etiam nostri temporis militibus competere.

De differentia & qualitate peculii filiorumfam. actum *sup. §. 1. per quas pers. cuiq. acq.* hic tantum quædam monentur propter id peculium, quod ad exemplum castrensis filiisfam. concessum fuit, olim eorum quibusdam duntaxat cum potestate de eo testandi, à Justiniano cum eadem potestate omnibus, *l. ult. C. de inoff. test. l. ult. C. qui test. fac.*

Anteriores leges] Pandectas intelligo cum Cujacio. Etenim etiam ea, quæ legibus continentur de hoc quasi castrensi peculio, non esse ex lege aliqua ad populum lata, sed ex constitutionibus, argumento est, quod ipsum peculium castrense, cujus exemplo comparatum est quasi castrense, ex constitutionibus est. In Pandectis autem non semel tantum, aut ad summum iterum, ut falso Mynsingerus existimat, sed sæpius hujus quasi castrensis peculii mentio fit, ut in *l. 1. §. in filii. 6. ad senat. Treb. l. 3. §. dari. 5. de bon. poss. l. 1. §. nec castrense 15. de collat. l. filiusf. 7. §. ult. de donat.*

Quam principales constitutiones] Constitutiones intelligit recentiorum Imperatorum, quarum quædam etiam extant in posteriore Codice, *l. velut 7. C. de assess. l. 4. C. de adv. div. jud. l. un. C. de castr. omn. palat. pec. l. ult. C. de castr. lib. 12.*

Et horum quibusdam] Veluti consulibus, proconsulibus, legatis & præsidibus provinciarum, cæterisque in universum omnibus, qui positi erant in eminentiore aliquo dignitatis administrationis gradu: patronis vero causarum, memorialibus, agentibus in rebus, magistris liberalium artium, archiatris, & id genus aliis in tam ampla dignitate non constitutis, ea quidem, quæ hujusmodi operam reipub. navantes paraverant, plena proprietate concessa fuerunt, ut hæc etiam patre mortuo quasi peculium quoddam castrense præciperent: cæterum jus de his rebus testandi iis datum non fuit, *l. ult. C. de inoff. test.* Hinc apparet, non satis validum esse argumentum, quo nonnulli filiisfam. jus testandi defendunt, etiam in peculio adventitio iis casibus, quibus plena ejus proprietas illis concessa est: de quo amplius *tit. proximè seq.*

Testari quidem, sed jure communi] *d. l. ult. C. de inoff. test. d. l. ult. C. qui test. fac.* Quare filiifamil. omnes, qui quasi castrense peculium habent, idem per omnia in eo jus habent ex constitutione Justiniani, quod filiifam. veterani in peculio castrensi: jure autem militari testari non possunt: hoc enim privilegium illis solis tributum est, qui sub armata militia stipendia merent; neque simpliciter, sed tunc cum expeditionum laboribus occupantur, ut inepti sint, qui hoc extendunt ad alias militiæ species, togatæ scilicet aut alias imaginariæ, cujus crebra mentio in tribus posterioribus libris Codicis. Illud nihil refert, utrum quis pedes mereat, an eques. In classibus omnes nautæ & remiges milites sunt, *l. un. §. 1. de bon. poss. ex test. mil.* Quidam negaverunt, privilegia jure militari testandi competere 1 militibus nostrorum temporum, eo quod vetus ratio legendi & ritus assumendi militem in desvetudinem abiit. Sed hoc argumentum nullius momenti est: durat enim nihilominus causa privilegii, laborum & periculorum functio, cum in expeditionibus sunt, ubi armorum strepitus vocem juris civilis eos non patitur, *Vigl. ad rubr. hic Gail. 2. obs. 118. Vaud. 1. q. 55. Christin. vol. 4. decis. 3. Sichard. ad rub. C. h. tit. m. 9. Graff. §. substitutio quæst. 66. Grot. 2. introd. 7. Perez. C. d. test. mil. in fin.*

TITULUS XII.

D. lib. 28. t. 1. C. lib. 6. t. 22.

Quibus non est permissum facere testamentum.

1. *Ut testamentum consistat, quænam in persona testantis requirantur.*
2. *Damnatos capite olim certo jure testandi facultatem amisisse.*
3. *An novellis legibus ab eo jure recessum.*

Editus ad jus commune. Disseruit *tit.* 10. de forma & modo testandi: progreditur nunc ad personam testantis: quod est alterum ex tribus illis, quæ in omni testamento consideranda esse diximus *sub rubr. d. tit.* In persona testantis duo exiguuntur: unum est, ut conditione sit civis Romanus: quod indicat primum & secundum caput legis Falcidiæ, *l. 1. ad leg. Falc.* proinde testamentum facere non possunt peregrini aut ad peregrinitatem redacti, ut deportati, *l. 8. §. 1. & 2. h. t. qui test. fac. l. 1. §. 2. de legat. 3.* nec servi aut capti ab hostibus, *d. l. 8. §. ult. l. filiusfam. 16. hoc. tit. §. ult. inf. eod.* nec obsides, nisi eis permittatur, *l. 11. eod.* Ac ne is quidem, qui de statu suo & conditione incertus est, testari potest, *l. 14. & seq. eod. l. 1. in pr. de leg. 3.* Alterum est, ut sit sui juris, uno verbo paterfam. de quo statim *in pr. hujus tit.* Qui patresfamiliarum sunt, omnes testamentum facere possunt, exceptis iis, qui voluntatem suam recto certoque judicio significare aut exprimere nequeunt, *de quibus in §. 1. & 3. seqq.* nec non alliis quibusdam, quos lex ob delictum admissum, aut apostasiam hæresimve nominatim testari vetat, *l. is cui 18. §. 1. l. cum leg. 26. hoc tit. l. 3. C. de apostat. l. 4. C. de hæret. & Manich. l. 6. & auth. seq. C. de incest. nupt.* Olim omnes capitali crimine da-
2 mnati certo jure testamenti factionem amittebant, quoniam statim atque sententiam passi essent, libertatem & civitatem perdebant, *d. l. 8. §. ult. l. 6. §. sed & 6. de injust. rupt. test. l. 12. l. qui ultimo 29. de pœn.* Ajo *damnati*: nam si quis indemnatus, quantumvis post accusationem & in custodia, decessisset, ejus testamentum valebat, *l. 9. hoc tit.* uti & damnati appellatione interposita, medioque tempore pendente appellatione testati & defuncti, *l. 13. §. ult. eod.* Quæritur autem, an novellis legibus, *Nov. 17. c. 12.*
3 *Nov. 22. cap. 8. item 134. cap. ult.* unde *auth. sed hodie, C. de don. int. vir. & ux. & auth. bona. C. de bon. proscript.* ab eo jure recessum sit: nam his constitutionibus & servitus pœnæ tollitur, & bona capite damnatorum non publicantur extantibus liberis & parentibus. Sed tamen quia eis bona adimuntur, & in liberos vel parentes transferuntur, ne hodie quidem eos testari posse dicendum videtur, *D. Tulden. hic cap. 6. add. Salicet. in d. auth.* sed hodie, *Vasq. 5. contr. illust. 96. Graff. §. testamentum quæst. 26. Clar. §. testamentum quæst. 21.* Jac Verwey *tract. de art. testam. cap. 4.* ubi notat, in his regionibus damnatos capite, quorum bona publicata non sunt, testamenti factionem retinere.

TEXTUS.

De filiofamilias.

Non tamen omnibus licet testamentum facere. Statim enim ii, qui alieno juri subjecti sunt, testamenti faciendi jus non habent: adeo quidem, ut quamvis parentes eis permiserint, nihilo magis jure testari possint: exceptis iis, quos antea enumeravimus, & præcipuè militibus, qui in potestate parentum sunt: quibus de eo, quod in castris acquisiverunt, permissum est ex constitutionibus Principum testamentum facere. Quod quidem jus ab initio tantum militantibus datum est, tam ex auctoritate divi Augusti, quam Nervæ, nec non optimi Imperatoris Trajani: postea vero subscriptione divi Hadriani etiam dimissis à militia, id est, veteranis, concessum est. Itaque siquidem fecerint de castrensi peculio testamentum, pertinebit hoc ad eum, quem hæredem reliquerunt. Si vero intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus superstitibus, ad parentes eorum jure communi pertinebit. Ex hoc intelligere possumus, quod in castris acquisierit miles, qui in potestate patris est, neque ipsum patrem adimere posse, neque patris creditores id vendere, vel aliter inquietare, neque patre mortuo cum fratribus commune esse: sed scilicet proprium esse ejus, qui

qui id in castris acquisierit: quanquam jure civili omnium, qui in potestate parentum sunt, peculia perinde in bonis parentum computentur, ac servorum peculia in bonis dominorum numerantur: exceptis videlicet iis, quæ ex sacris constitutionibus, & præcipuè nostris propter diversas causas non acquiruntur. Præter hos igitur, qui castrense peculium, vel quasi castrense habent, si quis alius filiusfam. testamentum fecerit, inutile est; licet suæ potestatis factus decesserit.

NOTÆ.

Qui alieno juri subjecti] Filiifam, testamentum facere non possunt, *l. 6. h.t.l. pen. C. eod.* & olim quidem vel ideo non poterant; quia nihil suum habebant. Ulp. *tit.* 20. §. 9. Hodie non possunt, quia ne nunc quidem quicquam pleno jure tanquam patresfam. habent, excepto peculio castrensi & quasi: de quo ob id etiam testari iis, permissum. Testandi autem facultas solis patribusfam. lege concessa: *Paterfam. uti legas sit, &c.* Cic. *ad Heren. lib.* 1.

Quamvis parentes permiserint] Quia testamenti factio juris publici est, *l. 3. h.t.* id est, ei soli competit, cui jure publico permissa. Ex quo efficitur, ut nec consentiente patre codicillos facere, legatumve aut fideicommissum relinquere filiusfam. possit, *l. 6. §. 3. de jur. cod. l. 25. §. 1. de mort. ca. don.*

Iure communi] Id est, jure hæreditario post liberos & fratres intestato mortui, ut est in textu, *l. 3. l. 4. C. de bon. quæ lib.* jure novissimo à liberis solum, non etiam à fratribus parens excluditur. Nov. 118. c. 2. Explodendum igitur, quod Cujac. Pac. Fabrot. in margine notant, *jure communi*, id est, *jure patrio, jure peculii*; ex veteri & abrogato jure in *l. 2. de castr. pec.*

Proprium ejus esse] Ita ut in eo vice patrisfam. fungatur, *l. 2. de SC. Mac.* quod jus & quasi in castrensibus ei postea tributum, *§. ult. tit. sup.*

Quanquam jure civili] Oratio perplexa: sententia tamen Justiniani ex iis, quæ antecedunt, & mox subjiciuntur, satis manifesta. Vide comment.

COMMENTARIUS.

1. *Cur filiifam. testamenti factionem non habeant.*
2. *Cur ne patre quidem consentiente rectè testentur, cum ita mortis causa rectè donent.*
3. *An testamentum à filiofam. factum cum consensu patris, propter adscriptam clausulam, ut id valeat cujuscumque ultimæ voluntatis vi, saltem sustineatur in vim donationis causa mortis.*
4. *Intestato fillio mortuo peculium castrense jure Codicis ad patrem non rediisse jure peculii: sed liberis & fratribus non extantibus jure successionis ad eum devolutum.*
5. *Peculio pagano adventitio cum castrensi communia.*
6. *Plenius ac planius, quam vulgo, ostenditur, filiumfam. ne de iis quidem adventitiis testari posse, quorum fructus patri non quæritur.*
7. *An de his codicillos facere, aut sine patris consensu mortis causa hæc donare possit.*
8. *Quid hic moribus harum regionum receptum.*

QVi alieno juri subjecti] Lex duodecim tabularum liberam testandi facultatem civibus concedens præcisè ac definitè de patribusfam. locuta est. Extat integrum legis caput apud auctorem ad Herennium *lib.* 1. in hæc verba; *Paterfamilias uti legas sit super familia pecuniave sua, ita jus esto.* Ex eo quod Decemviri hoc jus nominatim concesserunt patrifam. hoc est, civi Romano, qui sui juris est, satis intelligitur, idem eos filiisfam. permittere noluisse. Quinimo non potuerunt nisi ridiculè testandi facultatem permittere iis, qui nihil suum habebant, de quo testari possent: quippe notum est, filiosfam. olim omnia parentibus, quorum in potestate erant, pleno jure acquisivisse: quæ etiam ratio, cur filiifam. testari non possint, reddita est ab Ulpian. in *fragm. tit. 20. §. filiusfam. 9.* duratque eadem etiam nunc: quicquid enim hodie filiifam. proprium est, in eo non ut filiusfam. sed & paterfam. consideratur. Et peculium quidem castrense, & quasi castrense sub qualitate patrisfam. ei plenissimo jure concessum est: cæterum & in adventitio quadantenus vicem patrisfam. sustinet: cum alioqui ne proprietas quidem hujus peculii penes eum esse posset; pugnatque cum conditione filiifam. aliquid proprium habere. Hoc autem posito, filiosfam. jus testamenti faciendi non habere, consequens est, eos, nec legatum aut fideicommissum relinquere, aut codicillos facere posse: quippe quæ iis demum permissa sunt, qui & testamentum condere possunt, *l. 2. de legat. 1. l. 1. §. 2. de legat. 3. l. 6. §. pen. de jur. cod.* Denique in his etiam locum habet ratio Ulpiani, quod filiifam. nihil habent proprium. 1

Quamvis parentes eis permiserint] *L. 6. eod.* Atque hoc etiam ut consectarium ex superiori deducitur. Etenim permissio illa patris non efficit, ut filiusfam. incipiat esse paterfam. Lex autem duodecim tabb. non aliis, quam patribusfam. testandi potestatem concessit; eoque pertinet quod Papinianus scribit *l. 3. eod. Testamenti factio non privati sed publici juris est.* Hoc est, jus testamenti faciendi non privatorum auctoritate, sed jure publico & legibus cuique tribuitur: adde quod ne sic quidem filiofam. quicquam 2

 acqui-

acquiritur, de quo testari, aut in quo hæredem habere possit. Ex quo jam etiam efficitur ut nec consentiente patre codicillos facere, legare aut fideicommissum relinquere valeat. Eadem enim utrobique ratio est. An igitur filiofam. nec mortis causa donare volente patre permittendum? Ita videri potest, cum mortis causa donationes per omnia ferè ultimis voluntatibus comparentur, *§. 1. sup. de donat. l. ult. C. de mort. ca. don.* Placuit tamen, posse filiumfam. permittente patre mortis causa donare: nimirum quia donatio mortis causa, etsi in plerisque jure ultimæ voluntatis censetur, in quibusdam tamen nanaturam negotii inter vivos & contractus habet, *l. senatus 35. §. 3. de mort. ca. don.* maximeque in eo, quod ad eam perficiendam traditione aut conventione opus est, ut pluribus ostendimus in *d. §. 1.* ac proinde hactenus etiam eodem jure cum conventionibus haberi, hoc est, privatorum arbitrio regi debet, perindeque habendum, ac si pater ipse per interpositam filii personam donasset, in eoque usus esset filii ministerio *l. 9. §. 2. de donat.* Atque hanc ob causam, etsi filii quoque persona in hac donatione spectatur, tum in ea perficienda, tum infirmanda, putarem tamen, etiam patrem eam revocare posse, *cum Bart. in l. 2. §. 1. de donat. Aug. & Ioan. Fab. hic.* nam quod traditum est de testamentis, ea non debere pendere ex alieno arbitrio, *l. illa institutio 32. de hær. inst.* protinus ad mortis causa donationes trahendum non est. Non obstat iis, quæ diximus, argumentatio Ulpiani *in l. 1. §. 1. de tut. & rat. distr.* concludentis, ei, cui testamenti factio permissa non est, nec permittendum esse mortis causa donare: procedit enim ista argumentatio in patrefam. qui bona propria habet, sed testari non potest propter ætatem & defectum judicii, qualis est pupillus, de
3 quo etiam Jurisconsultus loquitur. Hinc jam illud quæsitum est, si filiusfamil. testamentum cum consensu patris condiderit adscripta clausula, *si non valeat jure testamenti, valeat jure codicillorum, aut cujuscunque ultimæ voluntatis vi*, num in hac specie voluntas filii sustineri debeat saltē in vim in donationis causa mortis. Et vulgo placuit, debere: quoniam appellatione ultimæ voluntatis etiam mortis causa donatio continetur; & in proposito clausula illa, *aut cujuscumque ultimæ voluntatis*, in nulla alia specie ultimæ voluntatis verificari potest, quam in donatione mortis causa; quæ utique patris consensu facta valet, ut jam demonstratum est. Ita *D. Vigl. hic n. 10. Clar. §. donatio. quæst. 6. n. 8 Tessaur. decis. 150. Fachin. 5. contr. 64.*

Exceptis iis, quos anteaenumeravimus] Qui scilicet castrense & quasi castrense peculium habent. In his enim bonis filiifam. beneficio Principum testamenti factionem habuerunt, *l. ult. præc. tit. l. ult. C. de inoff. test. l. pen. & ult. C. hoc tit. l. 7. §. ult. de donat.* & quoad cætera quoque in hoc peculio plenissimo jure patrumfam. usi sunt, *l. 2. de Sen. Mac. l. 4. de judic.* excepto quod intestati morientes in eo etiam exitum filiorumfamilias patiebantur, *l. 2. de castr. pecul.* de quo mox uberius.

Quod jus ab initio tantum militantibus, &c.] Refert Imperator quibus gradibus ad summum ejus juris, quod filiifam. in castrensibus habent, perventum est. Initium ejus Augusto tribuit. (Ulpianus Julio, *l. 1. de test. mil.*) progressum Nervæ & Trajano, (Ulpian. *d. lolo* etiam Titii Domitiani meminit) patetque ex illo Juvenalis *sat. ult.*

Solis præterea testandi militibus jus
Vivo patre datur, &c.

sub Domitiano idem obtinuisse: consummationem Hadriano: quippe illi militantibus tantum, hic etiam veteranis de eo, quod in castris acquisiverunt, cæteroque peculio, quod militiæ beneficio adepti sunt, *l. 11. de castr. pec.* vivis parentibus, quorum in potestate sunt, testandi facultatem dedit; ita ut quod antea solorum militum erat, id bonorum privilegium rescripto Hadriani factum sit. Illud interest, quod veteranis non nisi jure communi, militibus etiam suo, id est, militari jure, testamentum facere permissum est. Veterani autem dicebantur, qui vel exauctorati sub vexillo adhuc retinebantur, cæterorum immunes, nisi propulsandi hostis? vel qui confectis legitimis stipendiis protinus dimissi erant, ἀφέσεως ἐντίμου τυχόντες. Consule commentaria D. Lipsii in *lib. 1. Annal. Taciti*, ubi & de annis legitimæ militiæ.

Ad parentes eorum jure communi pertinet] Utut pater in peculio castrensi vivente filio nihil juris habuerit, ipsique filio concessum, in eo, quem vellet, hæredem sibi instituere: tamen diu jus vetus hactenus patri conservatum fuit, ut filio intestato mortuo jure peculii etiam bona castrensia ad patrem redirent, eademque hoc casu adhuc esset conditio castrensis peculii & pagani, nec in illo magis, quam in hoc, filiusfam. hæredem ab intestato haberet, *l. 2. l. 9. 14. de castr. pec.* Cæterum huic juri posteriorum Principum constitutionibus derogatum est; & primum liberis militis aut veterani intestato mortui, deinde fratribus bona castrensia jure hæreditatis delata, & tertio ordine parentibus: id quod hic locus apertè ostendit, atque ex eo etiam perspicuum est, quod filiifam. etiam in bonis adventitiis, maternis & materni generis, lucrisque nuptialibus, eosdem hæredes habere placuit, *l. 3. l. 4. C. de bon. quæ lib. l. ult. C. comm. de success.* quibus tamen in bonis plus patri relictum, quam in castrensibus. Igitur quod hic Imp. ait, filiorumfam. intestato decedentium bona castrensia, non extantibus liberis

tris aut fratribus, ad parentes pertinere jure communi, non sic accipiendum est, ut Cujac. Hotom. Pacius, Fabrotus, & ferè quotquot sunt, fecere, jure peculii secundum jus antiquum, quo filii morte etiam peculium castrense, non quasi hæreditas, sed quasi peculium & quasi à patre profectum, ad patrem redibat; verum jure successionis seu hæreditatis, quæ tertio loco parentibus ab intestato defertur ex constitutionibus Principum, novo quidem, sed communi jure. Nam si jure peculii ea bona adhuc ad patrem redire oporteret, nemo in iis patri præponi posset, ac nec cuiquam deferri possent jure hæreditario; sed pater tanquam jam olim sua & à se profecta statim occuparet: nisi quis putet cum Viglio, dici posse, liberis aut fratribus superstitibus, jus patris quiescere; illis autem deficientibus, pristinum jus patri integrum relinqui. Sed hanc interpretaionem prædictæ constitutiones non ferunt, quæ omnes loquuntur de jure & ordine successionis: add. quæ scripsi ad §. *ult. inf. de leg. agn. succ.* Plurimum vero interest, utrum dicamus, jure peculii, an hæreditario ad patrem hæc bona pertinere: quippe illo casu, mortuo filio ipso jure apud patrem remanent, quasi perpetuo ipsius fuerint; hoc casu sine aditione nec acquiri, nec transmitti possunt: illo casu peculio tantum tenus creditoribus filii respondere tenetur; hoc, in solidum, nisi inventarium confecerit, §. 5. *inf. de hær. qual.* Illo denique casu matrem excludit, hoc casu non item. Hodie jus liquidum est, atque hæc disputatio penitus sublata. Constat enim ex *Nov.* 118. bona filiifam. sive castrensia sive pagana adventitia non amplius jure peculii, sed hæreditatis, patri deferri; nec jam ordine tertio, sed secundo, ita ut cum eo mater simul & fratres defuncti admittantur.

Ex hoc intelligere possumus &c.] Subjiciuntur hic quædam alia jura, quæ filiusfam. in castrensi peculio haber, & nimirum hæc tria; primum, quod hoc peculium ita filii proprium est, ut pater id ei adimere non possit: alterum superiori consequens, quod creditores patris id vendere aliove modo inquietare nequeant: tertium, quod patre mortuo id filius præcipuum habeat, nec cum fratribus communicare, aut his conferre cogatur. Quæ cuncta, aliaque plura, etiam jure veteri obtinuerunt: nam ut ante dictum est, filiusfam. in castrensi peculio in omnibus jure patrisfa. fungebatur, tantum intestatus tanquam filiusfam. decedebat, *l. 2. de sen. Mac. l.* 4. *de judic. l.* 4. *de castr. pec. junct. l. 2. eod.* Quæ autem hic traduntur, olim erant castrensis peculii propria: hodie vero castrensi cum pagano adventitio sunt communia: nam nec adventitia bona pater filio nunc adimere potest: & quod olim in castrensibus juris erat, ut fratribus non conferrentur, *l.* 1, §. *nec castrense* 15. *de collat.* idem hodie obtinet & in adventitiis, *l. ult. C. eod. tit.* In solo profectitio peculio nihil mutatum est, sed quemadmodum id totum patris mansit, ita potest filio id pater adimere: ita patre mortuo cum fratribus communicandum: ita filius pati debet, ut id creditores paterni sibi habeant. Nam quod ab Ulpian. traditum est *l.* 3. §. *sed utrum* 4. *in fin. de minorib.* si patris bona à fisco propter debitum occupata sunt, peculium profectitium filio ex constitutione Claudii separari, id specialis humanitatis est. Princeps dum jus fisci minuit, suum minuit: at alteri jus quæsitum auferre non debet, *l. 2. de his qui sui vel al. jur.* & fortassis debitum καταχρηστικῶς Jurisconsultus accepit, pro debito ex causa delicti damnato patre. Nullam certè rationem habet, quod D. Viglius putat, ex causa delicti peculium à fisco occupari, at non ex causa debiti: longè enim major ratio est, ut peculium filii separetur patre damnato, quam, cum fiscus venit, ut verus creditor: quippe cum in pœna nec privilegium habeat, sed creditoribus postponatur, *l.* 11. *l. in summa* 17. *l. quod placuit* 37. *de jur. fisc. l. un. C. pœn. fiscal. cred. præf. lib.* 10. Ergo, inquis, non fiscus, sed filius damnato patre actione de peculio conveniendus est, contra quam respondet idem Ulpian. *l.* 1. §. 4. *quand. act. de pec. ann.* Respondeo, fiscum etiam ea actione teneri, sed tunc cum filius peculium repudiavit: alioqui conventum exceptione se tueri, & creditores ad filium remittere posse.

Quanquam jure civili omnium, qui in potestate] Perplexè & salebrosè hæc traduntur. Jure civili antiquo filiusfam. omnia patri acquirebat, haud secus ac servus domino, uti dictum est, §. 1. *sup. per quas pers.* Primus Augustus excepit peculium castrense, aut potius milites in causa hujus peculii; Hadrianus etiam veteranos: mox & quasi castrense peculium exceptum: procedente tempore etiam adventitium, & præcipuè constitutionibus Justiniani: non tamen ut per omnia eodem jure peculium adventitium apud filium esset, quo castrense & quasi castrense, sed ut ille ejus proprietatem, pater usum-fructum regulariter haberet, *d.* §. 1. *l. cum pater* 6. *C. de bon. quæ lib.*

Præter hos igitur, qui castrense peculium vel quasi] Quamvis non tantum castrense & quasi castrense peculium, sed quædam etiam bona filii adventitia ex constitutionibus patri non acquirantur, atque à Justiniano in universum adventitiorum omnium proprietas filio concessa sit: in duobus tamen istis generibus duntaxat jus testamenti faciendi ei permissum, non item in tertio. Non habet hæc res dubitationem, cum, quod regulare est, filius tantum nudam proprietatem in peculio adventitio habet, pater

pater usumfructum: sed cum sint quidam casus, quibus filio plena & solida proprietas acquiritur, anne tunc quidem de his bonis testari possit, non satis convenit. Casus unus jam tum erat, cum Institutiones componerentur. Nam in *l. ult. C. de bon. quæ lib.* sic à Justiniano constitutum est, ut si filio hæreditas aut legatum fideivecommissum delatum sit, & pater filio consentire nolit, ut hæreditatem adeat aut relicta agnoscat, filius propria auctoritate & patre invito id facere possit, & sibi hoc facto, quod relictum est, in totum acquirat. Novellis constitutionibus plures hujusmodi species introductæ. Idem enim obtinere placuit in rebus filiofam. ea lege datis, ut ne ususfructus ad patrem perveniat: item in hæreditate fratris aut sororis, ad quam una cum filio pater admittitur: postremo etiam in iis rebus, quæ filio deferuntur patre divortium faciente sine causa, *auth. excipitur, cum 2. seqq. C de bon. quæ lib.* An igitur ne his quidem casibus filio permissum de peculio adventitio testari? Sunt qui putant, permissum esse, & Triboniano hæc scribenti in mentem non venisse, *l. ult. §. ipsum autem 5. vers. filiis autem, C. d. tit.* ubi Justinianus duntaxat eo casu, quo apud patrem ususfructus est, filium de bonis adventitiis testari non permittit: inde enim à sensu contrario colligunt, in altera specie adventitiorum id ei licere. Probabilis sane collectio, nisi ipse Justinianus postea mentem suam clare exposuisset. Nam cum hæc ipsa quæstio jam tum ætate Justiniani, nec multo post emissam *d. l. ult.* exorta esset, ipse nova constitutione edita dubitationi occurrit, quæ est *l. pen. C. qui test. fac.* qua declarat, minime sibi in constitutione nuper à se promulgata propositum fuisse, filiisfam. in bonis adventitiis permittere testamenti factionem, sive cum consensu, sive sine consensu patris bona possideant, ac proinde sive nudam sive plenam eorum proprietatem habeant: sed in hoc antiquam legem per omnia servari jubet. Conferantur inter se constitiones, perspicue apparebit, alteram alterius explicandæ, & *d. l. pen.* tollendi erroris gratia, cui verba *§. 5. d. l. ult.* causam dederant, scriptam esse. Non enim alia lex per eam, quam in *d. l. pen.* ait à se promulgatam esse, intelligi potest, quam in qua extat distinctio illa, cujus meminit, & ad quam se refert in *d. l. pen.* utrum scilicet filius bona possideat: cum consensu, an sine consensu patris: at illa distinctio extat in una *d. l. ult.* nusquam alibi. Sed quid quærimus amplius? Negat expresse in *d. l. pen.* se jus testandi filio permittere in bonis, quæ possidet sine consensu patris: atqui horum plenam proprietatem filio in *d. l. ult.* concesserat, neque erat tunc alius casus, quo ususfructus in hoc genere peculii ad patrem non pertinebat. Adhæc jubet circa filiorumfam. testamenta per omnia observari legem antiquam. Nulla vero lege antiqua filiofam testamentum facere permissum, præterquam de bonis castrensibus & quasi castrensibus: neque concessio plenæ proprietatis mutat qualitatem peculii ex sola causa acquirendi æstimatur. Ridiculi autem sunt, qui per legem antiquam intelligunt ipsius Justiniani aliquam constitutionem & nominatim illam ipsam, quam explicat, *l. ult. C. de bon. quæ lib.* Non potuit, nisi absurdissime, antiquam appellare, quam initio *d. l. pen.* profitetur nuper à se promulgatam, nec ullas suas ipsius leges antiquas, cum nulla tunc esset biennio aut triennio vetustior. Novissimo jure etsi filiofam. quædam alia ejusdem generis bona pleno jure proprietatis concessa sunt: nullibi tamen jus de iis testandi ei datum legimus *Nov.* 117. permittitur filio de hujusmodi bonis quovis modo disponere: at in Græco est διοικεῖν, quod testamenti factionem non comprehendit: & sine eo etiam apertissimum est eo loco intelligi tantum dispositionem inter vivos & liberam horum bonorum administrationem? quippe cum hæc dispositio ei tantum permittatur, qui perfectæ ætatis est, hoc est, filiofam majori 25. annis: cæteroquin curatores ei dari jubentur; cum tamen minor 25. annis etiam, curatorem habens, post annum decimum quartum testamentum facere possit, *l. 5. hoc tit.* At, inquies, quod conceditur inter vivos, id multo magis licere debet in ultima voluntate, *arg. tit. de leg. Fus. Can. toll.* Respondeo, hanc propositionem nec perpetuo veram esse, de quo vide *Everhard. in Top.* & procedere tantum in objecto præsupposita habilitate personæ, quæ deficit in filiofamil. Sic etiam non procedit in filiofam. argumentum ductum à jure plenæ proprietatis, quasi eo jure concesso omnia concessa intelligantur, quæ patrifam. in re sua, ut ejus liberrimo moderatori & arbitro, permissa sunt. Patet hoc ex eo, quod filiifam. patroni causarum, magistri liberalium artium, &c. etsi plenam proprietatem peculii quasi castrensis olim habebant, jus tamen de eo testandi ante Justinianum non habuerint, *§. ult. præc. cit.* Nimirum ut dictum est in pr. qualitas filiifam. obstat, quo minus testari possit: ut autem possit de castrensi & quasi castrensi peculio, non ex eo est, quod simpliciter plena ejus proprietas filio concessa; sed quia placuit id eum habere sub qualitate patrisfam. ut etiam de eo testari posset. Nihil movet, quod filius in hac specie adventitiorum heredem ab intestato habet: nam & in altera specie, cum nuda ejus est proprietas, habet. Potest ex lege heredem habere, etsi sibi heredem facere non potest: & in casu *Nov. 22. cap. 26.* ponendi sunt termini habiles filii emancipati; alioqui sequeretur, etiam de iis adventitiis filium testari posse, quorum ususfructus ad patrem pertinet. Postremo nullam

admo-

admodum causam video, cur filiofam. testandi facultas in una specie adventitiorum concedatur, in altera denegetur: nam sola ususfructus à proprietate separatio impedire non potest, quo minus jus sit de proprietate testandi, *inf. de her. inst. in pr. l. recte dicimus* 25. *de verb. sign.* Atque hæc etiam communis est interpp. sententia. Porro hoc constituto
7 filiumfam. de bonis adventitiis testamentum facere non posse, tractari tamen adhuc potest, an non saltem de his bonis codicillos facere possit, cum heredem in his bonis ab intestato habeat, quem onerari posse fideicommisso constat, §. *præterea, inf. de fideicomm. her.* Sed magis est, ut nec codicillos facere possit, propter regulam juris; *Qui non potest facere testamentum, nec potest codicillos*, *l. 6. §. pen. de jur. cod. l.* 1. §.2. *de legat.* 3. Quem lex ei heredem dedit, cum omnino omnia bona, quæ post mortem relinqueret, habere voluit, & quasi addixit: tum vi ipsa non multum interest, heredem sibi quis testamento instituat, an per fideicommissum alicui hereditatem suam restitui jubeat. Plane mortis causa donationem in bonis, de quibus agimus, filio permittendam esse existimarem, & quod alias patris consensu potest, *l. tam is* 25. §. 1. *de mort. ca. don.* id ei hic licere sine consensu patris, *argument. Nov.* 117. & eorum, quæ diximus in exegesi verborum hujus pr. *Quamvis parentes eis permiserint. Diss. Anton. Fab. decis.* 43. *err.* 6. *& seqq.* ubi nec in bonis castrensibus donationem mortis causa filiofamil. concessam fuisse contendit, contra expressum textum in *l.* 7. §. *ult. de donat. vid. D. Guil. Mas. lib. 6. sing. opin. cap. 6. & seq.* ubi ex professo argumenta omnia Fabri diluit.

Licet suæ potestatis decesserit] *L. si filiusfam.* 19. *hoc tit.* Est autem hoc jus generale, ut si quis tempore testamenti facti non habuerit testamenti factionem, testamentum ab eo factum non valeat, etsi postea testamenti factionem habere cœperit, §. *seq. l.*4. *eod. l.* 1. §. *exigit.* 8. *de bon. possess. sec. tab.* obtinetque hic etiam regula Catoniana, *l.* 1. *de reg. Cat. l. quod initio* 29. *de reg. jur.* Interpretes communiter duos casus excipiunt, quibus filiusfam. recte etiam de bonis adventitiis testetur, utique consentiente patre; si quid relinquat in pios usus; si liberos suos heredes faciat; illic voluntatem filii sustinere favore piæ causæ, hic favore liberorum. *Tiraquel. de priv. piæ caus. cap.* 78. *Clar.* §. *testamentum, quæst.* 5. *Tulden. hic cap.* 11. *Iac. Vervv. art. test. cap.*4. *fac. cap.* 4. *de sepult. in* 6. *Christin. vol.* 4. *decis.* 4. *num.* 6. ubi in casu
8 posteriore nec consensum patris requirit. Moribus harum regionum liberi omnes, qui modo ea ætate sunt, qua testamentum condi potest, de bonis maternis cæterisque adventitiis omnibus recte testantur, neque consensu patris ad eam rem opus est. *D. Elbert. Leonin. lib. 6. emend. cap.* 3. *in fin. Perez. Cod. qui test. fac. num.* 10. *Grœnevv. de ll. abrog. hic & ibi laudat.* quod & in Hispania obtinet, *l.* 5. *Tauri. & ibi Gomez.* atque in Germania quoque receptum, utique si liberi seorsum à patre habitent. *Reusner. part.* 2. *cap.* 23. *num.* 26. *de testam.* De Gallia idem testatur *Lud. Charond. in memorabil.* In Frisia tamen etiam in hac parte obtinet jus civile. *D. Ioan. à Sande lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 1.

TEXTUS.

De impubere & furioso.

I. *Præterea testamentum facere non possunt impuberes; quia nullum eorum animi judicium est. Item furiosi; quia mente carent. Nec ad rem pertinet, si impubes postea pubes, aut furiosus postea compos mentis factus fuerit, & decesserit. Furiosi autem si per id tempus fecerint testamentum, quo furor eorum intermissus est, jure testati esse videntur: certe eo, quod ante furorem fecerint, testamento valente. Nam neque testamentum recte factum, neque ullum aliud negotium recte gestum, postea furor interveniens perimit.*

NOTÆ.

I. *Præterea*] *l.* 5. *h. t. l.* 19. §. 1. *de capt. & postl.* adde & alios ex *l.* 8. 9. 10. *&* 11. *D. h. t.*

Postea pubes, &c.] Propter regulam, ut jam diximus, Catonianam.

Aliud negotium] Adeo ut ne matrimonium quidem furore superveniente solvatur, *l.* 8. *de his sui vel al. jur.*

COMMENTARIUS.

1. *Impuberes nec tutore auctore testamentum facere posse.*
2. *Testamentum à furioso factum tempore dilucidi intervalli sustineri. Et quid si de eo dubitetur.*
3. *Cur furor postea incidens, &c. testamentum antea factum non vitiet, capitis minutio vitiet.*
4. *Quando locus sit regulæ, Quæ ab initio recte constituta sunt, resolvi, cum in eum casum pervenerunt, unde incipere non possunt.*

QVia nullum eorum animi judicium est] Impuberes intelliguntur, qui nondum annum ætatis decimum quartum compleverunt, id est, qui nondum ad supremum anni decimi quarti diem pervenerunt. In fœminis annus est duodecimus, *l.* 5. *hoc tit.* Horum ait nullum esse animi judicium, nimirum nullum plenum ac solidum, nullum tale, quale requi-

requiras in eo, qui de omnibus facultatibus suis una perpetua dispositione statuere cogitat. An igitur non saltem tutore auctore impuberi permittendum testamentum facere, uti potest eo auctore res suas alienare, hereditatem adire, bonorum possessionem petere aliaque facere, etsi perfectum animi judicium requirant, ut hic etiam quod impuberis judicio deest,
1 tutoris prudentia suppleatur? Nequaquam. Nam aliarum actionum periculum tutores præstant, & finita tutela earum rationem pupillis eorumve heredibus reddunt; hujus vero reddere non possunt. Deinde testamenta non arbitrio alieno non precaria, sed ipsorum testatorum prudentia fieri debent, ne quid temere & inconsulto per aliorum molimina in præjudicium familiarum & agnationis statuatur, & alieni potius quam cognati, remotiores potius quam proximi, hereditatem consequantur. Quin tutores, si hanc potestatem iis permittimus, semper operam dabunt, ut non alii, quam à quibus lucrum sperant, heredes instituantur. Puberes autem testamenti factionem habere placuit statim à decimo quarto aut duodecimo anno completo, nec curatoris in eo consensum intervenire, *d. l. 5. hoc tit. l. Aurelio 20. §. 1. de lib. leg.*

Item Furiosi] Furiosi quid à mente captis differant, docui *sup. tit. de curat. §. sed & 7.* nimirum furiosum quidem omnē & mente captum esse sive dementem; at contra non omnem mente captum esse & furiosum, cumque mente captus à furioso distinguitur, ut plerumq; fit, qui cum intelligi, qui cum sana mente non sit, in quiete est, nec ut furiosi solent, agitatur & fertur præceps. Cæterum nihil refert in ullo actu aut negotio, demens quis sit simpliciter, an ad dementiam accedat & furor: constatque, quamvis furiosi tantum hic mentio fiat, ad omnes, qui mente carent, hæc pertinere, *l. 2. l. Titia 13. in fin. de inoff. test.*

2 *Quo furor intermissus est*] Furiosus per id tempus, quo furor intermissus est, testamentum jure facere potest, *l. 9. C. hoc tit.* quemadmodū & testis tempore intermissionis recte adhibetur, *l. qui testamento 20. §. 4. hoc tit.* Cæterum ut valeat testamentum, necesse est, ut id uno eodemque tempore remissionis perficiat: nam si cœpto testamento & necdum perfecto furor eum iterum invaserit, nihil actum est, etiamsi postea remisso denuo furore id, quod cœpit, perficiat, *d. l. 9.* Quid si proferatur testamentum conditum à furioso, quem certum est habuisse dilucida intervalla, incertum autem sit, quo tempore id fecerit? Et siquidem id ita ordinatum fuerit, ut quivis paterfam. sanæ mentis sic dispositurus fuisse judicetur, pro testamento respondendum & credendum intervalli tempore factum D. Viglius censet: cui assentior. Pertinet huc quod Val. Maximus *lib. 7. cap. 8.* refert de Tuditani hominis certæ ac notæ insaniæ testamento; quod à centum viris confirmatum ait, *magis quid scriptum esset in tabulis, quam quis scripsisset, considerandum existimantibus, add. Boër. decis. 23. num. 81. Myns. 4. obs. cent. 2. Mantic. de conj. ult. vol. lib. 2. c. 2. n. 7. Christin. vol. 4. decis. 4. n. 8. Diod. Tulden. comm. hic, c. 3. Grass. §. testamentum, quæst. 12.*

Eo, quod ante fecerint, testamento valente] *d. l. qui testamento 20. §. 4. hoc tit.* Similiter nec interdictio bonorum succedens, nec auditus sermonisve amissio testamentum ante factum vitiant, *§§. seqq. l. 6. §. 1. l. is cui 18. eod.* Palam igitur est, his casibus unum tantum tempus inspici testamenti facti, ac sufficere eo tempore testatorem habuisse testementi factionem, etsi tempore mortis non habuerit. Proinde cum Jurisconsultus in *l. 1. §. exigit. 8. de bon. poss. sec. tab.* ait, prætorem exigere, ut is, ex cujus testamento bonorum possessio petitur, utroque tempore jus testamenti faciendi habuerit, & cum faceret testamentum & cum moreretur, intelligere debemus, eum non hoc velle, bonorum possessionem ex testamento non dari, si testator tantum tempore testamenti facti jus testandi habuerit, sed non dari si habuerit tantum tempore mortis, non etiam tempore conditi testamenti, ut exempla illic proposita ostendunt. Sic 3
autem jus est in mutatione, quæ salvo statu & fortunis testatoris contingit, cujusmodi sunt superiora. Quod si qua mutatio postea inciderit, per quam capite testator minuatur, puta si servus fiat, in insulam deportetur, si se adrogandum det, testamentum infirmatur atque irritum fit, *§. 4. inf. quib. mod. test. inf. l. 6. §. irritum 5. & seqq. de injust. rupt. test.* & ratio manifesta est. Quippe his modis non tantum amittitur testamenti factio, sed etiam conditio personis testatoris sic mutatur, ut omnino testamentum habere non possit, ac nec hæredem quidem. Furiosus vero & prodigus etsi testamentum facere non possunt, nihil tamen prohibet, quo minus hæredem ex testamento antea facto habeant, & præcedens eorum voluntas exitum sortiatur.

Neque aliud negotium recte gestum] De matrimonio idem traditur, *l. 8. de his qui sui vel al. jur.* In cæteris quoque negotiis quin idem juris sit, dubitandum non est, sive rem suam ante furorem alienaverint, de quo nemo ambigit; quoniam negotia perfecta & penitus consummata nullo eventu infirmari possunt: sive stipulanti aliquid promiserint, aut alias se obligaverint, licet hic aliquid desit ad consummationem negotii: sed hoc à curatore expediri potest. Neque enim in omnibus probata est sententia eorum, qui ea, quæ ab initio recte atque utiliter constituta sunt, resolvi putaverunt, cum in eum casum incidissent, à quo incipere non poterant, *l. existimo 98. l. pen. §. 2. de verb. obl. l. in ambiguis 85. §. 1. de r. j.*

de reg. jur. §. ex contrario L4. inf. de legat. sed tunc tantum cum casus incidens impedit, quo minus, quod cœptum est, perfici atque ad finem suum perduci queat, ut evenit incidente capitis deminutione testatoris. Qua de re fortassis pluscula ad *d. §. ex contrario.*

TEXTUS.
De prodigo.

2. Item prodigus, cui bonorum suorum administratio interdicta est, testamentum facere non potest: sed id, quod ante fecerit, quam interdictio bonorum suorum ei fiat, ratum est.

COMMENTARIUS.

Qui bona sua profundunt, nec modum nec finem impensarum habentes, prope à furiosis absunt. Plane enim, quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum, ut inquit Jurisconsultus *l. his qui 12. in fin. de tut. dat. ab his*, quam ob causam placuit hujusmodi hominibus bonorum administratione interdici: qua interdictione & testamenti factio ipsis adempta intelligitur; quippe qui non saniore judicio, quid de rebus suis post mortem fieri velint statuturi creduntur, quam eas tractarent, si libera earum administratio ipsis permitteretur. *l. is cui 18. hoc tit.* Puberum minorum 25. annis non eadem ratio est: neque enim his bonorum administratio interdicta est, ut male Don. ad *l. 6. de verb. obl. n. 9.* sed si velint, curatores accipiunt; quibus quidem tum administratio permittitur, nec jam amplius ipsis minoribus: sed in hunc maximè finem, ne minores in contrahendo circumveniantur; quod in testamento non metuitur.

Quod ante fecerit] *d. l. is cui.* Testamentum enim, quod interdictione vetustius est, eadem ratione valere debet, qua quod factum est ante furorem. Imperator Leo *Nov. 39.* prodigo permittit τὰ συμφέροντα διοικεῖν, ea facere, quæ ipsi conducunt; & ratum quoque testamentum ejus esse jubet, in quo mores prodigi non apparent, Quod Viglio videtur naturalem æquitatem habere. Forte id admittendum fuerit, si quædam non levia argumenta saniorũ morum præcesserint. Per *l. 1. de cur. fur.* Vid. Sande *lib. 4. tit. 1. defin. 3. Grœnevv. d. ll. abr. hic.* Hic autem locus confirmat, quod supra *§. furiosi 3. de curat.* asseruimus, prodigum, quod attinet rerum administrationem & effecta juris civilis, non statim censeri eum, qui ipso facto prodigus est, sed tunc demum, cum ei bonorum administratio interdicta est: interdici autem non ipso jure, sed causa cognita decreto magistratus.

TEXTUS.
De surdo aut muto.

3. Item surdus & mutus non semper testamentum facere possunt. Utique autem de eo surdo loquimur, qui omnino non exaudit, non qui tarde exaudit. Nam & mutus is intelligitur, qui eloqui nihil potest, non qui tarde loquitur. Sæpe enim etiam literati homines variis casibus & audiendi & loquendi facultatem amittunt. Unde nostra constitutio etiam his subvenit, ut certis casibus & modis, secundum normam ejus possint testari, aliaque facere, quæ eis permissa sunt. Sed si quis post testamentum factum, adversa valetudine aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse cœperit, ratum nihilominus manet ejus testamentum.

COMMENTARIUS.

Olim etsi quis mutus tantum erat, aut surdus, testamenti faciendi jus non habebat, nisi specialiter à Principe impetravisset, ut sibi testari liceret, *l. 7. hoc tit. junct. l. pen. §. 1. unde cogn.* cujus juris ratio significatur à Paulo *lib. 3. sent. 4.* quia neque mutus testes rogare potest, neque surdus audire testimonium perhibentes. Unde cum nemo quicquam à Principe impetrare possit, nisi qui ei preces suas aut voce aut scripto potest exponere, sequitur, eos mutos, qui scribere nesciebant, omnino testari non potuisse. Justinianus, quod singulare & personale jus erat, jus commune fecit, & generaliter surdis omnibus vel mutis testamentum facere permisit, (cum aliquo tamen temperamento) ut jam amplius necesse non sit singulos id precibus impetrare, *l. discretis 10. Cod. hoc tit.* Sic vero ille constituit, ut si quis mutus & surdus simul sit, si quidem natura, is omnino testamentum facere non possit; sin casu, ut possit; si modo ante literas didicerit; ut scripto voluntatem supremam exprimere queat. At si quis tantum mutus sit, aut surdus tantum, sive tales sint natura, sive morbo, his jure testari liceat eo modo, quo per rerum naturam voluntatem suam declarare possunt aut scripto aut lingua. Quod ne muto quidem tantum, qui literas nesciat, testamenti factio hac constitutione permittitur, confirmat id, quod modo dicebamus, eum, qui talis sit, nec è Principe testandi licentiam obtinere posse. Illud in eadem constitutione absurdi est, quod Justinianus credidit, eum, qui surdus natus est, loqui posse & articulatam vocem edere; cum nihil tam certum

tum sit, quam ei, cui auditus à natura negatus est, & sermonis usum ablatum; nec esse naturaliter surdos, qui non iidem sint & muti. Quod etiam Plinius testatur *lib, 10.c.69. Alex. Aphrodis. problem. 1. 138.*

Qui omnino non exaudit, &c.] Hæc plana sunt. Notum enim est, eum, qui tarde aut difficulter exaudit, non surdum, sed surdastrum dici, ὑπόκωφον, subsurdum: & eos, qui graviter aut ἀσαφῶς loquuntur, non mutos, sed blæsos, balbos, μογιλάλους, appellari; mutos autem dici elingues & fandi impotes, ἀλάλους. Plane muti etiam illi habendi sunt, qui ἀσήμως loquuntur, hoc est, sine ulla certa significatione vocis, ἀνάρθρῳ φωνῇ. *l. mutum. 9. de ædil. edict. l. 7. in fin. de supell. leg.*

Sed si quis post testamentum factum, &c.] Ob eandem rationem, ob quam placere diximus testamentum furiosi aut prodigi, quod furore aut interdictione bonorum vetustius est, non infirmari.

TEXTUS.

De Cœco.

4. *Cæcus autem non potest facere testamentum, nisi per observationem, quam lex Divi Justini patris nostri introduxit.*

COMMENTARIUS.

IN cæco nihil est, ob quod testamentum facere prohibeatur: nam & testes accire ac rogare potest, & audire sibi testimonium perhibentes. Quapropter & olim testamentum facere potuit. *Paul. 3. sent. 4.* & nunc quoque potest. Cæterum forma nunc accuratior præscripta, & quædam singularia in testamento cæci, ut fraus omnis, cujus hic major metus evitetur, constituta sunt lege illa Justini, quæ hic commemoratur, & extat *l. hac consultissima 8. & Cod. hoc tit.* Sententia legis est, ut cæcus hæredem nuncupaturus (ineptum putavi monere cæcum non aliter, quam per nuncupationem testari posse) præter numerum testium ordinarium adhibeat & tabularium, aut si tabularii copia non sit, alium octavum testem qui voluntatem nuncupantis scriptura excipiat, cui deinde testes omnes & tabularius subscribant, eamque obsignent, uti fit in testamentis scriptis: aut si prius testamentum suum scripto comprehendi curavit, ut tabularius coram testibus eam scripturam palam legat, eaque lecta cæcus testetur hanc suam voluntatem esse; deinde omnes subscribebant & signent. Ubi hæc singularia notanda. 1. Quod non sufficit voluntatis nuncupatio, nisi & scripturu accedat. 2. Adhibitio octavi testis, qui testamentum scribat, aut anteà scriptum recitet. 3. Quod is testis debeat esse tabularis publicus, si ejus copia est. 4. Omnium subscriptio & subsignatio.

TEXTUS.

De eo, qui est apud hostes.

5. *Ejus, qui apud hostes est, testamentum, quod ibi fecit, non valet, quamvis redierit. Sed quod, dum in civitate fuerat, fecit, sive redierit, valet jure postliminii; sive illic decesserit, valet ex lege Cornelia.*

NOTÆ.

5. *Quamvis redierit*] *l. 8. h. t.* nam postliminio non vitiatur Catonis regula. Codicilli autem scripti in captivitate ab eo, qui in civitate testamentum fecerat, eo reverso convalescunt, quia principium eorum jam in civitate constitutum erat, nempe testamentum, quo confirmati sunt, *l. 12. §. 5. de capt. & postl.* simile est in *l. 25. eod.*

Ex lege Cornelia] Postliminii & legis Corneliæ fictio in omnibus partibus juris servatur, passim *D. & C. eod. v. §. 5. sup. quib. mod. jus patr. pot.*

COMMENTARIUS.

1. *Etsi testamentum apud hostes factum jure postliminii non convalescat, codicillos tamen ibi factos convalescere.*
2. *Hodie in orbe Christiano hujus §. usum non esse, præterquam secundum quosdam, si qui à Turcis, &c capti fuerint.*

QVi apud hostes est*] *l. 8. hoc tit.* Ratio manifesta est, quia captus jure belli servus fit hostium: ut autem testamentum consistat, necesse est testatorem jus testandi habere, cum testamentum facit; nec postliminio vitiatur regula Catoniana. Sed nec obsides, nisi eis permittatur, testamentum facere possunt, quia velut pignoris jure tenentur, & fiscus eorum bona occupat, *l. 11. hoc tit. l. Divus 31. de jur. fisc.* Qui autem à prædonibus capiuntur, quia liberi manent, *l. 19. §. 2. de capt. & postlim.* testamenti factionem retinent, ut & illi, qui apud externos legatione funguntur, *l. 11. in pr. & §. 1. hoc tit. & ib. Cujac. add. Grass. §. testamentum, quæst. 25. Vasq. 3. contr. 103. num. 1.*

Sed quod dum in civitate, &c.] Testamentum ante captivitatem recte factum, etsi re ipsa irritum fit captivitate, fictione tamen juris sustinetur. Est autem duplex in hac re fictio; postliminii & legis Corneliæ, *l. 6. §. pen. de injust. rupt. test.* illa si captus redierit, locum habet; hæc si in captivitate decesserit. Illa fingit retro in civitate testatorem fuisse; hæc retro in civitate decessisse. Imperatores in *l. 9.*

C. de

C. de postlim. rev. inconsiderate tribuunt legi Corneliæ quod est juris postliminii. Quærat autem aliquis, cur cum postliminio reversus fingatur semper in civitate fuisse, & ita habeatur, ac si medio tempore nulla captivitas intercessisset, non convalescat postliminio testamentum, quod quis tempore captivitatis fecit? Resp. quia quod non est ante captivi-
1 tatem, id nec postlimium habere potest. Non obstat, quod codilli in captivitate scripti ab eo, qui in civitate testamentum fecerat, eo reverso jure postliminii convalescant: nam eorum principium & firmamentum jam in civitate constitutum est; nimirum ipsum testamentum, quo confirmati sunt, *l. in bello 12. §. codicilli 5. de capt. & postl.* Eadem ratione placuit, si uxor cum marito capta fuerit, eaque in captivitate ex marito enixa sit, etiam liberos ibi natos jus postliminii habere, & reversos cum parentibus justos liberos esse, *l. Divi 25. d. tit.* nimirum quia nati sunt ex matrimonio in civitate legitime contracto. Illud nullius momenti est, quod Aretinus movet, esse regulam, *media tempora non nocere, l. 6. §. 2. l. si alienum 49. §. 1. de hær. inst. §. in extraneis 4. inf. de hær. qual.* ac proinde videri supervacuam fictionem juris postliminii ad testamenta conservanda. Quippe illa definitio ad hæredem pertinet, non ad testatorem, cujus testamentum amissa civitate stare non potest. Fallitur autem Aretinus, dum respondet, procedere regulam si medio tempore status testatoris mutatus non fuerit. Error hic perspicuus est, *d. l. 6. §. 2.* & statu non mutato, quæ, rogo, potest esse dubitandi ratio? Porro non in hac tantum parte juris, sed etiam in cæteris omnibus & postliminii & legis Corneliæ fictio servatur, *l. 5. §. 1. d. l. in bello 12. §. 1. l. retro. 16. l. in omnibus 18. & passim. de capt. & postlim. & Cod. eod. §. si ab hostibus, sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.* Postliminio æquiparatur restitutio capite damnati, *l. 6. §. pen. de injust. rupt. test.*

Ex lege Cornelia] *L. lege Cornelia 12. hoc tit.* Hæc lex mortis & captivitatis tempora conjungit. Id est, fingit, eum, qui apud hostes decessit eo tempore, quo captus est, decessisse, civem & familiam habentem. Quo tempore, aut quo auctore lata sit, non liquet. Quod D. Viglius putat, latam esse primo bello Punico ab aliquo ex familia Scipionum, conjectura est, nec satis probabilis. Hodie in orbe Christiano 2
nullus hujus §. usus est, nisi in iis, qui à Turcis aut id genus aliis Barbaris capti sunt. Nam cum, quod olim tantum obtinebat in bellis civilibus, *l. si quis 21. §. 1. de capt. & postlim.* nunc inter Christianos consvetudine generali invaluerit, ut bello capti servi hostium non fiant, sed liberi & cives maneant, ac jus sit pretio eos redimere, poterunt etiam dum apud hostes sunt testari, *arg. l. 13. hoc tit. Alc. ad l. hostes 118. de verb. sign. Duar. ad tit. qui test. fac. pag. 318. Graff. d. quæst. 25. Zypæ. not. jur. Belg. de testam. Sande lib. 4. tit. 1. defin. 2.* Nonnulli idem juris habere etiam à Turcis captos existimant. *Covar. c. peccatum, p. 2. §. 11. num. 6. Cyprian. cens. Belg. Grœnevv. d. ll. abrog. hic.* Illud etiamnum observatur, quod transfuga jus testandi non habeat, quoniam jura civium amittit, & hostium numero habetur, *l. postliminium 19. §. transfuga 4. de capt. & postlim. Iac. Vervvey art. test. cap. 4. Sande ubi sup.*

TITULUS XIII.

D. lib. 28. t. 2. C. lib. 6. t. 28. 29. Novell. 115.

De exhæredatione liberorum.

Ratio ordinis, & argumentum tituli.

HActenus de personis, quibus jure publico potestas testamenti faciendi data aut denegata est, item de modo testandi, sive externis testamenti solennitatibus, comparatis ad firmandam testationis fidem. Sequitur tertium, res quas in ipso testamento inseri & caveri oportet, ut justum ratumque habeatur; quam intrinsecam testamenti solennitatem appellare possumus. Estque duplex; una communis omnium testatorum, hæredis scilicet institutio; altera quorundam duntaxat propria, & maxime parentum, qui liberos in potestate habent, videlicet eorum liberorum exhæredatio, si ipsi hæredes non instituantur: de quo idcirco etiam inter cætera, quæ ad ordinanda testamenta necessario desiderantur, præcipiendum fuit, *l. inter cætera 30. hoc tit. de lib. & posth. hær. inst. vel exhær.* Existimaverat aliquando Hotomannus inscriptionem hujus tituli corrigendam esse, legendumque, *De institutione vel exhæredatione liberorum.* Quod & Wesembecius tacite secutus est. Verum postea idem Hotomannus ab hac sua sententia recessit. Mihi quidem nulla mutatio necessaria videtur. Cæterum si secundum priorem sententiam Hotomanni inscri-

scriptio concipiatur, non eo minus proba erit, quod ostendit ἐπιγραφὴ ejusdem argumenti in Pand. *d.l. inter cætera*. In præcepto quoque legis disjuncta est; *Pater filium, quem in potestate habet aut hæredem instituito, aut nominatim exhæredato.* Exhæredare est eum, qui alioqui hæres futurus erat, ab hæreditate repellere. Et de solis suis hæredibus propriè dicitur, qui nisi removerentur, ipso jure hæredes existerent, & vivo adhuc patre quodammodo domini existimantur, *l. in suis, hoc tit.* de extraneis per abusionem. Jure civili antiquo non erat in omnibus liberis, etiam iis qui in potestate erant & sui hæredes, exhæredatio æque necessaria, nec omissæ idem semper effectus: ritu quoque variabat pro sexu, pro gradu, prout nati jam liberi, aut nondum nati essent tempore facti testamenti: quæ omnia diligenter hic Imperator exequitur: deinde subjicit, quod ipse novi juris constituerit. Ad extremum agit de præteritione, quæ vim exhæredationis habet. Continet autem hic titulus principia magnarum & difficillimarum quæstionum juris, qua veteris, qua novi, eoque diligentem atque accuratam desiderat partium omnium interpretationem.

TEXTUS.

Jus vetus, de liberis in potestate.

Non tamen, ut omnino valeat testamentum, sufficit hæc observatio, quam supra exposuimus: sed qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum hæredem instituat, vel exhæredem eum nominatim faciat. Alioqui si eum silentio præterierit, inutiliter testabitur: adeo quidem, ut si vivo patre filius mortuus sit, nemo hæres ex eo testamento existere possit: quia scilicet ab initio non constiterit testamentum. Sed non ita de filiabus, & aliis per virilem sexum descendentibus liberis utriusque sexus antiquitati fuerat observatum: sed si non fuerant scripti hæredes scriptæve, vel exhæredati exhæredatæve testamentum quidem non infirmabatur, jus tamen accrescendi eis ad certam portionem præstabatur. Sed nec nominatim eas personas exhæredare parentibus necesse erat, sed licebat inter cæteros hoc facere. Nominatim autem quis exhæredari videtur, sive ita exhæredetur, Titius filius meus exhæres esto: *sive ita;* Filius meus exhæres esto, *non adjecto proprio nomine, scilicet, si alius filius non extet.*

NOTÆ.

De exhæredatione] Exhæredatio est hæredatis lege datæ ademptio: unde solis de suis hæredibus proprie dicitur, de aliis per abusionem. Aliis hæredatis defertur tantum, suis etiam datur, *§. 2. inf. de her. qual.*

Non sufficit hæc observatio] In modo sc. testandi & solennitatibus comparatis ad firmandam testationis fidem, de quo *sup. tit. 10.*

Vel exhæredem faciat] De quo idcirco etiam inter cætera, quæ ad ordinanda testamenta pertinent, præcipiendum fuit, *l. 30. h.t. de lib. & post.*

Inutiliter testabitur] *d.l. 30.* Plane si filius patri superstes bonis paternis se abstineat, voluntas bono & æquo sustinebitur, *l. 17. de injust. rupt.*

Vivo patre mortuus] *l. 7. h.t.* propter regulam Catonianam, *l. 1. de reg. Cat. l. 29. l. pen. de reg. jur.*

Non ita de filiabus, &c.] Diversi juris rationem indicat Ulp. *l. 8. §. 1. de injust. rupt.*

Nominatim autem] *v. l. 1. l. 2. & 3. D. h.t.*

COMMENTARIUS.

1. *Filio, qui in potestate est, præterito, testamentum jure civili prorsus inutile & nullius momenti esse: ac quatuor consectaria inde deducta.*
2. *Filia & nepotibus ex filio præteritis jure antiquo testamentum substitisse, data his jure accrescendi scriptis hæredibus.*
3. *Ad quam portionem hæ personæ præteritæ scriptis hæredibus accreverint.*
4. *An eas præteritas ad bonorum possessionem contra tabulas prætor admiserit.*
5. *Filiam & nepotes ex filio exhæredatos, licet non nominatim, neque jus accrescendi habuisse, neque à prætore ad contra tab. bon. possessionem vocatos; modo cæteræ leges exheredationis observatæ fuissent.*
6. *An testamentum, in quo filius præteritus est, prorsus inutile sit & jure prætorio.*
7. *Filio præterito se abstinente prætorem habere rationem testamenti, etiam cum extranei instituti sunt.*

Refertur hic differentia, quæ in re proposita olim observabatur in sexu & gradu liberorum jam natorum. Meliore cæteris jure erat filius in potestate constitutus: siquidem hic solus à patre necessario aut hæres instituendus aut exhæredandus erat, ut testamentum subsisteret, quod alioqui jure civili prorsus inutile erat & nullius momenti, *l. inter cætera 30. hoc tit. l. filio. 17. de injust. rupt. test. & hoc text.* Huic autem juri consequens est, primum, quod etiam hic expressit Justinianus, ex tali testamento hæredem non posse existere, etiamsi filius 1
præteritus vivo adhuc patre decesserit, propter regulam Catonianam, quæ sic definit; *Quæ institutio inutilis foret, si statim post testamentum factum decessisset te-*

set testator, ea non debet ideo valere, quia diutius vixerit, l. 1. de reg. Cat. l. pen. de reg. jur. §. an servo 32. inf. de legat. & generaliter quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere, *l. quod initio 29. de reg. jur. §. 2. inf. de inut. stip.* 2. Per hujusmodi testamentum non rumpi id, quod antea à patre legitime factum est, *l. 7. hoc tit. §. 2. & pen. inf. quib. mod. test. inf.* 3. Non sustineri hoc testamentum ob id, quod pater filio legatum, quantumvis amplum reliquerit: nam utrum filius præteritus sit, nec ne, non ex legati datione, sed ex institutione aut exhæredatione æstimatur; præteritique omnes in hac materia habentur, qui neque hæredes instituti, neque ut oportet, exhæredati sunt, *§. eadem 12. inf. de hær. ab init.* 4. Quod etiamsi filius vel ante testamentum vel in ipso testamento præteritioni consenserit, nihilo tamen magis subsistere possit. Verum enim non est, quod Clar. *§. testamentum. q. 43. n. 3.* existimat, jus hoc ob solum favorem filii constitutum esse, cui ille renuntiare possit. Imo forma paterni testamenti jure publico præscripta id modis omnibus exigebat: quod jus privatorum consensu mutari non potest, *l. 3. hoc tit. junct. l. jus publicum 38. de pact. cum simil.* vid. tamen Ant. Fabr. *C. suo de lib. præt. defin. 6. Christin. vol. 4. decis. 19. n. 4.*

Exhæredem eum nominatim faciat] Non quævis exhæredatio summovebat liberos ab hæreditate patris, sed quæ ritè facta esset; non ritè exhæredati pro præteritis habebantur, *l. 8. §. 2. cont. tab.* In ritu autem discrimen non faciebat sexus aut gradus, nisi quod hoc propriè in filio observandum erat, ut nominatim exhæredaretur, quod in reliquis non erat necessarium, ut statim audiemus. Cicero *lib. 1. de Orat. quem pater neque hæredem neque exhæredem scripsisset nominatim.*

2 *Sed non ita in filiabus & aliis per virilem sexum descendentibus*] Non uti olim filio, ita & filia, aut nepote nepteve ex filio (ex filia nati huc non pertinent, *§. ult. inf. eod.*) præteritis testamentum inutile erat: sed firmo manente testamento jus accrescendi ad certam portionem his dabatur, ut, quasi & ipsi scripti scriptæve, essent, numerum hæredum augerent, *l. ult. C. hoc tit. Ulp. tit. 22. §. 12. 15. & 16.* Accrescebant autem hæ personæ hæredibus scriptis cum damno, hoc est, portionem hæreditatis accrescendo iis auferebant; ut longè diversum hoc jus fuerit ab eo jure accrescendi, quo res accrescunt; quod fit cum emolumento, cum scilicet non petentium partes accresunt petentibus, seu portio omissa portioni agnitæ; de quo, volente Deo, tractabimus *§. si eadem inf. de legat.* Ad quam partem hæredibus insti-
3 tutis accreverint, docet Ulp. *d. tit. 22. §. ex suis 14. Scriptis*, inquit, *hæredibus accrescunt, suis quidem hæredibus in partem virilem, extraneis in partem dimidiam,* atque ita quoque Gajus *lib. 2. tit. 3. §. 1. & Theoph. hic.* Et notandum est, ita jus fuisse non tantum, cum soli aut sui aut extranei scripti essent; sed etiam cum permixtim. Finge, extraneum una cum filio æquis partibus hæredem institutum; hic filia, si præterita erat, singulis accrescebat ad virilem. Quod si plures extranei pluresque sui scripti fuerant, extraneis accrescebat ad dimidiam, suis ad virilem. Item si duo filii, unus extraneus, huic ad semissem, illis ad trientem: atque ita ex accidente eveniebat, ut plus consequeretur, filia præterita, quam filius aut filii instituti: quod apertè ostendit locus Pauli *3. sent. 4.* ubi ita scribit; *Filio & extraneo æquis partibus hæredibus institutis si præterita accrescat, tantum suo avocabit, quantum extraneo. Si vero duo sint filii instituti, suis tertiam, extraneis dimidiam tollit.* Cum igitur filiabus & nepotibus ex filio præ- 4
teritis hoc remedio consultum fuerit jure civili, quæritur an etiam eo omisso bonorum possessionem contra tabulas petentes admiserit prætor. Et D. Bachovius putat, magis esse, ut prætor eos excluserit: quod perspicuè falsum est. Etenim prætorem nihil aliud considerasse legimus, quam an liberi præteriti essent, an exhæredati, summotisque exhæredatis præteritos omnes, insuper habito discrimine sexus & gradus, admisisse, *l. 1. in pr. & §. 1. de bon. poss. cont. tab. junct. l. 2. sec. tab.* quod & Justinianus significat, *§. sed hæc 5. inf. eod.* cum ait, prætores in dandis bonorum possessionibus jus successionis ab intestato, quod liberi omnes sine discrimine sexus aut gradus ex lege duodecim tabularum habent, secutos. Sed quid argumentis opus est? Textus est apertus in *l. ult. circa pr. C. hoc tit.* verba sunt, *Ex prætore autem habebat* (filia præterita) *contra tabulas bonorum possessionem in totum*, & iterum paulo post; *Cum enim per contra tabulas bonorum possessionem, vel jus accrescendi, semissem substantiæ filia præterita accipiebat, &c.* Ait autem nunc *semissem*, quia ante dixerat constitutione Antonini beneficium prætoris coarctatum fuisse ad quantitatem portionis, quam jure civili filiæ præteritæ accipiebant, scriptis hæredibus accrescentes. At cur filius præteritus testamentum valere non patiebatur; filia & nati ex filio non rumpebant? Differentiæ rationem subobscurè indicat Ulpian. *l. 8. §. 1. de injust. rupt. test. filia vel nepos*, inquit, *quia cum emancipantur, una emancipatione exeunt de potestate, testamentum non rumpunt.* Quorum verborum hic sensus est, mirandum non esse; si jus civile facilius præteriti filiam nepotemve ex filio patiatur, quam filium: quippe filium arctiore necessitudine eo jure constringi cum patre, quàm filiam aut nepotem cum patre aut avo; id ex eo constare, quod ille tribus demum mancipationibus & manumissionibus,

sibi una de potestate exeunt: videsis, quæ notavimus ad §. præterea 6. sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.

Licebat inter cæteros hoc facere] Græci ἀοριστῶς, hoc scil. modo, *Titius filius meus hæres esto: cæteri exhæredes sunto.* Gregor. Naz. in suo testamento οἱ δὲ λοιποὶ πάντες ἔστωσαν ἀποκληρονόμοι. Effectus hic erat, ut ita exhæredati exhæredatæve scriptis hæredibus non accrescerent, quod præteritis tribuebatur, nec à prætore ad contra tabulas bonorum possessionem vocarentur, *l. 8. cont. tab. in pr.* Tantum supererat, ut testamentum inofficiosum dicerent, si nec quartam debitæ portionis accepissent, *l. 8. §. quoniam 8. de inoff. test. l. ult. C. hoc tit.* Cæteras leges exhæredationis, ut purè fiat, *l. 3. §. 1. eod. junct. l. si sub. 18. cont. tab.* ut simpliciter, non ex re certa, *l. cum quidam 19. hoc tit.* ut ad omnibus gradibus, *d. l. 3. §. 2. & seqq. eod. vid. D. Perez. in C. hoc tit. n. 9. & 10.* etiam in filiabus & natis ex filio locum habuisse existimo, iisque neglectis non ritè exhæredationem factam & pro præteritione habitam fuisse. Illud constat, non eo minus exhæredationem ritè factam ex ratione juris veteris intelligi, & testamentum subsistere, quod causa exhæredationis testamento expressa non est, cujuscumque generis sint liberi exhæredati: ac proinde etiam prætoris beneficium hic cessare, solamque relinqui exhæredatis quærelam inofficiosi. An vero id à Justiniano mutatum sit *Nov. 115. c. 3.* alibi disputabimus.

Si alius filius non extet] Nam si plures sint filii, benigna interpretatione potius à plerisque respondetur, nullum exhæredatum esse, *l. 2. hoc tit.* Demonstratio autem ac definitio sufficit, quamvis nomen taceatur, aut etiam filium dicere pater pepercerit; veluti si ex Seja natum dixerit, aliterve eum descripserit, vel cum convitio, *l. 3. pr. eod.* Nam sermo omnis, ut in universum dicam, quo dilucidè designatur persona, de qua quis loquitur, exhæredationem nominatim facit, *arg. l. nominatim 34. de cond. & dem.* Summa igitur discriminis, quod inter liberos jam natos fuit, hæc est; quod præteritio filii testamentũ infirmabat; quod non nominatim exhæredatus pro præterito habebatur; at cæteri præteriti manente testamento scriptis hæredibus accrescebant, & quamvis non nominatim exhæredati, tamen si cætera observata essent, pro ritè exhæredatis habebantur. Nondum me hinc abire sinunt interpretes. Illud
6 prius investigandum est, an ut testamentum, in quo filius est præteritus, nullum est jure civili, ita quoque vim nullam habeat jure prætorio. Et video, maximam partem censere tale testamentum neutro jure subsistere, atque in totum tam jure prætorio, quam civili improbari, *Cyn. Bald. Castr. in l. 2. C. de bon. poss. cont. tab. Clar. §. testamentum quæst. 43. n. 1. Gomez. 1. var. res. c. 11. n. 1.* quam sententiam prolixè tuetur *Ant. Fab. 9. conj. 14. & decad. 37. err. 5. & 6.* Argumentum eorum præcipuum est, quod in casu proposito etiam prætorio jure succedatur ab intestato, hoc est, filio præterito detur bonorum possessio unde liberi, *l. ult. hoc tit. l. 1. §. ult. si tab. test. null. ext.* quasi nec prætor hic ullas tabulas agnoscat. Sed verior est sententia *Gloss. in d. l. 2. C. cont. tab.* quam *& Bart. ibid.* probat; item *D. Vigl. hic Govean. 1. var. lect. 5. Vasq. 3. controv. illust. 100. & lib. 2. de succ. creat. §. 28. num. 138. & seqq.* tale testamentum jure prætorio nullum non esse. Rationes hæ sunt. 1, Quoniam filius præteritus rectè petit bonorum possessionem contra tabulas, *l. 1. de bon. poss. cont. tab. §. 1. inf. de bon. poss.* ut proinde necesse sit tabulas aliquas jure prætorio intelligi. 2. Quia scriptis in eo testamento hæredibus datur bonorum possessio secundum tabulas, *l. 2. in pr. de bon. poss. sec. tab.* ubi prætor dicitur hunc ordinem servare, ut primo velit ad liberos præteritos pertinere bonorum possessionem contra tabulas, mox si inde occupata non sit, judicium defuncti sequatur, & scriptos admittat secundum tabulas. 3. Quod in danda bonorum possessione secundum tabulas hoc tantum prætor consideret, an testamentum septem testium signis signatum sit, licet solemnia quædam jure civili requisita desint, *Vlpian. tit. 28. §. etiamsi* 4. Quia prætor vix majorem suorum, quam emancipatorum rationem habet; quod ex eo patet, quod etiam emancipatos institui aut exhæredari jubet, *§. 3. inf. eod.* & tamen si præteriti sint, testamentum jure prætorio subsistit. 5. Huc fac. *l. posthumus 12. in fin. pr. l. filio. 17. de injust. rupt. test. l. 12. §. 1. de bon. poss. cont. tab.* Ad argumentum autem modo propositum commodè responderi potest, prætorem ita esse proprii juris auctorem, ut simul etiam sit custos juris civilis, quod etiam sequatur, si quando potentius jus est ejus, qui jure civili vocatur. Nec magis absurdum videri debet, eo jure dici testamentum valere, quo etiam succeditur ab intestato, quam bonorum possessionem, & secundum & contra tabulas eodem jure dari. Nimirum non uno modo, nec simul omnibus Prætor consulit, sed successivè: & quia prior ac potentior est conditio liberorum præteritorum in petenda bonorum possessione contra tabulas, hos prius admittit: quod si illi decesserint, aut petere neglexerint, nihil absurdi se facturum putavit, si tunc scriptis hæredibus daret secundum tabulas. Quin & suos præteritos, qui jure civili testamentum nullum dicere possunt admittit ab intestato ex capite unde liberi, ut custos & administer juris civilis, *l. ult. hoc tit. l. 1. §. ult. unde liberi.* Planè si filius præteritus ultro se bonis paternis abstineat, 7
hic jam fatentur interpretes Prætorem hujus testamenti

menti rationem habere, & scriptis in eo hæredibus dare bonorum possessionem secundum tabulas, quamvis subtili juris civilis ratione non eo magis consistat, *l. filio 17. de injust. rupt. test.* idque procedit ex sententia majoris partis, sive scripti sint, qui remoto filio rem ab intestato auferre possent, sive extranei, teste Claro *d. quæst. 43. n. 3.* Verissima sententia, sed à plerisque aut non intellecta aut non bene explicata. Veram esse ostendunt tum cætera, quæ disputavimus, tum evidentissime *d. l. 2. in pr. sec. tab.* quo loco Jurisconsultus scribit, Prætorem velle, si bonorum possessio contra tabulas à liberis præteritis occupata non sit, eam secundum tabulas reverti ad hæredes scriptos, sine ulla qualitatis eorum distinctione. Ita vero est, Prætor ut simpliciter scriptis hæredibus bonorum possessionem pollicetur, ita petentibus eam denegare non potest: sed sæpè accidit, ut ea sine re sit & inutilis: tum etiam in modo & effectu haud parum interest, extranei scripti sint, an qui amoto filio ab intestato succederent. Etenim sciendum est bonorum possessionem secundum tabulas aut cum re dari, hoc est, cum effectu, ut is, qui accipit, bona retineat; aut sine re, cum alius jure civili evincere hæreditatem possit, *Vlp. tit. 23. §. si septem 5. & tit. 28. §. ult.* Finge ergo, scriptum hæredem in petenda bonorum possessione prævertisse filium, qui præteritus erat, bonorum possessio, quam petens à Prætore accepit, efficietur sine re, sive proximus ab intestato sive extraneus scriptus sit, ubi scilicet filius jure suo uti volet; quippe cujus jus potentius est, quam hæredis scripti, etiam ipsi Prætori. Et ideo ne res sit sine effectu, solet ferè prætor differre secundum tabulas dare, *d. l. 2. sec. tab.* Finge, filium præteritum jure suo non uti, sed hæreditate patris abstinere; hic quidem etiam extranei hæredes in tabulis scripti secundum eas bonorum possessionem petere possunt: cæterum & hæc sine re futura est, si agnati proximi hæreditatem jure civili vindicabunt ab intestato, *Vlp. d. tit. 23. si septem.* Verum enim est, eo jure testamentum nullum esse. Sed & prætorem existimo proximos hic prælaturum ex edictis. *Vnde legitimi & Vnde cognati.* Quapropter rarissimè & uno duntaxat casu fit, ut extranei bonorum possessionem cum re consequantur, si videlicet proximi ab intestato suo jure uti nolent: quæ causa est, quod in hac disputatione conditio additur in *fin. pr. d. l. posthumus 12. de injust. rupt. test. si bonorum possessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit.* Atque ad hunc fermè modum etiam differit D. Bachov. *in §. non tamen inf. quib. mod. test. inf.* Ant. Faber parum hic sibi constat, ut videre est *lib. 1. conject. 19. & lib. 9. c. 14.*

TEXTUS.

De posthumis.

1. *Posthumi quoque liberi vel hæredes institui debent vel exhæredari. Et in eo par omnium conditio est, quod & filio posthumo, & quolibet ex cæteris liberis, sive fœminini sexus sive masculini, præterito, valet quidem testamentum, sed postea agnatione posthumi sive posthumæ rumpitur, & ea ratione totum infirmatur. Ideoque si mulier, ex qua posthumus aut posthuma sperabatur, abortum fecerit, nihil impedimento est scriptis hæredibus ad hæreditatem adeundam. Sed fœminini quidem sexus personæ vel nominatim vel inter cæteros exhæredari solebant: dum tamen, si inter cæteros exhæredarentur, aliquid eis legaretur, ne viderentur præteritæ esse per oblivionem. Masculos vero posthumos, id est, filios & deinceps, placuit non aliter rectè exhæredari, nisi nominatim exhæredarentur, hoc scilicet modo,* Quicunque mihi filius genitus fuerit, exhæres esto.

NOTÆ.

1. *Posthumi*] Posthumi, vel potius postumi, ut scribendum docet Grot. *spars. flor. sup. ad tit. qui test. tut. dar.* dicuntur, qui post mortem patris nascuntur, *l. 6. de inoff. test. l. 4. §. 1. de injust. rupt.* Plutarch. *in Coriol. & Syll.* Amm. Marcell. *lib. 21. Vxorem prægnantem reliquit, unde edita posthuma.*

Totum infirmatur] Nec hoc mutatur *Nov. 115. c. 3.* ut falso existimat Pac. igitur posthumi cujuscumque sexus an gradus præteriti agnascendo rumpunt: filiæ & nepotes præteriti non rumpunt, sed accrescunt scriptis: filius præteritus testamentum valere non patitur, *l. 1. l. 3. l. 8. §. 1. de injust. rupt. l. 30. h. t.* Quod si posthumus præteritus vivo patre natus decesserit, datur scripto hæredi bonorum possessio secundum tabulas *l. 12. de injust. rupt.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur in posthumis non distinguatur sexus & gradus, quoad necessitatem exhæredandi.*
2. *Cur placeat posthumis præteritis testamentum ab initio valere.*
3. *Quam rationem habeat, quod filia posthuma inter cæteros non rectè exhæredabatur absque legato.*
4. *Quam item, quod nepotes posthumi etiam nominatim exhæredandi.*

DIctum est de liberis suis hæredibus, qui tempore testamenti facti jam nati sunt: sequitur de posthumis, quo verbo hic intelliguntur omnes, qui nondum nati sunt eo tempore, quo parens testamentum condit; quamvis eo adhuc vivo postea nascantur, *l. 3. §. 1. l. 12. in pr. de injust. rupt. test.* Inter hos & liberos jam natos quadruplex discrimen hic animadvertitur. Primum est, quod posthumis præteritis, cujuscunque gradus aut sexus sint, testamentum ab initio jure consistat, cum præterito filio superstite testamentum injustum sit & nullum, *l. 1. & d. l. 3. §. 3. de injust. rupt.* Secundum, quod posthumi omnes, sive masculi sive fœminæ, si hæredes non instituantur, exhæredandi sunt; præteriti agnascendo testamentum rumpunt & totum infirmant; filiæ autem natæ & nepotes ex filio præteriti non rumpunt, sed scriptis hæredibus ad certam portionem accrescunt, ut dictum *§. præc.* Tertium, quod posthumis filiabus inter cæteros exhæredatis pater aliquid legare cogitur, jam natis non item. Quartum quod posthumi masculi non tantum primi gradus, sed etiam inferiorum, nominatim exhæredandi sunt, quod non est necesse in nepotibus tempore testamenti natis.

Valet quidem testamentum, sed postea agnatione rumpitur] In hoc cernitur differentia filii posthumi præteriti, & jam nati, qui præteritus testamentum subsistere non patitur: item filiarum nepotumque posthumorum, & superstitum, qui præteriti testamentum non rumpunt, *l. 8. §. 1. de injust. test.* Gajus
1 *lib. 2. tit. 3. §. 2.* Cur vero sexus & gradus non æque in posthumis distinguitur, ut in liberis natis, placetque non minus, agnatione filiæ posthumæ præteritæ, aut nepotis, quam filii, testamentum rumpi; Nimirum cum benignè atque humaniter, quoad fieri potest, de parentum in liberos voluntate sentiendum sit, judicarunt consulti testatorem vel ignorasse conceptionem, vel conceptum & nondum editum per oblivionem præteriisse. Adhæc incertum est, filius in utero sit, an filia.

Abortum fecerit] Hinc petenda ratio, cur posthu-
2 mo præterito placeat testamentum ab initio valere: nimirum quia fieri potest, ut non nascatur, abortum faciente muliere ex qua sperabant, *l. 2. C. de post. hær.* Atque hactenus ergo nec pro nato habetur; frustraque objicitur, eum, qui in utero est, quoties de commodo ejus agitur, pro eo qui in rebus humanis sit, haberi, *l. 7. l. pen. de stat. hom.* nullum enim hic incommodum sentit, cum statim ut editus est testamentum rumpat: & regula ista sic temperanda est, si modo postea nascatur: tunc enim fictione juris nativitas retrotrahitur. Quamdiu vero quis in utero est propriè nondum homo vel animal est, *l. 9. §. 1. ad leg. Falc.* sed spes tantum animantis, *l. 2. de mort. inf.* nec in potestate patris antequam nascatur, *l. ult. de collat.* ac proinde qui mortuus editus est, neque natus, neque procreatus videtur, quia nunquam filius appellari potuit, *l. qui mortui 129. de verb. sign.* Sed etsi mulier monstrosum aliquid aut prodigiosum enixa sit, placet testamentum non rumpi, *l. 3. C. de post. hær.* quia liberi non sunt, qui contra formam humani generis procreantur, *l. 14. de stat. hom.*

Sed fœminini quidem sexus personæ, &c.] Quanquam ad necessitatem exhæredandi quod attinet, par omnium posthumorum conditio erat, nec sexus in posthumis distinguebatur; in forma tamen exhæredationis aliqua erat jure antiquo differentia inter mares posthumos & fœminas: nam illi omnes non nisi nominatim rectè exhæredabantur, hæ poterant & inter cæteros. Atenim si inter cæteros exhæredatæ essent, non aliter ritè exhæredatio facta intelligebatur, quam si quid eis legatum fuisset, *Ulp. tit. 22. §. posthumus 17.* Qua in re etiam elucet insignis differentia inter exhæredationem posthumarum & filiarum superstitum: hæ enim & sine legato inter cæteros exhæredari poterant; illæ non poterant, ne *ut ait hic Imp.* viderentur præteritæ per oblivionem; Quippe pro posthuma dici potest, generalem clausulam ad eam non pertinere, cum potius præsumendum sit patrem ignorasse eam esse in utero; & ideo ignoratione potius præteriisse, quam, clausula illa, *inter cæteros*, voluisse exhæredari: uti semper benignè judicandum est de patrum erga liberos voluntate, quoad facultas fert. De filia autem superstite; quam natam pater novit, dubitari non potest, quin pater cogitaverit, & tacitè eam comprehenderit sub simplici & indeterminata exhæredatione: uti & de posthuma, cui inter cæteros exhæredatæ legatum relinquit, quod præsumptionem oblivionis penitus tollit. Ex iis autem, quæ moda dicta sunt, manifestum est, rectè judicare D. Cujacium ad *l. 4. hoc tit.* de interpolatione principii, *l. 3. de injust. rupt.* & quod Ulp. scripserat, *Posthumi virilis sexus nominatim exhæredandi sunt*, Tribonianum, ut inserviret constitutioni Justiniani, de qua dicendum infra *§. sed hæc 5.* sic immutasse, *Posthumi per virilem sexum descendentes.*

Filios & deinceps] Certum est verbo *deinceps* intelligi nepotes posthumos ex filio, & eos quidem solos, qui nati sui hæredes futuri sunt: nam alii testamentum non rumpunt, licet in potestate avi nascantur, puta quorum pater adhuc vivit, & in potestate patris sui est, *§. seq. l. 13. de injust. rupt.* Ait, *non aliter rectè exhæredari, nisi nominatim.* Igitur nec si legatum adscriptum fuerit, valebit, ne in nepote quidem exhæredatio non nominatim, sed inter cæteros facta. Atque hic jam notandum, primo diversum

sum jus hac in parte observatum fuisse in nepotibus nasciturіs & natis. Etenim natos jam nepotes non tantum nominatim, sed inter cæteros quoque exhæredare licebat: quin & salvo testamento præterire: ejusdemque omnino conditionis erant, cujus & superstites filiæ, §. prac. Vlp. d. tit. 22. Nepotes autem posthumi utrisque meliores: quippe qui non modo non præteriri, sed nec inter cæteros tuto poterant exhæredari. Quæ juris varietas non aliam rationem habet, quam eam, quæ modo dicta est filiam posthumam à nata separare. Deinde notanda etiam differentia inter posthumos nepotes & posthumas filias, quæ inter cæteros recte exhæredabantur, utique legato honoratæ; cum nepotis posthumi exhæredatio nominatim facienda esset, nec sufficeret inter cæteros exhæredato legatum adscripsisse. Atenim inquies, cum nepotes nati eodem jure cum filiabus natis uterentur, cur non similiter placuit, nascituros eodem jure uti, quo utebantur filiæ nasciturae. Jason. apertè, & cum eo tamen Viglius, fatentur, se hujus rei rationem ignorare: & sane, quod D. Hotomannus putat, ubi legatum adscriptum est, non potest esse locus benignæ præsumptioni de alia voluntate parentis, quasi hunc posthumum nepotem non tam excludere voluisse videri debeat, quam per errorem præteriisse. Una illa ex pluribus, quas affert D. Wesembecius maximè probabilis est, quod etsi legatum avus adjecerit, nisi tamen nominatim posthumum nepotem exhæredaverit, videri possit & debeat de posthuma filia potius nascitura (quæ inter cæteros cum adjectione legati exhæredari solita erat) quam de posthumo masculo cogitasse, spe propagationis nominis & familiæ suæ: cujusmodi voluntatis conjecturam non admittunt nepotes nati. Quid ergo est, quod Ulpian. *d. tit. 22. §. nepotes* 18. scribit, nepotes & pronepotes cæterosque masculos posthumos præter filium, vel nominatim, vel inter cæteros cum adjectione legati exhæredandos: sed tutius tamen esse nominatim eos exhæredari, atque id observari magis? Nimirum ex ratione juris, quod nepotes & filias ferè eadem vult esse conditione, *l. 8. §. 1. de injust. rupt.* posse & nepotes posthumos sic ut filias posthumas exhæredari: cæterum propter benignam illam, quam dixi, in dubio voluntatis interpretationem aliud receptum fuisse.

4

Quicunque mihi filius] Positum exempli causa: ne quis ex hoc loco colligat, nepotem appellatione filii contineri etiam in re odiosa. Utendum autem necessario generali demonstratione, cum speciali nomine aut signo posthumus demonstrari nequeat. An adhuc hodie posthumi, & præsertim post *Nov.* 115. *c.* 3. exhæredari cum aliquo effectu possint, alibi videbimus.

TEXTUS.

De quasi posthumis.

2. Posthumorum autem loco sunt & hi qui, in sui hæredis locum succedendo quasi agnascendo fiunt parentibus sui hæredes: ut ecce, si quis filium, & ex eo nepotem neptemve in potestate habeat, quia filius gradu præcedit, is solus jura sui hæredis habet; quamvis nepos quoque & neptis ex eo in eadem potestatem sint. Sed si filius ejus vivo eo moriatur, aut qualibet alia ratione exeat de potestate ejus, incipit nepos neptisve in ejus locum succedere, & ex eo modo jura suorum hæredem quasi agnatione nanciscitur. Ne ergo eo modo rumpatur ejus testamentum, sicut ipsum filium vel hæredem instituere vel nominatim exhæredare debet, ne non jure faciat testamentum; ita & nepotem neptemve ex filio necesse est ei vel hæredem instituere vel exhæredare, ne forte eo vivo, filio mortuo, succedendo in locum ejus nepos, neptisve, quasi agnascendo rumpat testamentum. Idque lege Julia Velleja provisum est: in qua similis exhæredationis modus ad similitudinem posthumorum demonstratur.

NOTÆ.

Quamvis nepos quoque] §. 2. *inf. de hær. quæ ab int.* §. 2. *inf. de hær. qual.* & ideo firmum manet avi testamentum, in quo hic nepos præteritus, si vivo filio nec capite minuto, avus decesserit, *l. 6. pr. de injust. rupt. l. 7. si tab. test.*

In ejus locum succedere] Successio hæc velut quædam agnatio est, propterea quod successione in locum sui hæredes fiunt.

Lege Iulia Vellea] Cujus legis caput secundum, relatum in *d. l. 29. §. 30.* interpretati Cajus *d. l. 13.* & Justinianus hic. In casu *d. l. 29. §. pen.* qui ad neutrum caput legis seorsum pertinet, Julianus quoque induxit, ne rumpatur testamentum, quasi duobus capitibus legis commistis belle Fabrot. *ad Th.*

COMMENTARIUS.

1. *Quasi posthumorum varia genera.*
2. *Qui agnascendo, qui succedendo seu quasi agnascendo rumpant.*
3. *Cur plus tributum nepti quasi posthumæ, quam filiæ aut nepoti, qui tempore testamenti avo proximus est.*

4. *Ius antiquum circa institutionem & exhæredationem posthumorum.*
5. *Quid Gallus Aquilius circa nepotis posthumi institutionem introduxerit.*
6. *Quid lex Velleja permiserit non permissum jure antiquiore.*

SI cui religio est scribere *posthumus*, is per me licet sine H. scribat *postumus*, cum Cujacio *lib. 3. obs. 4. & in comment. ad l. Gallus hoc tit.* Illud tamen tenendum est, posthumos à veteribus propriè dici eos, qui post mortem patris nascuntur, testibus *Vlp. l. 3. §. 1. de injust. test. Varron. lib. 4. Fest. lib. 15.* Plutarchus quoque in Sylla scribit, posthumos à Romanis appellatos τὰς ὕστερον τῶ πατέρων τελευτῆς γενομένας, uti & in Coriolano. Et ideo Græcis interpretibus dicti κυοφορέμενοι, quod mortis parentum tempore in utero fuerint. At post legem Juliam Vellejam, qua & alii liberi, iique nati vivo adhuc parente testatore, hæredes instituendi aut exhæredandi sunt, ne agnascendo aut succedendo testamentum rumpant instar posthumorum, cœperunt duo quo-
1 dammodo esse posthumorum genera; unum eorum, qui verè & propriè posthumi sunt & dicuntur; videlicet qui nascuntur post mortem parentum; alterum, qui impropriè & secundum quid, nempe quoad effectum rumpendi testamentum, si non sint instituti aut exhæredati, quos quasi posthumos & posthumos Vellejanos appellare possumus. Sed & in his, qui post factum testamentum adoptantur, quæ in manum conveniunt, in filio, qui ex prima secundave manumissione in potestatem patris revertitur, similitudo quædam agnationi suorum hæredum est, & præteriti instar posthumorum testamentum rumpunt, *Vlp. tit. 23. §. 2. Gajus lib. 2. tit. 3. §. 3. l. filio 23. hoc tit. junct. §. 1. inf. quib. mod. test. inf.* Est & posthumus Cornelianus, qui capto ab hostibus patre natus est in civitate: de quo in *l. 15. hoc tit. l. qui bona 22. §. ult. de capt. & postlim. Ant. Fab.* 10. *conj.* 9. & 10. ubi disputat, an hic posthumus & Vellejanus dici possit. Descriptus ferè ad verbum hic locus est ex Gajo *l. posthumor. 13. de injust. rupt. test.*

In sui heredis locum succedendo, quasi agnascendo]
2 Nepotes præteriti, qui demum post factum testamentum nascuntur patre mortuo, avo testatore superstite, non succedendo in locum patris & sui hæredis, sed agnascendo testamentum rumpunt. Nascuntur enim sui hæredes, non fiunt successione, & ideo pertinent ad caput primum legis Velleјæ, quod Imp. hic non tangit. At illi, de quibus hoc loco & in *d. l. 13.* sermo est, & scilicet qui jam nati sunt, quo tempore avus testamentum facit, sed quibus pater & suus hæres obstat, quominus & ipsi jura sui hæredis habeant, illi inquam præteriti, si vivo adhuc avo pater eorum suus hæres esse desierit, testamentum rumpunt succedendo, hoc est, subeundo locum patris prædefuncti aut emancipati; non agnascendo (quoniam agnasci propriè dici non possunt, qui ante testamentum nati sunt) sed quasi agnascendo, propterea quod successione in locum sui hæredis sui hæredes fiunt: nimirum quemadmodum velut posthumus aut posthumi loco habetur, qui in jus sui hæredis succedit, ita & successio ejus velut quædam agnatio. Illi ad primum legis Velleæ caput pertinent, *l. 29. §. 12. h. t.* hi ad secund. *d. l. 29. §. 13. l. 13. de injust. nupt.*

Quia filius gradu præcedit] Fieri potest non in persona filii, sed in persona nepotis, ut in avi potestate sit, nec tamen inter suos hæredes numeretur, eo quod pater eum in causa successionis præcedat: neque enim ad hoc ut quis jus sui hæredis habeat, sufficit in potestate esse, nisi simul proximum à defuncto gradū obtineat, hoc est, nemo eum in suo ordine antecedat, *§. 2. inf. de hær. qual. & diff. §. 2. inf. de hær. quæ ab int.* Et ideo nepos, quem pater præcedit, nec exhæredari ab avo debet, sed firmum manet avi testamentum, in quo hic nepos præteritus est, si vivo filio & in eodem statu manente avus decesserit, *l. 6. in pr. de injust. rupt. l. 7. unde. liber.*

Sed si filius vivo eo moriatur] Filio de familia subla- 3
to, statim nepos ex eo in locum & gradum ejus succedit, atque ita succedendo in familia avi jus sui hæredis quasi agnatione nanciscitur: quapropter si eo se tempore præteritum deprehendat, exemplo posthumi testamentum rumpit. Unde qui filium atque ex eo nepotem in potestate habet, ei, si omnino securè testari velit, necesse est etiam hunc nepotem, similiter ut filium, hæredem instituere vel exhæredare; alioqui si contingat filium vivente adhuc patre suo mori, aliave ratione de familia exire, nepos mox patris locum occupans testamentum rumpet.

Ita & nepotem neptemve ex filio] Plus igitur tribuitur huic nepti, quam filiæ, quæ præterita jure antiquo testamentum non rumpit, *sup. eod. in pr.* Hocne cui mirum videatur, animadvertendum est agi hic de nepte, quam pater tempore facti testamenti præcedebat, & quæ postea in illius sublati locum succedit instar posthumæ. Itaque quod juris erat in filia posthuma, ut præterita testamentum rumperet, id producendum erat ad hanc neptem, quasi posthumam, simili conjectura pietatis; quippe quam, ut credi par est, hæredem avus fecisset, si tempore testamenti primum ab eo gradum obtinuisset. Eademque ratio est, cur neptis hæc meliore etiam conditione sit, quam nepos, qui tempore testamenti avo proximus est: quod cum non animadverteret D. Viglius, credidit *in pr. h. tit.* jus antiquum referri,

quod

quod postea lex Velleja abrogaverit, insigni & manifesto errore. Illud quoque notandum quod particula nominatim, quæ in propositione hujus comparationis exprimitur, non reperitur in redditione, uti nec in *d. l. 13. de injust. rupt.* Id quod consulto factum est, ut intelligamus, neptem quidem cum filio comparari in exhæredatione, quod ad necessitatem; at non in qualitate aut modo exhæredandi. Etenim cum neptis ex filio adscendens in locum patris utatur jure posthumæ, sufficere debet indefinitè eam exhæredari, utique cum adjectione legati: quandoquidem non plus juris habet filia posthuma. Enimvero nepotem, quem posthumi jure uti placuit, eadem forma, qua filium, exhæredandum esse arguunt, quæ Imperator dixit in calce *§. præc.*

Lege Julia Velleja provisum est] Legis hujus duo præcipua capita fuisse docet nos Scævola *l. Gallus 29. §. nunc de. 11. & seqq. hoc tit.* quorum uno permissum fuit institui posthumos etiam alienos, dummodo sui nascerentur, licet vivo adhuc testatore: altero cautum, ne nepotes in locum sui hæredis succedentes testamentum rumperent, in quo ipsi instituti essent, vel exhæredati: cujus posterioris capitis explicatio à Justiniano hoc loco tradita est verbis Gaij *in l. posthumorum 13. de injust. rup. test.* Nihil adhuc intelligimus, nisi sciamus, cur in eas res lata fuerit lex Velleja, & quid ea permiserit non permissum jure antiquiore. Exponam autem paucis, quid in re obscura
4 sentiam. Cum lege duodecim tabb. ita cautum esset; *Uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto, l. verbis 120. de verb. sign.* hæc legis verba, *uti legassit*, sic prudentes interpretati sunt, uti quisque certo consilio ac judicio statuerit, decreverit, aut imperaverit, quid de re pecuniaque sua post mortem suam fieri velit. Absurdum enim visum fuit, eam testatoris voluntatem jus facere aut ratam haberi, quæ nec consilio nec judicio certo regeretur. Hinc ex sententia legis persona incerta, hoc est, quam incerta opinione animo suo testator subjiciebat, neque hæres institui, neque legatum ex testamento capere poterat, *§. incertis 25. d. legat. inf. Ulp. tit. 22. §. 3.* ubi & eandem hanc ejus rei rationem reddit, quoniam certum est debet consilium testantis. His porro consequens est, nec eum, qui in utero est, ex ejusdem legis sententia hæredem potuisse institui, utpote qui & ipse persona incerta habebatur, aut ut Theophilus loquitur *§. alienus 26. inf. de legat.* ἔοικε τοῖς ἰνκέρτοις προσώποις, propterea, credo, quod incertum est, an nasciturus aliquando sit, nec ne; masculus, an fœmina; unus, an plures nascituri. Et quanquam quod ad legitimas hæreditates posthumus pro jam nato semper habitus est, *l. pen. de stat. hom.* id tamen ob rationem, quam diximus, non obtinebat in hæreditate testamentaria. Cum igitur ea ratione eveniret, ut sive institutus, sive exhæredatus, sive præteritus esset is posthumus, qui suus hæres testatori nasciturus erat, testamentum agnascendo rumperet, & in totum voluntatem testatoris everteret, paulatim disputatione fori introductum ad conservanda suprema hominum judicia, ut & in testamentaria successione posthumi sui, hoc est, qui si tempore testamenti nascerentur, inter suos hæredes futuri & præteriti testamentum omnimodo rupturi essent, pro natis haberentur, institui que atque exhæredari possent: quod Gajus quodammodo significat *lib. 2. tit. 3. §. 2.* ubi de institutione & exhæredatione posthumorum agens ait, in ea etiam re legitimè conceptos pro natis haberi. In alieno posthumo nihil visum, cur à ratione juris veteris recederetur; quippe cujus institutio necessaria non est, cum natus testamentum nunquam rumpat. At enimvero quia fieri potest, ut qui tempore testamenti alienus est, suus tamen nascatur, atque ita rumpat, (nam cum quæritur, an testamentum agnatione rumpatur, non conceptionis tempus, sed nativitatis inspicitur) Gallus Aquilius induxit, (non legem ferens, ut perperam Viglius, sed quod nemo ante eum 5
observaverat, ostendens) posse etiam eos posthumos, & nimirum nepotes, qui testamenti quidem tempore alieni sunt, subducto autem patre sui hæredis avo nascerentur, hæredes institui sine fraude ejus juris, quo placebat posthumos alienos hæredes institui non posse. Quam in rem concepit hujuscemodi formulam; *Filius meus hæres esto. Si filius meus vivo me morietur: tunc si quis mihi ex eo nepos post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus erit; hæres esto, l. Gallus 29. h. tit.* Dices, nepotem hic institutum esse posthumum alienum. Fatebor, si simpliciter consideretur ut posthumus; quia si tempore testamenti facti nasceretur, non esset suus hæres avo testatori. Negabo, si ut posthumus Aquilianus, sive eo modo, quo à Gallo instituitur, qui institutionem hujus nepotis confert in id tempus, quo suus erit: ea vis est articuli *tunc*, quod temporis extremitatem significat, *l. 4. §. 1. de cond. & dem.* Hoc igitur modo consideratus non alienus, sed suus est, & salva ratione juris veteris juxta formulam Aquilianam instituitur. Adhuc posthumi vivo testatore nati institutio inutilis erat. Etenim cum ut posthumos hære- 6
des instituere liceret, eatenus duntaxat receptum esset, quatenus testamentorum favor & necessitas postulabat, eorum, qui vivo testatore nascuntur, institutio non videbatur necessaria: quamvis enim & ipsi non eo minus testamentum rumpant; licebat tamen testatori aliud testamentum condere, & rei suæ de integro prospicere. Porro nec is posthumus, qui tempore testamenti alienus erat; purè poterat institui: hoc enim ut fieri posset, Gallus non induxerat, neque adeo inducere poterat salva ratione juris.

Postremo neque nepotis, quem filius præcedebat, natis ante testamentum factum institutio efficiebat, quo minus in patris remoti locum postea succedens testamentum rumperet: fortassis quia visum est non sufficere institutum esse tanquam extraneum, eum, qui tempore mortis testatoris reperitur suus. Tandem etiam in istis omnibus testamentorum securitati prospectum est lege Julia Vellejja: cujus legis, ut ante quoque diximus, duo capita fuerunt; quorum primo permittitur eorum posthumorum institutio, qui vivis nobis sui nascituri sunt, ut etiam purè institui possint; capite altero cavetur, ne nepotes jam nati tempore testamenti facti, succedentes vivo testatore in locum sui hæredis testamentum rumpant, in quo ipsi sunt instituti aut hæredati, *d. l. Gallus §. nunc de.* 11. *cum seqq. hoc tit.* Plura qui nosse desiderat, adeat commentaria, quæ in *d. l.* extant doctissimorum hominum, Salemonii, Goveani, Cujacii, Duareni Alciati *lib. 3. paradox. cap. 2. & seqq.* Ant. Fabri *lib. 9. conj. per tot.* & multis *capp. lib.* 10. sed nostra hæc ut præluceant.

TEXTUS.

De Emancipatis.

3. *Emancipatos liberos jure civili neque hæredes instituere, neque exhæredare necesse est: quia non sunt sui hæredes. Sed prætor omnes, tam fœminini sexus, quam masculini, si hæredes non instituantur, exhæredari jubet; virilis sexus nominatim, fœminini vero inter cæteros: quia si neque hæredes instituti fuerunt, neque ita (ut diximus) exhæredati, promittit eis prætor contra tabulas testamenti bonorum possessionem.*

COMMENTARIUS.

1. *Emancipatos sub colore quodam suitatis à prætore vocari ad bonorum possessionem.*
2. *Prætorem in modo exhæredandi secutum distinctionem sexus & gradus, quam jus civile fecit.*
3. *Absurdum non esse, quod filiæ emancipatæ melioris conditionis jure prætorio fuerint, quam non emancipatæ jure civili.*

Quia non sunt sui hæredes] Liberi emancipati exeuntè familia & potestate patris, *§. præterea sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.* ac sui juris ita effecti propriam familiam habere incipiunt, *l. pronuntiatio 195. §. 2. de verb. sign.* Itaque jus omne, quod in familia patris antea habebant, amittunt: desinunt esse sui hæredes & agnati, quos solos ad successionem ab intestato lex vocat propter familiarum conservationem: denique pro alienis & extraneis jure civili habentur, *l. 6. §. 1. de bon. poss. l. 7. de cap. min. §. 3. inf. de hær. qual. §. emancipati 9. inf. de hær. ab int.* Quo posito sequitur nec ullam eo jure patri necessitatem imponi liberos emancipatos vel instituendi vel exhæredandi, eorumque præteritione testamentum injustum aut nullum non esse.

Prætor si hæredes non instituantur, exhæredari jubet] Quamvis jure civili deficiant liberi, qui propter capitis deminutionem, hoc est, emancipationem desierunt esse sui hæredes; tamen prætor naturali æquitate motus, & partim etiam ratione civili, (quippe emancipati non minus natura liberi sunt, & masculorum soboles, quod ex parte jus civile considerat, quam non emancipati) rescindit eorum capitis deminutionem, *l. 6. §. 1. de bon. poss.* & si testamento facto præteriti sunt, pollicetur eis bonorum possessionem contra tabulas, *l. 1. & passim de bon. poss. cont. tab.* & cum suis quoque hæredibus ab intestato eos vocat ad bonorum possessionem unde liberi, *§. emancipati 9. inf. de hær. ab int. d. l. 6. §. 1.* Itaque, cum effectu juris emancipati beneficio prætoris tantum consequantur, quantum sui, (bonorum enim possessio re ipsa & effectu juris ab hæreditate nihil differt, *l. 1. l. 2. de bon. poss.*) ideo ait, jubere prætorem emancipatos quoque liberos hæredes institui aut exhæredari. Et notandum quod Jurisconsultus in *d. l. 6. §. 1. eod. tit.* ait, prætorem rescindere eorum capitis deminutionem post mortem patris. Ex quo intelligimus emancipatos non simpliciter ut emancipatos, sed sub colore quodam suitatis à prætore admitti, quasi de potestate nunquam exiissent. Etenim rescissa capitis deminutione quodammodo in integrum & in pristinum statum restituuntur, *fac. l. 3. §. si emancipatus 5. cont. tab. & ibi Glossa.* 1

Fœminini sexus inter cæteros] Cujac. Hotom. Wesemb. *& inter cæteros,* quod magis placet: quasi dicat Imperator, vel nominatim, vel inter cæteros; aut, ut Ulp. *tit. 22. §. mancipatos 19. Masculos nominatim, fœminas vel inter cæteros.* Voluit nimirum prætor in modo exheredandi servari differentiam, quam in sexu jus civile faciebat, & haud dubie etiam, quam idem jus faciebat in gradu, de quo in pr. hujus tit. 2 Melioris tamen conditionis apparet fuisse filias emancipatas jure prætorio, quam erant filiæ non emancipatæ jure civili: quippe cum illæ præteritæ testamentum in totum jure prætorio rescinderent, hæ non rescinderent, sed salvo testamento ad certam duntaxat portionem scriptis heredibus jure civili accrescerent. Quod minime absurdum est, licet id existimet D. Bachovius: siquidem filiæ, quæ in 3 potestate erant, præteritæ, præter jus illud accrescendi, quod jus civile tribuebat, idem etiam jus habebant

bebant jure prætorio, quod emancipatæ, (in quo erravit Bachovius, ut supra ostendimus) & testamentum in totum evertebant. Quanquam post constitutionem Antonini non plus per bonorum possessionem contra tabulas consequebantur, quam quantum jure civili capiebant per jus accrescendi, *l. ult. circa pr. C. de lib. præt.* & omnino verisimile est, post eam constitutionem nec emancipatas per eandem bonorum possessionem plus accepisse, quam accepturæ fuissent, si mansissent in potestate: quod & Theophilus pro certo tradidit.

Promittit (ita legendum, non *permittit*, *l. 7. C. comm. de succ. in Basil.* ἐπήγγελται) *eis prætor bon. possessionem contra tabul.*] Testamentum, in quo emancipatus præteritus est, & civili & prætorio jure subsistit: & ideo emancipato præterito prætor non dat bonorum possessionem ab intestato unde liberi: sicut præterito filio, qui in potestate est, (nam tale testamentum jure civili non consistit) sed rescindit testamentum patris data bonorum possessione contra tabulas, *l. 1. de legat. præst. cont. tab.* neque aliud remedium emancipati præteriti habent. Cur vero suis præteritis, qui vel jure civili, vel ex edicto unde liberi ab intestato succedere possunt, nihilominus hoc etiam remedium à prætore detur, dicemus suo loco *tit. de bon. poss. lib. 3.* Quod detur, satis argumenti est, tale testamentum jure prætorio non esse nullum: est enim remedium hoc natura sua rescissorium; quod autem nullum est, rescindi non potest, *l. 5. de injust. rupt. test.* de quo copiosius disseruimus *in pr. hujus tit.*

TEXTUS.

De adoptivis.

4. *Adoptivi liberi, quamdiu sunt in potestate patris adoptivi, ejusdem juris habentur, cujus sunt justis nuptiis quæsiti. Itaque heredes instituendi vel exheredandi sunt, secundum ea, quæ de naturalibus exposuimus. Emancipati vero à patre adoptivo neque jure civili, neque eo jure, quod ad edictum prætoris attinet, inter liberos connumerantur. Qua ratione accidit, ut ex diverso, quod ad naturalem parentem attinet, quamdiu quidem sunt in adoptiva familia, extraneorum numero habeantur, ut eos neque heredes instituere, neque exheredare necesse sit: cum vero emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiant in ea causa esse, in qua futuri essent, si à naturali patre emancipati fuissent.*

NOTÆ.

4. *Ejusdem juris*] Extra nuptias quæsiti huc non pertinent. Legitimati tamen pertinent, *§. 9. inf. de hær. ab int. Nov. 89.*

Neque jure civili, &c.] Non jure civili, quia desinunt esse sui hæredes: nec jure prætorio, quia simul nomen quoque liberorum amittunt, *l. 4. si tab. test. l. 1. §. 6. l. 33. §. 2. cont. tab.*

Extraneorum numero] Tantum tertio loco ab intestato à prætore admittuntur in ordine cognatorum, *§. 13. inf. de hær. ab int. l. 1. §. 4. unde cogn.*

Cum vero emancipati, &c.] Scil. vivo patre naturali, *§. 20. inf. d. t.* Hoc enim casu, ne utriusque parentis exciderent successione, voluit prætor eos jus naturale liberorum recuperare, *l. 4. si tab. test.*

COMMENTARIUS.

1. *Insignis error Hotomanni notatus.*
2. *Iura liberorum adoptivorum emancipatione in totum dissolui.*
3. *Adoptatos, quamdiu sunt in familia adoptiva, jus liberorum in familia patris naturalis non habere.*
4. *Emancipatos à patre adoptivo jus familiæ naturalis, quod emancipati beneficio prætoris habent, recuperare.*

Cum adoptio æque liberis adoptatis tribuat jus & nomen filiorumfam. suorumque heredum, ac natura naturalibus, *l. 1. & passim, de adopt. §. 2. inf. de her. quæ ab int. l. 5. C. de suis & leg. cum simil.* consequens omnino est, ut & ipsi non minus, quam liberi naturales, heredes institui debeant aut exheredari; atque ut præteriti idem jus habeant circa parentum testamenta infirmanda, quod naturales habent, *l. 1. in pr. cont. tab.* Naturales autem liberos hic intelligimus eos, qui ex justis nuptiis procreati sunt: sic enim passim in collatione adoptivorum appellantur, ut notavimus ad *pr. sup. de adopt.* Cæterum legitimati quoque appellatione naturalium continentur: quippe quibus eadem jura per omnia data sunt, quæ habent ii, qui ab initio ex legitimo matrimonio nati sunt, *d. §. 2. inf. de hær. ab int. Nov. 89.* De his dictum *§. 2. ult. sup. de nupt.*

Secundum ea, quæ de naturalibus exposuimus] Et igitur filii adoptivi nominatim exheredandi, nepotes & filiæ vel inter cæteros. Item filio adoptivo præterito aut non rite exheredato testamentum ipso jure nullum est; filia & nepote præteritis firmum manet, sed præteriti institutis heredibus accrescunt ad eam portionem, ad quam præteritæ filiæ & nepotes naturales, secundum ea, quæ tradita sunt initio hujus tit. Dormitavit ergo Hotomannus, cum putavit, majus jus fuisse filiæ adoptivæ, quam natu- 1 ralis; quasi illius præteritio testamentum rupisset, hujus non rupisset, per *l. 8. in pr. de injust. rupt. test.*

Alio-

Alioqui certe vidisset, Ulpianum loqui eo loci non de præteritione filiæ, quæ jam ante à testatore adoptata fuerat, quam testamentum faceret; verum de adoptata vel adrogata demum post factum testamentum: quæ cum utatur jure posthumæ, & in posthumis sexus non distinguatur, quod ad effectum rumpendi attinet, §. 1. *sup. eod.* testamentum rumpit quasi agnatione sui heredis.

Emancipati à patre adoptivo neque jure civili; &c.] Jura liberorum adoptivorum non diutius durant, quam quamdiu constat adoptio: ea per emancipationem dissoluta nullam amplius jus habent, sed penitus extranei sunt patri quondam adoptivo, sive jus civile spectes, quia desierunt esse sui heredes: sive honorarium, quia & nomen liberorum amiserunt, ut cesset ratio naturalis & æquitas edicti, *l. 4. unde liberi, l. 1. §. & sui 6. l. 3. §. 2. cont. tab.* Et igitur nec testamento facto præteriti contra tabulas admittuntur. Hoc *text. & §. eadem 12. inf. de her. quæ ab int.* nec ad bonorum possessionem unde liberi ab intestato, *l. 1. §. liberos 6. d. l. 4. unde lib. §. minus ergo 9. & d. §. eadem, inf. de her. ab int.*

Quamdiu sunt in adoptiva familia, extraneorum numero] Liberi adoptati quamdiu sunt in familia adoptiva, jus liberorum non habent in familia patris naturalis; sed huic interim intelliguntur esse extranei non tantum jure civili, verum etiam eo jure, quod pertinet ad edictum prætoris. Etenim prætor abunde eos habere censuit in familia patris adoptivi, cui jure civili succedunt, unde jacturam bonorum patris naturalis sarciant; absurdum autem esse, unum atque eundem jus filii cum effectu succedendi obtinere in bonis duorum patrum. Quamobrem, qui in adoptiva familia sunt, quo tempore naturalis parens moritur, ii præteriti, neque jure civili testamentum nullum dicere possunt, nec jure prætorio bonorum possessionem contra tabulas petere, nec quasi liberi ab intestato, §. *at hi. 10. cum seqq. inf. de her. ab int. fac. l. ult. unde lib.* tantum tertio ordine hoc casu admittuntur, ut cognati, §. *admonendi 13. d. tit.*

Cum emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiunt, &c.] Quoniam emancipati à patre adoptivo nihil in ejus familia juris retinent, uti modo relatum est, ne utriusque parentis successione fraudentur, voluit prætor eos jus familiæ naturalis recuperare, *d. l. 4. unde lib.* hoc est, eo jure haberi, ac si à vero & naturali patre emancipati essent, inque eo statu semper mansissent, ut nisi heredes instituti aut exheredati fuerint, bonorum possessionem contra tabulas petere possint. Nec interest, utrum qui à naturali parente in adoptionem datus sit, an qui emancipatus ab eo ipse se adrogari fiverit, postea iterum à patre adoptivo emancipetur; dum tamen vivo adhuc parente naturali. Quod omnino addendum est, *d. §. at h. 10. inf. de her. quæ ab int. def.*

TEXTUS.

Jus Novum.

5. *Sed hæc quidem vetustas introducebat. Nostra vero constitutio inter masculos & fœminas in hoc jure nihil interesse existimans; quia utraque persona in hominum procreatione simili naturæ officio fungitur, & lege antiqua duodecim tabularum omnes simpliciter ad successionem ab intestato vocabantur, quod & prætores postea sequuti esse videntur: ideo simplex ac simile jus, & in filiis & in fialibus & in cæteris descendentibus per virilem sexum personis, non solum jam natis, sed etiam posthumis, introduxit; ut omnes sive sui sive emancipati sint, vel heredes instituantur, vel nominatim exherendentur: & eundem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda, & hereditatem auferendam, quem filii sui vel emancipati habent, sive jam nati sint, adhuc in utero constituti, postea nati sint. Circa adoptivos autem filios certam induximus divisionem, quæ in nostra constitutione, quam super adoptivis tulimus, continetur.*

NOTÆ.

5. *Nostra constitutio*] *l. 4. C. h. t.* ex qua petenda interpretatio hujus §.

Lege 12. tabularum] *l. 14. Cod. de legit. her.* ubi hæc eadem iisdem fere verbis exponuntur.

Per virilem sexum] Quippe matri & avo materno in causa institutionis & exhæredationis liberi extranei sunt tam jure prætorio, quam civili, *inf. §. ult.*

Ut omnes] Tam filiæ & nepotes neptesque quam filii: & tam nasciturі, quam jam nati. Tollitur igitur hic differentia, quæ oriebatur ex sexu & gradu tam in suis, *sup. in pr.* quàm emancipatis, *sup. §. 3.* tam in jam natis, quam in postumis, §. 1. *sup.* Differentia autem inter suos & emancipatos non tollitur, hoc est, emancipati liberi non exæquantur suis, ut & ipsis præteritis testamentum jure non subsistat.

In utero constituti] Ut & filiæ postumæ non nominatim exhæredatæ agnascendo rumpant, licet legatum acceperint: quod secus erat jure antiquo, §. 1. *sup.*

COMMENTARIUS.

1. *Sublatio differentiæ circa effectum præteritionis & modum exhæredationis liberorum, ratione sexus.*
2. *Eorundem circa eadem exæquatio ratione graduum.*
3. *Sublatio discriminis, quod circa eadem erat in sexu inter posthumos.*
4. *Falli qui putant hoc §. tolli differentiam suorum & emancipatorum.*
5. *Quid novi circa liberos adoptivos induxerit Iustinianus.*

HUc usque relatio juris antiqui: sequitur novum introductum constitutione Justiniani, quæ extat, *l.ult. Cod. hoc tit.* qua illa constitutione sustulit veterem in re, de qua disputamus, differentiam, sexus & gradus liberorum, natorum & posthumorum; jussitque omnes, sive mares sint, sive fœminæ, sive filii, sive nepotes, sive jam nati, sive adhuc nascituri, æquabiliter vel institui vel exheredari, sive de jure civili quæratur, sive de jure prætorio. Triplicem autem hoc loco causam affert, quo motus novum hoc jus constituerit; quæ tamen in summa una est, favor sexus fœminei.

Quia utraque persona simili naturæ officio] Prima ratio introducendi novi juris, quod fœminæ in procreatione liberorum eodem cum maribus officio naturæ fungantur. Et ideo in constitutione sua insurgit in auctores istarum differentiarum, quasi naturæ accusatores existant: quæ cur, inquit, non totos masculos generavit, ut unde generentur, non fiant Cæterum ut demus hoc verum esse, & utique hoc verum est, naturam utroque sexu ad conservationem humani generis æqualiter indigere: ratio tamen hæc tanti non est, ut propter eam jus vetus tanquam iniqvum mutari debuerit: sane non ideo dicendus est naturam accusare, qui masculos à fœminis in successione parentum sive testamentaria sive ab intestato secernit: alioqui & ipse naturæ auctor accusandus fuerit, qui filio superstite à successione patris excludit filiam. *Num.27.v.8.* Sunt enim & alia, maximeque jura familiæ & agnationis, ob quæ meliore conditione mares esse in causa successionis, quam fœminas, iniqvum non est.

Et lege antiqua 12. tabb. omnes similiter] Ratio altera, qua argumentando à successione ab intestato ad testamentariam novi sui juris æquitatem commendat. Notum autem est, leg. 12. tabb. in successione liberorum ab intestato nullum discrimen in sexu agnoscere, filiasque non minus, quam filios ad hereditatem intestati parentis vocare. Quin & nepotes neptesque ex filio, qui in potestate sunt, si filius suus heres esse desiit, *l.1. §.2. & 4. de suis & legit. §.2. & 6. inf. de her. ab int.* & tamen distinctio inter sexum & gradum testamento facto est ex ratione ejusdem legis, *arg. l. 8. §.1. de injust. rupt. testam.* & certe plus est evertere testamentum, quam jus succedendi ab intestato habere. Ait, *Quod & prætores postea secuti videntur.* Scilicet in danda bonorum possessione ab intestato: nam testamento facto filiabus inter cæteros exheredatis contra tabulas bonorum possessionem nec prætor dedit, non magis quam emancipatis aut filiabus posthumis, quibus inter cæteros exheredatis legatum adscriptum erat, *§.1. & 3. sup. junct. l.8. in pr. cont. tab.*

Et in filiis & in filiabus & in cæteris, non solum jam natis, sed etiam posthumis] His verbis tollitur tota illa veteris juris differentia circa effectum præteritionis & formam exhæredationis, quæ præcedentibus §§. ex eo jure relata est. Et primùm exæquantur liberi in 1 sexu, (pertinent autem hæ exæquationes ad utrumque jus, prætorium & civile) jubenturque tam filiæ quàm filii, si hæredes non instituantur, nominatim exhæredari: præteritis aut non nominatim exhæredatis datur idem jus ad infirmandum patris testamentum, quod filii sui vel emancipati præteriti aut non nominatim exhæredati, illi jure civili, hi jure prætorio habent. Filiabus igitur, quæ in potestate sunt, præteritis jus testamentum nullum dicendi; emancipatis evertendi per bonorum possessionem contra tabulas. Itaque quod in *pr. hujus tit.* ex jure veteri traditum est, filiabus, quæ in potestate erant, præteritis testamentum non fuisse nullum, sed præteritas salvo testamento ad certam portionem accrevisse hæredibus scriptis, hic jam abrogatur, & testamentum jubetur esse inutile. Uti & illud, quod eodem loco refertur, potuisse & inter cæteros filias hasce exhæredari, eo scilicet effectu, ut & jus civile eas repelleret à jure accrescendi, & prætor à bonorum possessione contra tabulas, *l. 8. cont. tab.* Nullumque aliud remedium eis superesset, præter unum querelæ inofficiosi, *arg. d. l. 8. junct. §. ult. inf. hoc tit.* Nunc enim post constitutionem Justiniani etsi exhæredatæ sunt, dum tamen non nominatim, sed inter cæteros, testamentum jure civili non magis subsistit, quam si filius inter cæteros exhæredatus sit; patebitque eis, ut præteritis, etiam prætorium, quod dixi, remedium, cessante querela inofficiosi testamenti, *d. l. 8. §. 2. cont. tab. junct. §. 2. inf. de inoff. test.* Denique & illud, quod prætori satis erat ad denegandam filiabus emancipatis bonorum possessionem contra tabulas, si inter cæteros essent exhæredatæ: nunc enim tanquam præteritæ à prætore admittendæ sunt instar filiorum emancipatorum, quos non nominatim exhæredatos pro præteritis & olim prætor habuit, *§. emancipatos sup. eod.* Secundo tolli- 2
tur differenria graduum, liberique secundi gradus & inferiorum æquantur liberis primi gradus, hoc est, nepotes & deinceps per virilem sexum descen-

dentes filiis, quoad utriusque juris effectum. Ac proinde quemadmodum filii sui, ita & sui nepotes & deinceps vel instituendi sunt, vel nominatim exhæredandi, iisque præteritis aut non nominatim exhæredatis, perinde testamentum ipso jure nullum erit, ac si filius, qui in potestate est, præteritus aut non nominatim exhæredatus esset: cessatque jus vetus accrescendi, quod manente testamento nepotibus quoque suis præteritis dabatur, *d. pr. hujus tit.* & prætor etiam generali tantùm clausulâ exhæredatos tanquam præteritos nunc agnoscit. Deinde ut filio emancipato non instituto neque nominatim exhæredato prætor dat bonorum possessionem contra tabulas, ita & natis ex eo, qua pater eos non præcedit. Per *l. 3. in pr. & §. 3. cont. tabul.*
3 Tertio tollitur differentia inter natos & posthumos, & simul quæ in sexu quoque erat inter ipsos posthumos, jubenturque & filiæ posthumæ & neptes ex filio institui aut nominatim exhæredari, perinde ut liberi jam nati, & posthumi masculi: idemque jus datur filiabus & neptibus posthumis præteritis vel non specialiter exhæredatis, quod posthumi masculi habent, scilicet ut agnascendo testamentum rumpant, etiamsi legatum acceperint: quod secus erat jure veteri, *§. 1. sup. eod.* quo jure cum nec prætor bonorum possessionem contra tabulas daret, *d. l. 8. cont. tab.* necessaria hoc casu erat posthumis fœminis querela inofficiosi testamenti, *§. 2. inf. de inoff. testam.* nunc autem & jure civili tanquam præteritæ rumpunt, & à prætore non negliguntur. Atque hanc esse hujus loci sententiam cum sequentia demonstrant, tum apertissimè *dict. l. ult. vers. sancimus, & seq. C. hoc tit.*

Vt omnes sive sui, sive emancipati sint, &c.] Hallucinatur *Bart. in auth. ex causa, Cod. hoc tit.* & cum eo ferè interpretes vetustiores, qui teste Curtio Jun. *in d. auth. num. 43.* & Jul. Claro *§. testamentum, quæst. 42. num. 2.* tolli quoque hoc loco putant differentiam liberorum suorum & emancipatorum. Palàm enim est his verbis, *ut omnes, sive sui sive emancipati, eundem habeant effectum, quem filii sui vel emancipati habent*, non comparari emancipatos cum suis, sed cum filiis suis cæteros suos liberos, cum filiis emancipatis cæteros emancipatos eorumque masculorum liberos, cum sexu virili sexum fœmineum, cum gradu primo gradus inferiores: ac proinde non hoc velle Justinianum, ut emancipati sublata necessitate auxilii prætorii redigantur ad conditionem filiorum suorum: verùm ut filiæ, nepotes, neptes, & deinceps per virilem sexum descendentes, redigantur ad conditionem filiorum, sui & suæ ad suorum, & jus, quod illi habent jure civili; alii aliæve ad emancipatorum, & jus, quod illi habent jure prætorio; ut sui suæve, præteriti præteritæve, aut nominatim non exhæredati exhæredatæve, adinstar filii sui testamentum ipso jure evertant, alii aliæve adinstar filii emancipati per contra tabulas bonorum possessionem stare hoc non patiantur. Quibus ferè verbis ipse Justinianus utitur in *d. sua constitutione. vers. sancimus.* Thalelæus ad *l. 1. §. 1. C. comm. de man.* ibi, *in aliis penè omnibus nulla est inter liberos discretio.* Καλῶς εἶπε, τὸ σχεδὸν, ἐπειδὴ οἱ μὲν ὑπεξούσιοι, præteriti γινόμενοι ἀφανίζουσι παντελῶς τὴν διαθήκην, οἱ δὲ emancipati, contra tabulas ἔχουσιν. Nihil pro Bart. facit, quod Justinianum impulit ad novi Juris constitutionem simplex & æquale liberorum jus in successione ab intestato. Imò contra. Nam ut in causa intestati lex duodecim tabularum non distingvebat sexum & gradum in suis, prætor non distingvebat in emancipatis: ita nunc simpliciter in causa testamenti eandem vult servari simplicitatem jure civili in suis, jure honorario in emancipatis. Igitur nec in successione ab intestato par conditio emancipatorum & suorum fuit, nec par hic facta est à Justiniano. Et alioqui sequeretur, nepotem ex filio emancipato in potestate retentum post constitutionem Justiniani non potuisse amplius succedere in locum patris sui, & jura suorum hæredum nancisci in familia avi, nec ab avo præteritum rumpere testamentum. Quæ omnia perspicuè falsa esse constat. Et demùm longo tempore post in successione ab intestato Justinianum emancipatos suis exæquasse apparet ex *Nov. 118. cap. 1.* quæ tamen exæquatio sic rectè accepta est, ut nihil amplius tribuat emancipatis, quàm ut jure civili hæreditatem capere possint citra beneficium prætoris; non ut ipso jure, ut sui, heredes existant; sed ut fiant heredes hereditatem adeundo, sicut extranei: nec tamen hoc trahendum esse ad successionem testamentariam, inde colligo, quod testamentũ ipso jure evertere majus aliquid sit, quam ut non suis hæredibus præteritis concedi debet.

Circa adoptivos certam induximus divisionem] *L. pen. C. de adopt.* Cujus sententia refertur *§. 2. sup. de adopt.* Et iterum plenius *§. sed ea 14. inf. de hær. quæ ab intest.* Quid, quamobrem, hîc Imperator constituerit, tribus verbis indicabo. 5
Olim qui à patre naturali in adoptionem dabantur, transibant sine ulla distinctione in familiam & potestatem patris adoptivi: unde, quamdiu constabat adoptio, pro extraneis erant patri naturali, in tantum, ut nec à prætore jure liberorum censerentur, sed cognatorum duntaxat. Emancipati autem à patre adoptivo recipiebant jus naturale liberorum, quod beneficio prætoris habent emancipati à patre naturali, dum in eo statu manent: cæterum hoc ita, si vivo adhuc patre naturali emacipati erant, non si post mortem ejus, uel egitimis aut scriptis hæredibus semel delata

aut

aut quæsita hæreditas auferretur, *§. at hi. 10. inf. de hær. ab int.* Unde cum fieri posset, ut hic filius utriusque patris hæreditate excideret; patris naturalis, quod eo moriente adhuc esset in familia adoptiva; & simul etiam patris adoptivi, si postea emanciparetur: huic incommodo à Justiniano occursum est, cautumque ne liberi à patre naturali in adoptionem dati jus successionis, aliudve jus ullum, in familia ejus amittant, neve transeant in potestatem patris adoptivi, extra quam si avus nepotem ex filio emancipato in adoptionem acceperit. Hoc constituto jam per se intelligitur, ei, qui extraneum adoptaverit, nullam necessitatem imponi hunc vel instituendi vel exhæredandi, sive jus civile, sive prætorium consideres, sive etiam extraordinarium remedium querelæ inofficiosi: sed patri naturali, in cujus potestate manet: qui autem nepotem adoptat, cum debere hunc instituere vel nominatim exhæredare, perinde ut anteà juris erat in omnibus adoptivis; & denique hunc nepotem patri suo naturali interim pro extraneo esse; *§. præc.* Hæc autem ad nos non pertinent, quibus adoptionum jura incognita, *vid. sup. de adop.* Sed neque necessitatem exhæredandorum liberorum naturalium, si hæredes non instituantur, agnoscimus; quoniam suos hæredes non habemus: valetque in his regionibus testamentum ipso jure, etiamsi filius in eo præteritus sit: eique duntaxat succurritur remedio querelæ inofficiosi. *Gudelin. lib. 2. de jur. nov. c. 5. Grot. lib. 2. manud. cap. 18.* de quo plura alibi.

TEXTUS.

De testamento militis.

6. Sed si in expeditione occupatus miles testamentum faciat, & liberos suos jam natos vel posthumos nominatim non exheredaverit, sed silentio præterierit, non ignorans, an habeat liberos, silentium ejus pro exheredatione nominatim facta valere, constitutionibus Principum cautum est

NOTÆ.

Constitutionibus Principum] Gordiani in *dict. l. 9.* & Philippi in *l. 10. C. de test. mil.*

COMMENTARIUS.

1. *An testamentum militis subjaceat querelæ inofficiosi.*

Militibus jure militari testantibus non solum remissæ sunt solennitates illæ externæ, numeri testium, rogationis, obsignationis, subscriptionis, contextus, quas cives omnes jure communi testamentum facientes observare tenentur: sed etiam intrinseca hæc, quæ ad parentes testantes pertinet, liberorum scilicet vel institutio vel exhæredatio; placetque præteritionem militis, dum non ignoret se liberos habere, aut uxorem prægnantem esse, obtinere vim exhæredationis, *l. 9. & l. seq. C. de test. mil.* ad quem effectum respiciens Ulpianus, dixit, militem silentio exhæredare, *l. 12 de bon. libert.* Ait, *in expeditione occupatus.* Igitur extra & citra expeditionis necessitatem si miles testamentum faciat, quia id juxta regulas juris communis ordinare debet, præteritio ejus pro exhæredatione non erit, neque civili jure, neque prætorio. Non obstat, quod rescriptum est *l. 9. C. de inoff. test.* filios queri non posse de inofficioso testamento militis vel jure militari vel civili facto. Nam ut de inofficioso agi possit, necesse est, ut testamentum rectè factum sit & jure subsistat: at testamentum jure communi factum non subsistit, in quo liberi præteriti sunt, aut sie de emancipatis quæratur, necesse est, ut prætor eos non agnoscat; si de posthumis, ut nati non rumpant, *§. 2. inf. de inoff. test.*

Non ignorans, an habeat liberos] Quod militis præteritio pro exhæredatione habeatur, voluntati ejus tributum est, quæ sola testamentum sustinet & pro jure servatur, *l. 1. de test. mil. l. 1. C. eod.* Ut autem voluntas exhæredandi obscura non est, ubi quis scit se habere liberos, iisque silentio præteritis alios hæredes instituit; ita contra deesse illa voluntas intelligitur, ubi cum id nesciret, fortè quod falso rumore perlatum esset, eos in rebus humanis esse desiisse, alios scripsit. Quod ex communi parentum omnium erga liberos affectu sumitur, quasi quod omninò credendum est, si scivisset se habere liberos, eos ipsos, non alios sibi hæredes scripturus fuisset, *d. l. 9. & l. seq. C. eod. tit. l. si filiusfam. 33. §. 2. eod.* Quapropter pro diversitate liberorum per ignorantiam à milite præteritorum, aut testamentum hoc nullum dici poterit, aut rescindetur remedio prætorio, aut rumpetur agnatione, & in tantum, ut nec legata ex eo præstanda sint, *l. militis 36. §. 2. de test. mil.*

Pro exheredatione nominatim facta] Sequitur ergò nec liberos suos scienter à patre milite præteritos testamentum posse nullum dicere, nec emancipatos admitti ad bonorum possessionem contra tabulas, nec posthumum præteritum agnoscendo rumpere. An ne igitur saltem querela inofficiosi dabitur, quod unum est exheredatis perfugium? Nequaquam, *l. si instituta 27. §. 2. de inoff. test. l. 9. l. testamentum 24. l. ult. C. eod.* Plane legitimam eos petere posse per condictionem ex lege, *argum. auth. Presbyteris C. de Episc. & Cler.* Glossa & Cyn. *in d. l. 9.* tradiderunt. Hoc autem totum jus cum sit singulare & militum duntaxat ex privilegio, nulla ratio est, 1

quam-

quamobrem cum Claro, §. *testamentum*, q. 40. *n*. 6. *Graff.* §. *testamentum*, *q*. 7. *n*. 3. & interpp. vulgò dicamus, id sublatum esse *Nov*. 115. *c*. 3. generalique constitutione etiam milites & militaria testamenta contineri, hoc est, eos etiam jure militari testantes redigi ad conditionem paganorum, quantum pertinet ad necessitatem institutionis aut exhæredationis liberorum. Quod etiam D. Viglius hic, post Lud. Roman. *in d.l.* 9. observavit, & tandem re diligenter inspecta probat. *D. Tulden. in C. de testam. milit. n.* 6. item *D. Perez. ibid. n.* 12. *add. Vasq. lib.* 3. *de success. creat.* §. 24. *n*. 51.

TEXTUS.

De Testamento matris, aut avi materni.

7\. *Mater vel avus maternus necesse non habent, liberos suos aut hæredes instituere, aut exhæredare: sed possunt eos silentio omittere. Nam silentium matris aut avi materni, & cæterorum per matrem adscendentium tantum facit, quantum exhæredatio patris. Neque enim matri filium filiamve, neque avo materno nepotem neptemve ex filia, si eum eamve hæredem non instituat, exhæredare necesse est, sive de jure civili quæramus, sive de edicto prætoris, quo prætor præteritis liberis contra tabulas bonorum possessionem promittit: sed aliud eis adminiculum servatur, quod paulò post vobis manifestum fiet.*

NOTÆ.

Silentium matris, &c. tantum facit] Et hoc etiamsi mater ignoraverit se liberos habere. Sed hoc casu legata & libertates non intercidunt, quia color dementiæ hîc obtendi nequit, *l*. 27. §. *ult. & l. seq. de inoff. test.*

Sive de jure civili] Quo jure soli sui hæredes præteriti, sive quod nunc idem valet, non nominatim exhæredati testamentum tollunt aut rumpunt, §. 5. *sup.*

Edicto prætoris] Quo liberi emancipati, sive qui sui esse desierunt, præteriti, vocantur ad contra tabulas bonorum possessionem; non qui nec sui sunt, nec esse desierunt, *d*. §. 5. *l*. 1. *l*. 4. §. 2. *cont. tab.*

COMMENTARIUS.

1\. *Quod matris præteritio vim exhæredationis habeat, id facere conditionem liberorum.*
2\. *Propter eandem conditionem præteritos à matre jus antiquum scriptis accrescendi non habuisse.*
3\. *Explicatus locus Pauli l.* 4. §. 2. *cont. tab.*
4\. *Quodnam sit illud adminiculum, cujus in calce hujus text. sit mentio.*

Quod militis præteritio vim exhæredationis 1 habet, ex privilegio est; quod matris & avi materni, facit liberorum conditio, qui matri & avo materno jure civili pro extraneis sunt, §. 3. *infr. de hær. qual.* Nimirum lex civilis, quæ magis familiarum conservationem spectavit, quam naturam, non eodem modo materna bona liberis addicit, ut paterna; non sic ut filius maternæ quoque dotis vivâ adhuc eâ dominus quodammodo existat, uti bonorum patris est. Quapropter si ea alium hæredem instituat filio præterito, nullam quod ad eam legem attinet, injuriam filio facit; cum suum ei non adimet; & ideò frustrà etiam requiratur exhæredatio; imò nec propriè dici possit filium exhæredare, cum exhæredare sit suam filio hæreditatem adimere: siquidem ubi non est habitus, ibi non potest esse privatio. Igitur quia mater suos hæredes non habet, & nepotes ex filia non sunt sui hæredes avo, ideò silentium matris & avi materni tantum facit, quantum exhæredatio patris. Et hoc etiamsi ignoraverint se liberos habere, contra quam in milite prætereunte jus est, *l. si instituta* 27. §. *ult. & l. seq. de inoff. test. facit huc l*. 4. §. 2. *de bon. poss. cont. tab. l. nulla* 13. *de suis & legit. hær.*

Sive de jure civili] Quia, uti diximus, non sunt sui hæredes, hoc est, non tales, qui vivo adhuc parente jus aliquod habeant, quod post mortem illius in iis continuetur, nisi expressè exhæredes esse jussi sint: *l. in suis, hoc tit.* Quamobrem nec ad jus civile antiquum pertinent, quo solus filius suus præteritus testamentum infirmabat, cæteri liberi, sed sui item duntaxat, præteriti, portionem scriptis hæredibus accrescendo auferebant: *sup. pr. hujus tit.* nec ad jus novum, quo omnes quidem liberi sui, sed soli præteriti, sive quod nunc idem valet, non nominatim exhæredati, nullum dicunt aut rumpunt, §. *sed hæc* 5. *sup. eod.*

Sive de edicto prætoris] Paulus *l*. 4. §. 2. *cont. tab.* scribit, edictum contra tabulas bonorum possessionis 2 non pertinere ad testamenta fœminarum, addita hac ratione, quia fœminæ suos hæredes non habent. Quæ tamen ratio videri potest non esse sufficiens: non enim ad suos tantum hæredes, sed etiam ad emancipatos, quos constat suos hæredes non esse, & vel maxime, id edictum pertinet; utpote quorum causa principaliter comparatum est, §. 3. *sup eod.* Verum amplius quid significare Paulus voluit, nempe 3 edictum istud non pertinere ad eos liberos non suos, qui & nunquam sui fuerunt: matrem autem, ut suos hæredes non habet, ita nec posse desinere, habere; quod idcirco etiam à Gajo expressum videtur.

tur *l. nulla 13. de suis & legit her.* Nimirum prætor, quo minimum à ratione juris civilis recederet, eorum duntaxat, qui ex masculis progeniti essent, rationem habuit, & jus suitatis, quod emancipatis abstulerat capitis deminutio, rescissa ea restituit, *l. 6. §. 1. de bon. poss.* Atque ita jus à se introductum specie quadam suitatis coloravit, cujusmodi colore tegere ex fœminis natos non potuit.

Aliud eis adminiculum servatur] Potuisset totidem verbis adminiculum istud indicare. Intelligit autem querelam inofficiosi testamenti. Quod remedium cum initio tantũ competeret liberis, qui eo quod à patre exhæredati essent, neque civili jure, neque prætorio testamentum turbare poterant, *l. 8. in pr. cont. tab.* postquam ex Senatusconsulto Orficiano etiam matris successio liberis delata est, datum quoq; est exhæredatis, sive, quod hic eandem vim habet, præteritis à matre, suadente id eadem pietatis ratione. Agitur de hoc remedio *inf. tit. 18.* quo loco simul discemus, id etiam parentibus inique exhæredatis vel præteritis, nonnunquam & fratribus dari. Cætera quoque in eundem locum examinanda rejicimus, quæ ab interpretibus disputari solent; veluti, an adhuc post *Nov. 115. cap. 3.* præteritio matris & per matrem adscendentium pro exhæredatione sit; an liberis à patre præteritis testamentum adhuc sit irritum tam quod ad legata & cæteros articulos, quam quod ad institutionem: an formæ exhæredationis aliquid adjectum, quo non observato testamentum, quod jure veteri substitisset, nunc sit nullum; aliaque ex eodem fonte manantia: & postremo etiam jus harum & vicinarum regionum, quod etiam à novissimo Justinianeo, quoscunque interpretes sequare, multum ostendimus recedere.

Titulus XIV.

D. Lib. 28. Tit 5. Cod. Lib. 6. Tit. 24.

De hæredibus instituendis.

Ratio dispotionis, & argumentum tituli.

Dictum hactenus de iis rebus, quas parentes cavere debent & testamento suo complecti, si id justum ratumque esse velint: sequitur nunc ipsum testamenti formale, hæredis scilicet institutio. Ea caput & fundamentum testamenti esse dicitur, *§. ante 34. inf. de legat.* propterea quod sine ea testamentum consistere non potest. Dicitur & testamentum ex ea sola robur ac firmamentum capere; quia ad vim testamenti nihil aliud requiritur, quam ut quis hæres institutus sit; utique extra necessitatem instituendi aut exhæredandi certas personas. Inde dictum, eum, qui neque legaturus quid est, neque quenquam exhæredaturus, posse tribus verbis testamentum facere, ut dicat, *Lucius hæres esto, l. 1. §. 3. hoc tit.* Hæredem instituere, est scribere vel nuncupare testamento, quem tibi velis bonorum & universi juris successorem esse. Quibus verbis institutio fiat, parum refert, modo per ea liqueat voluntatis intentio, *l. quoniam 15. C. de testam.* quo loco Constantinus abrogat differentiam, quam faciebat antiquitas inter verba directa & inflexa, auctore *Ulp. tit. 21.* Titulus hic noster tres partes continet; quarum in prima agitur de iis, qui hæredes institui possunt; in altera de quota hæreditatis, quam vel unus vel plures instituti habere debeant ex ratione juris aut voluntate defuncti; in tertia de forma seu modo instituendi, atque iis, quæ institutioni bene aut perperam adjiciuntur.

Textus.

Qui possunt hæredes institui.

Hæredes instituere permissum est tam liberos homines, quam servos; & tam proprios, quam alienos. Proprios autem olim quidem secundum plurium sententias non aliter, quam cum libertate, recte instituere licebat. Hodiè verò etiam sine libertate ex nostra constitutione eos hæredes instituere pemissum est. Quod non per innovationem induximus, sed quoniam æquius erat, & Atilicinio placuisse Paulus suis libris, quos tam ad Masurium Sabinum, quàm ad Plautium scripsit, refert. Proprius autem servus etiam is intelligitur, in quo nudam proprietatem testator habet, alio usumfructum habente. Est tamen casus, in quo nec libertate utiliter servus à domino hæres instituitur, ut constitutione divorum Severi & Antonini cavetur. Cujus verba hæc sunt: Servum adul-

terio maculatum non jure testamento manumissum ante sententiam ab ea muliere videri, quæ rea fuerat ejusdem criminis postulata, rationis est. Quare sequitur, ut in eundem à domina collata hæredis institutio, nullius momenti habeatur. *Alienus servus etiam is intelligitur, in quo usumfructum testator habet.*

NOTÆ.

Hæredes instituere] Scribere vel nuncupare *l.* 1. §. 1. *D. eod.* Est autem hæredis institutio caput & fundamentum testamenti, §. 34. *inf. de legat.* neque enim sine ea testamentum potest consistere §. 2. *inf. de fid. hær.* Quibus verbis nunc fiat, parum refert, modo per ea liqueat voluntatis intentio, *l.* 15. *Cod. de testam.*

Quam alienos] Si modo eorum servi sint, quos ipsos hæredes instituere possumus: nam ex persona domini cum servis testamenti factio est, *d. l.* 31. Ulp. *tit.* 22. §. 8. *l.* 12. §. 2. *de legat.* 1.

Sine libertate] Ita & *sup.* §. 2. *qui & ex quib. caus. man.* id est, omissa libertatis datione. Constitutio extat in *l. pen. C. de serv. nec. hær.*

Non per innovationem] Quia jam olim idem quibusdam placuerat, ut mox subjicit. Quod autem obtinet, ex nova est Justiniani humanitate. Ita concilia hunc locum cum *d.* §. 2.

Adulterio maculatum] Apud Marcian. *l.* 48. *h. tit.* Unde hic locus descriptus, legitur *accusatum*. Sed legendum arbitror *maculatum*, ut hic; ne obstet *l.* 8. *Cod. ad leg. Jul. de adult.* Græci quoque ἔνοχεν ὄντα τῇ μοιχείᾳ, non κατηγορημένον. Et ad *l.* 1. *C. qui non poss. ad lib.* ὑπονοηθέντα ἐπὶ τῇ μοιχείᾳ, *suspectum, &c.*

COMMENTARIUS.

1. *Qui olim & in quantum hæreditatem capere non potuerint.*
2. *Qui & in quantum hodie hæredes institui vetentur.*
3. *Institutionem servi alieni sustineri ex persona domini, proprii ex consequentia libertatis.*
4. *Quid juris in servo communi ab uno è dominis hærede instituto.*
5. *Quid in instituto à domino nudæ proprietatis.*
6. *Quam rationem habeat casus specialis hic relatus.*
7. *Quid si servus hæres institutus sit à fructuario.*

T*Am liberos homines, quam servos*] Ὑστερολογία: nam dicendum potius erat, *tam servos, quam liberos*, hoc est, non minus servos, quam liberos; quomodo hoc expressit Cajus *l. non minus* 31. *hoc tit.* quoniam de liberis res certior. De liberis autem hominibus nihil amplius hic traditur, quam quod hæredes institui possunt. Et an ergo possunt omnes promiscue & sine exceptione? nequaquam. Nam primum illi soli ex hominibus liberis institui possunt, qui sunt cives Romani: peregrini non possunt, sive semper tales fuerint, sive per sententiæ severitatem ad peregrinitatem redacti sint, *l.* 6. §. 2. *hoc tit. l.* 1. *Cod. eod. fac. l. sunt quidam* 17. §. 1. *de pœn.* Peregrinorum numero erant & deditii; erat & Latinus Junianus, nisi quod hic capere hæreditatem poterat, si mortis testatoris tempore civis Romanus factus esset, Ulp. *tit.* 22. §. 1. & 2. Cæterum Justinianus differentias Libertinitatis sustulit, data libertinis omnibus civitate, §. *ult. sup. de libert.* Sed nec qui cives sunt, omnes institui aut olim poterant, aut nunc possunt. Lege Voconia cautum erat, ne, qui census esset, virginem, neve mulierem supra quadrantem suorum bonorum hæredes institueret, *Cic. Verrin.* 3. *de præt. urb. & in orat. pro Balb. Dio. lib.* 56. *Gell. lib.* 20. *c.* 1. Lege Julia de maritandis ordinibus vetabantur cœlibes, nisi qui genere essent proximi, quicquam ex testamento civis Romani capere, Ulp. *d. tit.* §. 2. ita tamen, nisi intra centum dies legi parerent, hoc est, matrimonium contraherent: idem Ulp. *tit.* 17. Eadem lege vetabantur orbi plus capere ab extraneo, quam dimidiam partem eorum, quæ relicta erant; pars altera fiebat caduca, id est, fisco cedebat. Lege decimaria non amplius, conjugi ex conjugis testamento capere licebat, quam relictorum partem decimam, idem Ulpian. *tit.* 15. & *seq.* Hinc natæ cautiones illæ de instituendis in tempus capiendæ hæreditatis iis, qui vel omnino quicquam, vel solidum ex testamento capere legibus istis prohibebantur, *vid. l. in tempus* 62. *l. qui non vult.* 78. §. *ult. hoc tit. l. cum ei* 24. *l. si Titio* 55. §. 1. *de legat.* 2. *l.* 6. *l.* 11. *de vulg. & pup. subst. l.* 16. §. *si qui* 15. *ad senat. Treb. l.* 13. §. *ult. de jur. fisc. cum similib.* quæ nisi hinc lucem accipiant, intelligi non possunt. Postea pœnæ cœlibatus, orbitatis, & leges decimariæ sublatæ sunt, *l.* 1. & *l.* 2. *C. de infirm. pœn. cœlib.* Quæ autem incestis nuptiis sese polluerunt, illi nec hodie aut se mutuo, aut propudiosam sobolem instituere possunt, *l.* 6. *C. de incest. nupt.* nec mulier adulterum suum, aut hic illam *l.* 13. 14. *de his quæ ut indign. Add. D. Christin. vol.* 1. *d.* 200. Liberi naturales ex concubina nati, qui olim non minus, quam cæteri cives, non ab extraneis tantum, sed etiam à patre, idque in solidum, hæredes institui poterant, *l. Lucius* 45. *de vulg. & pup. l.* 16. §. 1. *de his quæ ut indig. l. ult. de jur. de lib.* (*vid. Palæot. de noth. spuriisq. fil. c.* 35. & *seq.* & contra sentientes *Alciat.* 4. *parerg.* 5. *Ant. Fab. jurisp. tit.* 9. *pr.* 2. *ill.* 1.) ex constitutione Justiniani *Nov.* 89. *c.* 12. unde *auth. licet C. de nat. liber.* unicam,

uni cam tantum unciam ex patris testamento capere possunt, si superstites sint liberi legitimi; octo uncias, si soli superstites testatori parentes. Qua in re mitior Justinianus erga liberos naturales fuit, quam Constantinus *l.1. C. de natur. lib.* aut etiam Arcadius & Honorius *l.2. C. eod. vid. Grass. §. institutio quæst.7. Palæot. d. loc.* Constitutione Leonis & Anthemii vetatur conjux conjugi secundo plus relinquere, quam uni ex liberis prioris matrimonii, & quidem cui minimum relinquit, *l. hac edictali 6. C. de sec. nupt.* Porro Principem Christianorum constitutionibus vetantur hæredes institui apostatæ, *l.3. C. de apostat.* idem hæretici *l.4. C. de hæret. & Manich.* quod tamen non de omnibus, qui pro orthodoxis habiti non sunt, accipiendum esse arguit constitutio Justiniani *Nov.115. c.3.* ubi ἑτεροδοξίαν ponit inter justas causas exhæredationis, & exclusionis à successione ab intestato.. Rationis autem est, ut qui ab intestato succedere potest, etiam hæres rectè institua tur. Hæc non debuerat Tribonianus intacta relinquere, qui de servis tam accuratè disserit.

Et tam proprios, quam alienos] Cum servis, qua servis, non est testamenti factio, sed quatenus per eos hæreditas perventura est ad cives Romanos, aut ipsi cives futuri. Igitur in servo alieno persona domini spectatur, & sustinetur institutio, si dominus civis Romanus sit, & jus capiendæ hæreditatis habeat, perinde quasi ipse per servum institueus esset, *l. non minus 31. l. si paterfam. 40. hoc tit. l.10. de acq. rer. dom.* Quod si mihi cum domino non sit testamenti factio, puta quia peregrinus est, aut capere ex meo testamento vetatur, nec cum servo ejus erit, *arg. d. l. non minus hoc tit. fac. l.12. §.2. de legat. 1. l. si Titio. 55. §.1. de legat. 2. Vlp. tit. 22. §. alienos 8.* Vide tamen, quæ notamus ad *§. in extraneis 4. inf. de hær. qual. & diff.* In servo autem proprio institutio eadem ratione defendi non potest, ut scilicet dicamus, eam sustineri ex persona domini; quippe qui ipse testator est: sed aut nulla erit, aut si eam valere volumus, necesse est ut simul consequatur libertatem.

Olim non aliter, quam cum libertate, hodie etiam sine libertate] Plerique veterum in sententia fuere, ut putarent, servum proprium non aliter rectè hæredem institui, quam cum libertate; non ausi per consequentiam datæ hæreditatis libertatem servo defendere, ob rationem, quam indicavimus *sup. qui & ex quib. ca. manum. §.2.* Justinianus verum etiam omissa libertatis datione institutionem valere voluit, & perinde haberi, ac si simul liber esse jussus esset, *l. pen. C. de nec serv. hær.* quod cum humanitas & favor libertatis suadet, tum etiam voluntati testatoris consentaneum est: quippe qui hoc ipso quod servum suum hæredem esse vult, non obscurè significat, velle se etiam ut liber sit; cum absque eo nec hæreditatem obtinere possit. Et cur, quod in servo proprio tutore sine libertate dato veteres admiserunt, ut hoc ipso, quod tutor datus est, libertas quoque ei imposita videatur, *l. quæro 32. §.2. de test. tut. §.1. sup. qui test. tut. dar.* non admittatur itidem in servo simpliciter hærede scripto eadem voluntatis conjectura? Ita argumentatur Justinianus *d. l. pen.* In tutore dato accedit quidem & favor pupilli, *l.10. §. ult. de testam. tut.* Cæterum quidem testator hæredem instituit, eum vicissim majore prosequitur affectu atque honore, quam quem liberis tutorem dat. Enimvero consequentiam legati vel fideicommissi servo proprio sine libertate relicti libertas servo non defenditur, *d. l. pen. §. illo 2.* quantumvis & legatum sine libertate inutile sit, *l. servus 76. hoc tit.* neque enim hic idem favor est, & ex d. constitutione Justiniani voluntas testatoris aliquo modo exitum habere potest.

Quod non per innovationem] Supra tamen *§. 2. qui & ex quib. cau. man.* profitetur, se id nova humanitatis ratione constituisse. Utrumque suo sensu verum est. Nihil innovavit, quatenus spectamus sententiam paucorum, inter quos & Atilicinus fuit, quibus jam olim, quod hic constituitur, placuit. At novum jus constituit, quatenus spectamus id, quod receptum erat ex plurium sententia, qui negabant, servum proprium sine libertate hæredem institui posse, *Ulp. tit.22. §.10.* & sententiæ istius abrogationem.

Proprius autem servus etiam, &c. in quo nudam proprietatem.] Servus proprius vel in solidum est, sive unius domini proprius, vel pro parte & pluribus proprietate commmunis: & iterum vel proprius est pleno jure, vel nudatenus proprietate. Videamus ergo, an quod hic constitutum est de servo proprio hærede instituto, etiam ad servum communem ab uno è dominis institutum, & ad eum quoque, in quo alius usumfructum habet, pertineat. De communi servo ita jus vetus fuisse constat, ut si unus è dominis libertatem ei imposuisset, eo casu pars ejus amitteretur, & socio accresceret, *§. u t. sup. de donat.* ac proinde socio quoque hæreditas acquisita fuit, si is servus simul hæres ab altero institutus fuisset. Justinianus autem, quod soli milites ex speciali concessione habebant, videlicet ut liceret militi servum communem libertate donare, eo effectu, ut socius hoc casu partem suam vendere teneretur & accipere pretium, voluit jus esse commune omnium civium, *l. 1. pr. & §. 1. C. de comm. serv. man.* Post quam constitutionem certum est servum communem, quem unus è dominis & liberum & hæredem esse jussit, & libertatem & hæreditatem consequi, pretio partis, quam alter in eo habet, oblatio. At nihil definit constitutio de servo communi simpliciter ab uno hærede insti-

instituto, non facta mentione libertatis. An dicemus, & hic libertatem per inde pro adscritpa haberi, ac si servus in solidum proprius hæres simpliciter institutus sit, arg. hujus loci? & id quidem D. Viglio placere video. Sed vereor, ut defendi possit. Nam ut omittam tritum illud de non admittenda extensione in correctoriis, verba ipsa constitutionis *in fin. §. 1. & hoc moriturus dixerit*, extensionem istam non ferunt, ut bene observavit D. Bachovius. Et quia ratione partis, quam socius habet, servus alienus est, quidni quod responsum est de legato servo communi relicto, totum id ad socium pertinere, *l. verum 63. §. si servo 9. pro soc. l. Plautus 49. in pr. ad leg. Falcid.* idem dicimus de servo communi hærede simpliciter instituto, socium nimirum per eum servum videri institutum & hæredem fieri? De servo, in quo testator nudam proprietatem, alius usumfructum habet, ait hoc loco Justinianus eum etiam proprium intelligi testatoris, idque convenienter rationi juris, *l. rectè dicimus 25. de verb. sign.* Et ergo etiam hic servus à domino nudæ proprietatis hæres institutus, sive cum libertate sive simpliciter, ex constitutione Justiniani & liber & hæres erit, *d. l. pen. Cod. de nec serv. hæc inst.* Neque enim quod de servo communi simpliciter instituto diximus, socium per eum hæredem fieri, locum habet in fructuario, cui hæreditas acquiri non solet, *§. de iis 4. sup. per quas pers.* Quid ergo fiet de fructuario? An liber factus nihilominus operas fructuario interim præstari tenebitur, atq; ex re ejus acquiret, quamdiu durat ususfructus; an vero pretio ususfructus dato defungetur? Illud, si sequimur constitutionem *l. 1. C. comm. de man.* Hoc, si putamus, adhunc servum etiam pertinere, quod pauco tempore post de communi servo constitutum est *l. 1. C. de com. serv. man.*

Est tamen casus, &c.] Refertur hic ex *l. his verbis 48. §. 2. hoc tit.* casus singularis, quo servus proprius hæres institui non potest, ne cum libertate quidem, cui locus est in muliere adulterii postulata: Hæc prohibetur servum suum suspectum criminis ante finitam congnitionem manumittere: quod ideò provisum est, ne mancipium per manumissionem quæstioni subducatur, *l. prospexit 12. qui & à quib. man.* Cum igitur lex manumissionem & libertatem impediat, nec institutio hæredis in hujusmodi servum collata valere potest. Ait, *servum adulterio maculatum*, id est, suspectum, famâ & opinione vulgi inquinatum: siquidem duos adulterii reos simul marem & fœminam ex eadem causa fieri lex Julia vetabat; ordine tantum peragi poterant, *l. 8. C. ad leg. Iul. de adult.* ac proindè etiam in *d. l. 48. §. 2.* undè hæc sumpta sunt, eodem modo, ut hic, legendum esse arbitror? non ut ibi, *adulterii accusatum.* Theophilus vertit, ἔνοχον ὄντα τῇ μοιχείᾳ, *obnoxium, implicitum*, non dixit, κατηγορούμενον,

Alienus servus, in quo usumfructum, &c.] Igitur hic servus à fructuario hæres institutus, nec hæres nec liber erit, sed hæreditatem acquiret proprietario, ad instar servi planè alieni, *§. seq. vers. alienus quoque.* Et verò post mortem fructuarii finitur ususfructus & consolidatur cum proprietate. Sed etsi liberum simul eum esse jusserit, adhuc idem dicendum est: quoniam alieno servo libertas inutiliter datur: neque huc accommodari potest pars constitutionis Justinianeæ, *l. 1. vers. sin autem C. comm. de man.* de servo à vivente fructuario manumisso, ne scilicet is cogatur servire proprietario, quamdiu constat ususfructus; quia, ut dictum est, morte fructrarii jus illius omne extingvitur.

Textus.

Si servus heres institutus in eadem causa manserit, vel non.

1. *Servus autem à domino suo hæres institutus, siquidem in eadem causa manserit, fit ex testamento liber, hæresque ei necessarius. Si verò à vivo testatore manumissus fuerit, suo arbitrio adire hæreditatem potest; quia non fit hæres necessarius, cum utrumque ex domini testamento non consequatur. Quod si alienatus fuerit, jussu novi domini adire hæreditatem debet, & eâ ratione per eum dominus fit hæres: nam ipse alienatus neque liber, neque hæres esse potest, etiamsi cum libertate hæres institutus fuerit: destitisse enim à libertatis datione videtur dominus, qui eum aliennvit. Alienus quoque servus hæres institutus, si in eadem causa duraverit, jussu ejus domini adire hæreditatem debet. Si verò alienatus fuerit ab eo, aut vivo testatore, aut post mortem ejus, antequam adeat, debet jussu novi domini adire. At si manumissus est vivo testatore, vel mortuo antequam adeat, suo arbitrio adire potest hæreditatem.*

Notæ.

1. *Destitisse à libertatis datione*] Quod si testator eum postea redemerit, reviviscit libertas & institutio, *l. 9. §. 16. l. 50. eod.* Hinc autem intelligimus regulam juris civilis traditam *l. 13. §. 1. de lib. & post*, solum procedere, cum servus in eadem causa manet.

Jussu

Jussu novi domini] *l.62.§.1. de acq. hær. l.2.§.ult. de bon. poss. sec. tab.* ubi hæreditatem sive bonorum possessionem cum domino ambulare Ulp. ait.

Commentarius.

1. *Servo proprio hærede instituto, quis circa acquirendam hæreditatem institutionis effectus, & num.2.*
2. *Quid circa idem instituto servo alieno.*

1 HOc constituto, non minus servos posse hæredes institui, quam homines liberos, porro nunc quæritur de effectu institutionis servi circa acquisitionem hæreditatis, primum in servo proprio, deinde & in alieno, In utroque autem ita distinguitur, ut referat, utrum in eadem conditione servus manserit, an non manserit, propterea quod vel manumissus sit, vel alienatus. De servo proprio hærede instituto ait, *Siquidem in eadem causa manserit, fit ex testamento liber hæresque necessarius.* In eadem causa, hoc est, in eadem conditione servitutis, ut neque à domino post factum testamentum manumissus, neque alienatus fuerit. *Hæres necessarius:* ideo sic dictus, quia sive velit, sive nolit, post mortem domini protinus liber & hæres fit, *§.1. inf. de hær. qual.* Quod cum in eorum gratiam initio institutum esset, qui cum solvendo non essent, ignominiam bonorum venditionis in hæredes suos derivare, quam suæ memoriæ reservare malebant, *§.1. sup. qui & ex quib. ca. man.* postea generaliter obtinuit, ut ostendit hic locus. Ratio autem hujus rei haud dubiè hæc est; quod cum honori testatoris nonnihil decedat, si repudietur ejus hæreditas, visum sit, id servo licere non debere, in quem testator simul cum hæreditate contulit inæstimabile beneficium libertatis. Quin etiam ex constitutione juris civilis libertas & hæreditas ita conjuncta sunt, ut neutrum separatim servo adimi possit, neque libertas sola, neque sola hæreditas, *l.13.§.1. de lib. & posthum. l.6.§.ult. h.t.*

Quod si à vivo testatore manumissus, &c.] Casus contrarius, quo scilicet servus proprius hæres institutus in eadem conditione non mansit, duplex est; vel quia post factum testamentum manumissus est; 2 vel quia alienatus. Manumissus suo arbitratu hæreditatem adibit: quia non fit hæres necessarius, qui hæreditatem duntaxat, non etiam libertatem ex testamento domini consequitur, *l. antepen. hoc tit. l.6. §.3. eod.* Utique tamen probè facturus est, si pro beneficio libertatis ante adeptæ hanc gratiam patrono referat, ut suscipiat ejus hæreditatem. Alienatus nec liber nec hæres fit, etiamsi cum libertate hæres fuerit institutus: hoc enim ipso quod alienatus est, mutata voluntas domini, & revocata datio libertatis intelligitur, ut jam perinde haberi debeat, ac si jam tempore testamenti facti alienus fuisset; ac proinde jubenti novo domino hæreditatem acquiret, *l.9. §. servus 16. l. servum 50. hoc tit. l. servo 47. de cond. & dem. l. quæsitum 91. §. 3. de legat.1.* Enimvero si testator eum postea redemerit, reviviscit, ut ita dicam, libertas & institutio, *d.l.9.§.16. d.l.50. hoc tit.* Hinc autem intelligimus, regulam juris civilis traditam *l.13.§.1. de lib. & posth.* tunc solum procedere, cum servus in eadem causa manet: nam si alienatus fuerit, necesse est fateri, inutilem esse libertatis dationem: quod & Viglius notat.

Alienus quoque servus] Supra dictum est, etiam servum alienum hæredem institui posse: cæterum sustineri institutionem non ex persona servi, sed ex persona domini, civis sc. Romani, quasi ille ipse mediatè per servum institutus videatur. Nimirum ut servi etiam hac in re dominis suis utiles esse possint, receptum est, ut persona dominorum iis ad tempus accommodetur, cum alioqui cum servis non sit testamenti factio, *l. non minus 31. hoc tit. l. debitor 82. §.2. de legat.2.* Nunc hic itidem de effectu istiusmodi institutionis quæritur, quemadmodum paulo ante quæsitum fuit de effectu institutionis servi proprii.

Si in eadem causa, &c.] In alieno servo hærede 2 instituto iidem casus distingvuntur, qui in proprio: nam aut mansit in eadem causa, & dominum suum hæredem facit, nempe si jussu ejus adierit, *§.3. sup. per quas pers.* aut non mansit, vel quia alienatus est, & jubenti ei domino hæreditatem acquirit, cujus in potestate est tempore aditionis, *l. Antistius 61. §. 1. de acq. hær. l. 2. §. ult. de bon. poss. sec. tab.* quo loco Jurisconsultus ait, hæreditatem sive bonorum possessionem ambulare cum domino: vel quia manumissus est, quo casu suo arbitrio hæreditatem adire eamque sibi acquirere potest, *Ulp. tit. 22. §.11.* Et igitur licet persona domini in hujusmodi institutionibus inspiciatur, ut sit cum servis testamenti factio: videtur tamen simul & personæ servi ratio haberi, *fac. l. debitor 82. §. 2. de legat.2. l.5. de serv. legat. l. si paterfam. 40. hoc tit.* Illud notandum est, servum alienum cum libertate frustra hæredem institui in tantum, ut etsi is postea testatoris esse cœperit, nihilo magis liber aut hæres fiat, *l. si alienum 49. hoc tit.*

Textus.

De Servo hæreditario.

2. *Servus etiam alienus post domini mortem rectè hæres instituitur: quia & cum hæreditariis servis testamenti factio est. Nondum enim adita hæreditas personæ vicem sustinet, non hæredis futuri, sed defuncti: cum etiam ejus, qui in utero est, servus rectè hæres instituatur.*

NOTÆ.

2. *Post Domini mortem*] Non ita, *Stichus post mortem Titii domini sui hæres mihi esto*, ut malè Th. sed ita, *Stichus servus Titii defuncti hæres mihi esto.*

Nondum adita hæreditas personæ vicem] Ratio dubitandi, quia tempore facti testamenti servus nullius est, *l. 64. h. t.* Ratio decidendi, quia jacens hæreditas personæ defuncti locum interim obtinet, & pro domino habetur, *l. 31. §. 1. eod. l. 34. l. 61. d. acq. rer. dom. inf. de stip. serv. in pr.*

Non hæredis futuri, sed defuncti] *dd. loc. cum simil.* Imo non defuncti, sed hæredis futuri, *l. 24. de nov.* Solve: hæreditas quà jacens considerata defunctum repræsentat, ut actus ex persona ejus vires capiat, *l. 52. h. t. l. 33. §. ult. de acq. rer. dom.* adita vero videtur retro repræsentasse personam hæredis, cui soli eventu inspecto acquiritur, *d. pr. inf. de stip. serv.* fac. *l. 73. §. 1. de verb. obl. l. 28. §. ult. l. 35. de stip. serv.*

Ejus, qui in utero est, servus] Hoc eandem planè rationem habet, *l. 64. h. t.*

COMMENTARIUS.

1. *Diversa consideratione rectè dici, jacentem hæreditatem repræsentare & personam defuncti, & personam hæredis.*

2. *Cur servus posthumi alieni hæres institui potuerit, ipse posthumus alienus non potuerit.*

Cum servi alieni institutio, ut dictum est, sustineatur ex persona domini, quæsitum est, an servus alienus rectè hæres instituatur etiam post mortem domini, hoc est, servus hæreditarius. Dubitandi causa ex eo, quod in proposito persona domini, qui nullus est tempore facti testamenti, *l. ejus servum 64. hoc tit.* servo accommodari non possit. Placuit tamen nihilominus, rectè hunc servum hæredem institui, quasi per interpositam hæreditatem à defuncto adhuc, ut ita dicam, personetur: quippe hæreditatem jacentem defuncti locum interim obtinere, & pro domino tantisper fictione juris haberi, *l. nonminus 31. §. 1. hoc tit. l. hæreditas 34. l. hæreditas 61. de acq. rer. dom. l. 13. §. 2. ad leg. Aquil. l. 15. de inter. in jur. l. 9. C. depos. cum similib.*

Non hæredis futuri, sed defuncti] Hoc totidem quoque verbis traditur *d. l. 34. de acquir. rer. dom.* alibi simpliciter dicitur, hæreditatem obtinere defuncti locum *d. l. 31. hoc tit. & inf. de stip. serv. in pr.* Apud Pomponium tamen contra scriptum legimus, hæreditatem interim sustinere personam hæredis, *l. novatio 24. in fin. de novat.* quod & ratio juris efficere videtur; siquidem qui postea hæres extitit, ex mortis tempore defuncto successisse intelligitur, sive quod idem valet retro agitur hæreditas, quamvis postea adita, & cum tempore mortis continuatur, *l. hæres 54. de acq. hær. l. omnis 138. l. omnia 193. de reg. jur.* Sunt, qui putant, non satis inter veteres hac de re convenisse, inter quos & D. Hotomannus est. Nolim ego temerè eo decurrere. Videamus, an non utrumque rectè dici possit, hæreditatem repræsentare & personam hæredis & defuncti, diversa consideratione. Etenim si eventum spectamus aditæ hæreditatis, persona hæredis repræsentari rectè dicitur: hac enim consideratione servus hæreditarius rectè stipulatur hæredi futuro, *l. si ex re. 28. §. ult. l. servus 35. de stip. serv.* nullamque vim habere dicitur stipulatio servi hæreditarii, nisi adita sit hæreditas, *l. interdum 73. §. 1. de verb. obl.* item per servum acquiri hæreditati, ac per hoc etiam hæredi postea facto, *inf. de stip. serv. in pr.* At si inspicimus tempus illud, quo servus hæreditarius hæres instituitur, nimirum jacentis hæredatis, si actum valere volumus, necesse est, dicamus, hæreditatem sustinere personam defuncti: neque enim actus in suspenso esse potest: & incertum est, an is, qui scriptus est, unquam hæres extiturus sit: idque Gajus significat, *l. in eo 33. §. ult. de acquir. rer. dom.* cum ait, quotiens servus hæreditarius stipulatur, vel per traditionem accipit, actum ex persona defuncti vires sumere. Eademque consideratione Paulus *in l. servus 52. hoc tit.* servum hæreditarium institui posse ait, si modo testamenti factio cum defuncto fuerit, licet cum hærede instituto non sit. Et igitur hæreditas, qua jacens considerata defunctum repræsentat; adita retro, videtur repræsentasse personam hæredis. 1

Cum etiam ejus, qui in utero est, servus] Confirmat quod de institutione servi alieni post motem domini dixerat, exemplo servi, cujus dominus in utero est, sive servi posthumi alieni; nam & hunc servum ait rectè hæredem institui. Javolenus contra, hoc ex illo probat, *l. ejus servum 64. hoc tit.* Hic iterum videtur obstare ratio juris, utique veteris, quo jure 2 posthumus alienus hæres institui non potuit, *inf. de bon. poss. in pr.* Hoc enim posito, consequens omnino esse videtur, nec servum hujus posthumi rectè hæredem institui, cum, ut jam aliquoties dictum, testamenti factio cum servis ex persona domini introducta sit. Sed animadvertendum est, servum hic dici ejus, qui in utero est, respectu habito ad casum, quo is natus & hæres factus erit: institutionem vero vires capere non ex persona ejus, qui in utero est, sed defuncti cum quo sufficit testamenti factionem fuisse, etiamsi cum hærede scripto non sit, *l. servus 52. hoc tit.* Adhæc in universum institutio servi alieni non ita comparata est, ut institutus semper dominum, in cujus potestate est tempore facti testamenti, hæredem faciat; nam alienato eo novus dominus hæres fit; manumissus ipse ad hære-

-statem admittitur: quod & tunc obtinet, cum servus ejus qui capere non potest, institutus est, *l. servus 82. de acq. hær.* atque hinc clarissimè patet, verum esse quod diximus, *sub §. præc.* in his servorum institutionibus etiam servorum, qui instituuntur, personam spectari.

TEXTUS.

De servo plurium.

3. Servus autem plurium, cum quibus testamenti factio est, ab extraneo institutus hæres unicuique dominorum, cujus jussu adierit, proportione dominii acquirit hæreditatem.

NOTÆ.

3. *Ab extraneo*] Ab uno ex dominis institutus, acquirit cæteris per *l. 63. §. 8. pro soc. l. 49. ad leg. Falc.*

COMMENTARIUS.

DE servo communi hærede instituto ab uno ex dominis egimus in explicatione principii hujus tit. sub fin. Hic agitur de servo plurium, qui hæres institutus est ab extraneo. Ait, hunc servum unicuique dominorum, cujus jussu adierit, hæreditatem acquirere, idque non pro parte virili, sed dominica. Jussum domini præcedere debere constat, ac sine eo servum hæreditatem adeundo nihil agere: de quo *sub §. 3. sup. per quas pers.* Quid ergo, si unius jussu adierit? Ne sic quidem hunc interim pro majore parte, quam dominica, hæredem faciet: cæterum sociis postea non jubentibus adire, tacito jure partes ei accrescent, *l. servus 67. de acq. hær. add. l. ult. de vulg. & pup. l. si servus 50. de legat. 1. §. ult. inf. de stip. serv.*

Cum quibus testamenti factio] Hoc additum, quia, ut jam sæpè diximus, quos ipsos hæredes instituere non possumus, eorum nec servos possumus, *l. non minus 31. hoc tit.* Excepto quod servi eorum, qui non absolutè incapaces sunt, sed κ̣ τι duntaxat, cujusmodi olim erant fœminæ, orbi, cœlibes, *vid. sup. pr.* instituti ab eo, ex cujus testamento domini capere non possunt, & antequam dominorum jussu hæreditatem adeant, alienati, novum dominum hæredem faciant, manumissi ipsi ad hæreditatem admittantur, modo nihil in fraudem legis factum sit, *l. si servus 82. de acquir. hær. l. si Titio 55. §. 1. de legat. 2.*

TEXTUS.

De numero hæredem.

4. Et unum hominem, & plures, usque in infinitum, quot quis hæredes velit, facere licet.

NOTÆ.

4. *Usque in finitum*] εἰς ἀπέραντον. Th. Sententia est, certum numerum hæredum instituendorum nemini præscriptum esse, sed totum hoc arbitrio testantis permitti.

COMMENTARIUS.

USque in infinitum] εἰς ἀπέραντον. Infinitum autem accipe pro indefinitio incertoque hæredum numero, non pro multitudine, quæ extremis careat: quomodo & alibi sæpè hoc verbum usurpatur, *l. qui restituere 68. §. 1. de rei vind. l. 4. §. 2. de in lit. jur.* Sensus igitur hujus §. est, posse testatorem tot hæredes instituere, quot ei placuerit: nimirum certum numerum hæredum instituendorum nemini legi præscriptum esse, sed totum hoc arbitrio testantis permitti. Inepti autem sunt, qui ex hoc loco colligunt, posse quem instituere omnes homines, qui in mundo sunt, talis enim institutio exitum reperire non potest, neque est hominis, qui suæ mentis est compos, *vid. Gomez. 1. var. resol. 2. n. 2.* Planè illud crediderim defendi posse cum D. Viglio, rempub. institutam videri, si quis simpliciter cives universos instituerit; & valere hujusmodi institutionem, quando permissum est rempub. aut civitatem hæredem instituere. Non enim idem hic semper jus obtinuit. Legimus, reges aliquot exteros populum Romanum sibi hæredem instituisse. Idem fecit & Flora meretrix. Plinius vero *lib. 5. epist. ad Calvisium* scribit, palam esse, nec hæredem institui nec percipere rempub. posse. Ab eo jure postea iterum recessum: confer *Ulpian. tit. 22. §. 4. & tit. 24. §. 26. l. 2. l. senatus 20. de reb. l. omnibus 26. ad sen. Treb. l. civitatibus 122. de legat. 1. l. 12. C. hoc tit.*

TEXTUS.

De divisione hæreditatis.

5. Hereditas plerumque dividitur in duodecim uncias; quæ assis appellatione continentur. Habent autem hæ partes propria nomina ab uncia usque ad assem; ut puta hæc, sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextanx, deunx. Non autem utique semper duodecim uncias esse oportet: nam tot unciæ assem efficiunt, quot testator voluerit: & si unum tantum qui ex semisse (verbi gratia) hæredem scripserit, totus as in semisse erit. Neque enim idem ex parte testatus, & ex parte intestatus decedere

potest, nisi sit miles, cujus sola voluntas in testando spectatur. Et è contrario potest quis in quantascunque voluerit plurimas uncias suam hæreditatem dividere.

NOTÆ.

5. *In duodecim uncias*] Hæc solennis est hæreditatis distributio *l.13. §.1. h. t.* quia perfectus est numerus duodenarius. Diod. Sic. *eclog.* 40. Galen. *d. cui an. pec. not. & med.* τελειότητος σύμβολον, Hermias in *Phæd. Plat.* τῶ ἀριθμῶν μυστικώτατος. Aristid: περὶ μυσ, add. Cujac. ad. *d. l.13.* Duar. 2, *disp.*39. Fabrot. *ad Th.*

Non semper duodecim uncias] Non est, necesse, ut semper distributio fiat in 12. uncias: sed potest testator vel in plures vel in pauciores uncias hæreditatem dividere, *d. l.13. §.1. 2. 3. & ult. l.18. eod. l.13. C. de lib. & post.* Paul. 3. *sent.* 4. Potest & in partes naturales dividi, puta in duas dimidias, tres tertias, &c. *l.2. §.7. de collat. l.76. de acq. hær.*

Vnum ex semisse] Vel ex una aliqua alia parte hæreditatis. Idemque est, si quis institutus ex re certa, veluti ex fundo: perinde enim habetur, ac si rei mentio facta non esset, *l.1. §.4. l.6. §.13. h. t. l.41. in fin. de vulg. & pup.* nisi cohæredem habeas indefinitè aut ex parte hæreditatis scriptum, tunc enim legatarii loco est, *l.13. C. h. t.*

Ex parte testatus] *l.7. de reg. jur.* Ex postfacto tamen vi ipsa pro parte quis intestatus fieri potest, rescisso vid. pro parte testamento, *l.15. in fin. l.24. de inoff. test.*

Nisi sit miles] Miles etiam ab initio pro parte tantum testatus decedere potest *l. pen. §.2. de castr. pec. l. 6. l. 19. de test. mil. l. 2. C. eod.* quippe qui hic duorum velut hominum personam sustineat, *l.17. §.1. eod.* Igitur si miles unum tantum v.g. ex semisse hæredem scripserit, quantum ad alterum semissem intestatus decessisse intelligitur, & locus fiet legitimis hæredibus *l.29. l.37. de test. mil.* & ita etiam in specie, *l.6. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Assis, ejusque partium usus, quam frequens & quibus in rebus fuerit.*
2. *Licere testatori in quot voluerit partes hæreditatem distribuere.*
3. *Quod unus tantum, vel ex certa parte hæreditatis, vel ex certa re institutus, omnium bonorum hæres fiat, magis esse ex subtilitate juris, quam ex defuncti voluntate.*
4. *Quam rationem habeat, quod jus civile non patitur eundem testato & intestato decedere.*
5. *An testator possit prohibere jus accrescendi.*
6. *In militaribus testamentis regulæ superiori non esse locum.*
7. *Quantum mores hodierni dissideant à jure civili Romanorum.*

Sequitur pars altera hujus tit. in qua agitur de eo, quod vel unus vel plures hæredes scripti ex ratione juris & voluntate testatoris consequantur: quæ res ut commodius proponi, & perfectius intelligi possit, ante docere voluit, in quot partes hæreditas plerumque dividatur, civili scilicet & solenni distributione, earumque partium indicare nomina, quo ea in numerato haberent studiosi disciplinæ juris: idque fecit verbis Ulpiani in *l. si servum* 50. *§. ult. h. t.*

In duodecim uncias, quæ assis, appellatione] As in re nummaria est minimus æris nummus. Hinc illa, ad assem reddere, ad assem omnia perdere. Cum sermo est de ponderibus, de divisione hæreditatis aut fundi; solidum, id est, totum quid sive integrum significat, constans ex duodecim unciis, & nimirum idem, quod in ponderibus libra aut pondo. Unde illa, ex asse possidere, *l. pen. qui satisd. cog.* in assem vindicare, *l. post emancipationem* 40. *§.1. de legat.* 3. Hæres ex asse, pro quo etiam libella dixit Cicero *lib.7. ad Attit.* & alia plura ejusdem generis. Scribit Volus. Metianus *lib. de ponderib. in pr.* necessarium cognitu esse assis in suas partes distributionem, non solum propter institutionem plurium hæredum, sed etiam propter innumera alia. Etenim assis ejusque partium & omnino numeri duodenarii frequentissimus apud Romanos usus fuit, non tantum in hæreditatibus, ponderibus aut mensuris; verum etiam in divisione corporum, veluti fundi, *l.8. de rei vind. l. minor.* 39. *§.2. de evict.* item rerum incorporalium ut obligationum & actionum, *§. si quis una* 9. *inf. de fideic. hær.* Usuras quoque Romani partibus assis distinguebant, easque partiebantur in uncias, sextantes, quadrantes, trientes, quincunces, semisses, besses, &c. ut videre est *l.7. §. quæ autem* 10. *in fin. l. Titium* 47. *§.4. de adm. tut. l. liberto* 21. *§.4. de ann. legat. l.3. §. ult. ad leg. Falc. l. creditor.* 102. *§. ult. de solut. l. eos* 26. *§.1. C. de usur.* Sed & astrologi res omnes revocant ad duodecim partes; menses, horas, signa, latitudinem signorum: quod notat Cujac. *ad. l.13. hoc tit.* Caussam usus hujus numeri, quæ à jurisperitis tradita non est, Duarenus *lib.2. disp.* 36. ex Galeno profert, nimirum quia nullus alius numerus in tot partes tam commodè dividatur; καὶ γὰρ ἥμισυ ἔχει, καὶ δίμοιρον, καὶ τέταρτον, ἕκτον τε καὶ δωδέκατον. Locus Galeni integer refertur à Duareno

Habent hæ partes propria nomina] Refert jam propria nomina partium assis, contentus initium fecisse ab uncia cum Ulpiano *d. l.50. §. ult. hoc tit.* licet & ipse

ipsa uncia in partes minutiores dividi possit, veluti in duas semuncias, in tres duellas sive binas sextulas, in quatuor sicilicos, in sex sextulas in 24. scricula: de quibus idem Metian. *d. loc.* ubi cum vocabulis simul notas partium proponit. Varro *lib.4. de ling. Lat. sub fin.* nominum rationem reddit, originemque explicat: Volus. Metian. *de ponderib.* sed melius Salmas. *de mod. usur. pag.* 251. illud sciendum est, hæreditatem etiam dividi in partes naturales, veluti in duas dimidias, *l.2. §. si duo.7. de collat.* in tres tertias, in quatuor quartas, *§. videamus inf. eod.* in sex sextas, *l. situ 76. de acq. hær.*

2 *Quot testator voluerit*] Licet solemnis & usitata assis distributio in duodecim partes sive uncias, uti dictum est, fiat: potest tamen paterfa. eam distributionem non sequi, atque in tot partes unciasve hæreditatem distribuere, in quot voluerit, sive in plures sive in pauciores, *l.13. §.1.2.3. & ult. hoc tit.* Proinde si, verbi causa, tres hæredes scripserit, singulos ex quicunce, rata est patrisfam. voluntas, ut substantiam suam partiti in quindecim uncias. Et si duos tantum, unum ex triente, alterum ex quadrante, hæredes scripserit, videbitur in partes septem hæreditatem divisisse, *d. l.13. §. ult. l. Sabinus 18. eod. l.13. in pr. de lib. & post.* Atque hac eadem ratione defenditur, quod rescriptum est in *l.3. Cod. de test. mil.* militem, qui filiam ex unciis duabus, uxorem ex una uncia instituisset, nec de residuis portionibus quicquam significasset, in tres partes videri voluisse hæreditatem dividere; non autem pro parte testatum, pro parte intestatum decedere: quamvis id militi concessum sit. Sive autem plures, sive pauciores partes testator fecerit, tacito jure in duodecim semper hæreditas revolvitur, *d.l.13.§.1. hoc tit.*

Si unus ex semisse, totus as in semisse] Quando unus tantum hæres scriptus est, licet ex certa parte hæreditatis, puta triente, semisse, vel etiam minima, is perinde ac si toto asse institutus esset, omnium bonorum hæreditatem consequitur. Cæterum magis, 3 ut opinor, ex subtilitate juris & propter regulam, qua nemini partim testato, partim intestato decedere permittitur, quæ etiam mox pro ratione subjicitur, quam ex voluntate defuncti, quæ non tam facilè ejusmodi interpretationem admittit, ubi unus tantum non dato cohærede ex parte aliqua scriptus est, quam ubi plures ex pluribus. Nam si, verbi gratia, tres, singuli ex uncia scripti sunt, commodissimè dicitur, arbitraria distributione testatorem usum, atque in tres partes æquales universam hæreditatem divisisse: quod secus est, si unum tantum institutum proponas in quadrante sive quarta hæreditatis parte. Quamobrem licet illo casu propter libertatem distribuendi & communem voluntatem idem obtineat in testamento militis, quod in testamentis paganorum; *l.3. C. de test. mil.* hoc tamen casu diversum jus esse propter d. regulam, quæ non militum, sed paganorum potestatem coërcet, & uno tantum hærede in certa assis parte instituto à pagano, hanc partem reliquas ad se trahere; si à milite, residuum hæredes ab intestato laturos, rectè judicavit D. Viglius: quod & in Græcis Institutionibus disertè expressum est, & tantum non etiam in *l. quærebantur 19. de test. mil.* Quod si quis solus institutus fuerit, non ex parte aliqua hæreditatis, sed ex re certa, puta ex fundo, perinde quasi simpliciter ac sine ulla rei mentione scriptus esset, & hic bonorum omnium hæreditatem obtinebit, *l. coheredi 41. in fin. de vulg. & pup.* Nam cum harum rerum quædam inter se pugna sit, successionis universi juris cujusmodi est hæreditas, & acquisitionis rei singularis, potestate juris detrahitur rei mentio, & hæredi sic, quasi universaliter institutus esset, succurritur, *l.1. §.4. l.9. si duo 13. hoc tit.* Sed & hoc secus se habet in testamento militis; quoniam & ipsum est ex subtilitate juris, atque ex vi superioribus regulæ, quæ ad militaria testamenta non pertinet, *l.6. de test. mil.*

Ex parte testatus, ex parte intestatus] Jus nostrum 4 non patitur, inquit Pomponius, eundem in paganis testato & intestato decessisse, *l.7. de reg. jur.* quasi hæc duo, testatus & intestatus, inter se naturaliter pugnent, tanquam ajentia & negantia, & ideo eidem inesse, aut de eodem subjecto verè pronuntiari non possint, ex regula logicorum de oppositione. Et quidem sine manifesta & naturali rerum pugna dici non potest, unum atque eundem in totum aut secundum eandem partem & testatum & intestatum decessisse: at nihil prohibet lex oppositionis, quominus dicamus, eundem testatum & intestatum decessisse, non secundum idem, sed secundum partes diversas. Verum ut hic quoque pugna sit, efficit subtilitas juris civilis, per quam hæres fingitur repræsentare & sustinere personam defuncti: quæ repræsentatio ut est totius personæ, ita & totalis, atque ut est unius, ita & uniformis esse debet: hoc est, ut defunctus pro parte repræsentari non debet, ita nec debet per hæredes diversi generis partim ex testamento partim ab intestato: sed quisquis hæres est, debet in totum subire locum & vicem demortui, eumque repræsentare uno ac simplici successionis genere, vel in totum ex testamento, vel in totum ab intestato. Et hoc est, quod scribit M. Tullius *lib.2. de invent. unius pecuniæ plures dissimilibus de causis heredes esse non posse: nec unquam factum esse, ut ejusdem pecuniæ alius testamento, alius lege heres esset.* Cujus rei hanc rationem affert. *Gomes. 1. resol.3. num.3. & 10. num.27.* quod absurdum sit per qualitates contrarias, quæ in uno & eodem homine natura esse non possunt, unum & eundem per fictionem,

onem, quæ naturam imitatur, *§.minorem, sup. de adopt. l.5.d. acceptil.* repræsentari, vid. & *D.Hotom.hic.* Ego autem arbitror, naturaliter in *d. l. 7. de reg. jur.* positum esse, pro eo quod recepti passim moris erat, ut & alibi interdum, *l. 16. §. 4. de minor. l. 21. §. ult. locat.* Et sic quoque capiendum Ulpiani illud, *lex naturæ hæc est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur.* Id est, lex consvetudinis generalis deducta ab aliqua ratione naturali, *l. 24. de stat. hom.* Nam regula ista è solis Romanorum moribus pendet, neque apud alios populos locum habet, ac ne apud ipsos quidem Romanos in testamentis militum. Ex hac porro regula descendit, quanquam non tanquam ex causa proxima aut adæquata, jus accrescendi inter plures heredes testamentarios, videlicet ut uno deficiente pars ejus accrescat cæteris, qui heredes extiterunt, *l. un. C. his ita 10. de cad. toll. l. liber homo 59. §. 3. hoc tit.* Plane illud fieri potest, ut qui ab initio in totum testatus decessit, cujusque hereditas semel ex testamento adita fuit, ex accidenti & post facto pro parte intestatus vi ipsa efficiatur, heredique scripto portio emolumenti auferatur, rescisso pro parte testamento per querelam inofficiosi, *l. 15. in fin. l. circa 24. & l. seq. §. 1. de inoff. test.* Cæterum hoc regulam non subvertit: quippe cui satisfactum est, si ejus, qui testamento jure ab initio facto decessit, hereditas ex testamento adita fuerit; ad ea, quæ postea fiunt, non pertinet, *per l. pen. §. 2. de castr. pec.* Et igitur si quis solus ex certa parte institutus sit, is nihilominus in integrum assem potestate juris vocatur. Sed quid si

5 testator adscripserit, nolle se, ut heres scriptus reliquas partes ferat, & jus accrescendi expresse prohibuerit? Et quidem quemadmodum nemo sine observatione legum testamentum condere potest, *l. 4. qui test. fac. l. pen. §. 2. de cast. pec.* ita nemo quoque in suo testamento cavere potest, ne leges in eo locum habeant, *l. nemo 55. de legat. 1.* ut illud omnino manifestum sit, testatorem nulla cautione efficere posse, ut contra regulam juris civilis dissimiliter ei succedatur, & ex testamento, & simul ab intestato. Alterutrum ergo dicamus necesse est, vel cum Bart. *in l. 9. §. si duo, hoc tit. & in l. si quis 29. ad Sc. Treb.* totum testamentum ob eam prohibitionem collabi; utique tamen heredes ab intestato teneri quasi ex fideicommisso partem testamento expressam restituere heredi scripto, *vid. Gomez. 1. resol. 10. n. 10. & seq.* vel rato manente testamento prohibitionem insuper habendam, residuasque partes quantumvis vetante testatore, accrescere heredi instituto. Quæ sententia rationi juris magis consentanea est, ut ex iis, quæ jam dicta sunt, perspicue patet, & numero etiam suffragiorum vincit, testibus *Vigl. hic. Clar. §. testamentum q. 74. Christin. vol. 4. decis. 11. n. 6.* Non obstat huic sententiæ, quod Ulpianus *in l. 9. §. si duo. hoc tit.* scribit Vasquius *lib. 1. de succ. creat. §. 3. num. 6.* objicit, institutos ex certis rebus, quasi simpliciter instituti sint, hereditate potiri, nisi voluntas patrisfam. manifestissime refragetur: quippe qua clausula non hoc Jurisconsultus significat, si testator prohibuerit reliquam hereditatem accrescere institutis, ob id aut vitiari institutionem, aut partes eas relinquendas legitimis successoribus: sed quod scripti ex inæqualibus partibus certæ rei, qui alioqui ex ratione juris ex æquis partibus heredes forent, perinde ac si nec res nec partes nominatæ essent, *d. l. 9. §. si duo, & l. seq.* in manifesta testatoris voluntate heredes ex inæqualibus partibus fiant, atque ex iis proportionaliter, quas in rebus certis expressit; veluti in specie ab Ulpiano proposita, unus ex triente, alter ex besse, quæ partes nominantur in fundo: atque inducetur hæc inæqualitas non tam ipso jure, quam officio arbitri familiæ erciscundæ, *l. ex facto 35. in pr. eod.* Est tamen & media sententia, quam proponit & tuetur Salicetus in *l. 13. C. de her. inst.* & à qua non abhorret doctissimus Bachovius, nimirum prohibitionem supra dictam non efficere quidem quo minus heres scriptus ipso jure ex asse hæres fiat: cæterum hanc ejus vim esse, ut heres ille partes reliquas, quas accrescere testator noluit, tanquam ex fideicommisso teneatur restituere iis, qui ab intestato ad hereditatem ejus venissent, ducto argumento à simili, quale proponitur *l. 7. l. 17. & l. si quis 29. ad sen. Treb. & §. 3. inf. quib. mod. test. inf.* Et hæc sententia mihi quoque non adeo displicet: quoniam favet voluntati morientium salva rationem juris: eoque accommodari potest clausula *in d. l. 9. §. si duo.* de qua paulo ante. Mediam sententiam excogitavit & Viglius noster: sed ille dum servare cupit voluntatem testatoris, manifeste facit adversa rationem juris comminiscendo tacitam legitimorum heredum in partibus, quas testator scriptum heredem habere noluit, institutionem; qualis institutio jure nostro penitus incognita est: quod cum nec ipse dissimulare audeat, mihi argumento est, eum quoque omnino & sine cunctatione in Saliceti opinionem transiturum fuisse, si quis modo eam porposuisset.

Nisi sit miles, cujus sola voluntas] Quæcunque subtilitatem magis, quam naturalem rationem habent, ea in militaribus testamentis, eorumve interpretatione locum non habere ostendimus supra *tit. de mil. test.* Inter hæc autem est & regula proposita, quæ prohibet eundem ex parte testato & intestato decedere: & ideo de paganis tantum eam concepit Pompon. *l. 7. de reg. jur.* Igitur si miles, verbi causa, unum ex fundo heredem scripserit, non detrahi- 7
tur potestate legis mentio fundi, sed quantum ad residuum patrimonium intestatus decessisse intelligitur, & locus fit legitimis heredibus, *l. 6. de test. mil.*

mil. l. 2. *C. eod.* quod & tunc obtinere credimus, quando unum heredem scripsit ex parte aliqua hereditatis, *per l. quærebatur* 19. *d. tit.* Sed etsi plures heredes instituerit, & unus omiserit hereditatem, pars omissa ad alios non redibit, sed deferetur herdibus ab intestato, nisi contraria ostendatur militis voluntas, *l. si duobus* 37. *eod.* Et quod juris est in portione bonorum, hoc idem obtinet & in temporis spatio, ut usque ad certum tempus vel ex certo tempore hæredem miles instituere possit, ut quo tempore heres scriptus non est, intestati hereditas deferatur, *l.* 15. §. 4. *l. miles ita* 41. *in pr. eod. vid. Duar. ad tit. de test. mil. cap.* 4. *Sich. ad l.* 1. 2. *&* 3. *C. eod.* In
7 Belgio generali consvetudine passim receptum est, ut unicuique liceat partim testato, partim intestato decedere contra dispositionem juris Romani. *D. Grot.* 2. *man. cap.* 18. *Gudelin.* 2. *de jur. noviss. cap.* 5. *Christin. vol.* 1. *decis.* 51. *num.* 48. *& seqq. & decis.* 312. *& vol.* 4. *decis.* 10. *num.* 3. *Zypæ. not. jur. Belg. de testam. in pr.* Unde quæsitum est, an per hoc censeri debeat abolitum quoque esse jus accrescendi. Et quidem ubi unus tantum ex re certa vel parte aliqua hereditatis institutus est, non magis hic moribus nostris residuum accrescet heredi scripto, quam jure civili Romanorum in eadem specie ex testamento militis; sed ad hæredes ab intestato pertinebit, *arg. l.* 6. *l. quærebatur* 19. *de test. mil. l.* 2. *C. eod.* idque etiam fatentur *Christin. d. decis.* 312. *& Gudelin. d. loc.* quoniam, ajunt, in hujusmodi casibus jus accrescendi non ex conjunctione aut voluntate testatoris, sed ex legis potestate proficiscitur. Idemque haud dubie censuerunt si plures quidem scripti sint, sed ex partibus inæqualibus; idque propter inæqualitatem partium, quæ etiam jure Rom. accretionem impedit inter collegatarios. De quo sub §. *si eadem* 8. *inf. de legat.* Ego idem dixerim & si singulis singulæ partes æquales datæ, & pars aliqua vacet, veluti si tres scripti, singuli ex quarta bonorum parte; videlicet partem vacantem hic non accrescere scriptis, sed jure intestati ad legitimos heredes pertinere. Sed & si, verbi gratia, plures simpliciter instituti sunt, aut in eandem partem hæreditatis vocari & unus defecerit, adhuc dicendum videtur, non aliter partem deficientis jure consvetudinario cæteris accrescere debere, quam si ex verisimilibus saltem conjecturis, appareat, eam fuisse voluntatem defuncti; cujus rei probatio coheredibus incumbat, ne contra voluntatem defuncti, pro parte omissa intestati, aut exitum intestati passi, plus ad eos redeat, quam eis datum est. Hanc enim interpretationem in eadem specie veteres secuti sunt in testatore milite *l. si duobus* 37. *de test. milit.* cui non obstat *l.* 1. *C. eod.* quia ibi ex parte heres institutus proponitur, qui & ipse militi ab intestato successurus erat; nimirum frater militis: & ideo nisi alii hæredes ab intestato probent, militem noluisse ea bona, de quibus quæritur, ad fratrem institutum pervenire, portio deficiens hac ipsa ratione ad fratrem pertinebit; quia pro ea parte miles intestatus decessit. Cæterum contra sententia prævaluit hac ratione, quasi jus accrescendi in proposito non descendat ex potestate juris, sed ex voluntate testatoris, quæ ex sola conjunctione æstimetur *D. Grot.* 2. *manuduct. c.* 23. *Gudelin. d. c.* 5. *Christin. d. decis.* 51. *n.* 48. ac plerisque persuasum fuit, etiam olim in testamentis militum, quamvis hi pro parte testati & pro parte intestati decedere poterant, id obtinuisse, nisi hæredes legitimi de contraria voluntate testantis docuissent, *arg. l.* 1. *C. de test. mil.* in dubio enim hanc præsumptionem fuisse. Quod miles uti voluerit jure communi. Qui perspicuus error est: nec veterum hanc sententiam fuisse apparet, ex *d. l.* 37. Nam posito, quod jus accrescendi ideo in militis testamento cessat, quia militi concessum, ut possit pro parte testato & pro parte intestato decedere; etiam ubi jure communi id permissum est, idem est dicendum, *vid. Anton. Fab. dec.* 72. *err.* 5. *&* 6. *Don. in d. l.* 1. *C. de test. mil. Duar. d. cap.* 4. *Vasq. lib.* 2. *de succ. prog.* §. 15. *num.* 100. *& lib.* 3. *de succ. creat.* §. 24. *num.* 41. *& multis seqq.*

TEXTUS.

De portionibus singulorum hæredum. Si testator assem non diviserit, aut partes in quorundam persona non ultra assem expresserit.

6. Si plures instituantur heredes, ita demum in hoc casu partium distributio necessaria est, si nolit testator, eos ex æquis partibus heredes esse. Satis enim constat, nullis partibus nominatis, ex æquis partibus eos heredes esse. Partibus autem in quorundam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit, siquidem aliqua pars assi deerit, ex ea parte heres fit. Et si plures sine parte scripti sunt, omnes in eandem partem concurrunt. Si vero totus as completus sit, ii, qui nominatim expressas partes habent, in dimidiam partem vocantur, & ille, vel illi omnes, in alteram dimidiam. Nec interest, primus, an medius, an novissimus sine parte heres scriptus sit: ea enim pars data intelligitur, quæ vacat.

NOTÆ.

NOTÆ.

6. *Nullis partibus nominatis, ex æquis*] *l. 9. §. 12. hoc til.* fac. *l. 19. §. ult. de leg.* 1. Illud tamen tenendum, conjunctos unius tantùm personæ potestate fungi, v. g. si testator ita dixerit, *Titius hæres esto, Sejus & Mævius hæres sunto.* Aut sic, *Titius & fratris mei filii hæredes sunto.* Hic conjuncti unum semissem, Titius alterum habebit, *l. 13. pr. l. 59. §. 2. hoc tit. l. 34. de leg. l. un. §.* 10. *C. de cad. toll.* nisi celeritatis gratiâ conjunctio facta doceatur, *l. 66. hoc tit.*

Si verò totus as completus] *l. 17. pr. §. 3. & 4. eod.* Breviter, qui sine parte scriptus est, vacantem portionem, vel alium assem occupat, *l. ult. sec. tab.*

In dimidiam partem] Id est, in semissem reducta ratione ad solennem assis distributionem: alias in alterum assem: eadem enim proportio est.

COMMENTARIUS.

1. *Inter institutos sine partibus pariter hæreditatem dividi, etiamsi testamento non facto inæqualiter fuissent successuri.*
2. *Quantum, expleto dupondio, qui sine parte scriptus est, habere debeat.*
3. *Perperam Hotomannum* in l. 17. §. ult. hoc tit. *pro triente substituere tressem.*
4. *Qua in re error Hotomanni maximè conspicuus.*

INtelleximus, quid juris sit, si unus tantùm hæres scriptus proponatur, nimirum eum & solum hæredem fore, atque ex toto asse, non tantùm, si simpliciter aut sine parte scriptus sit, verùm etiam, si ex parte duntaxat hæreditatis, atque adeò, si ex certa aliqua re. Pergit nunc hoc §. & 2. *seqq.* docere Imperator, quid fiat pluribus hæredibus institutis, quasque in portiones singuli vocati intelligantur. Distingvendi autem, ut ex progressu apparet, tres articuli. Primus est, si plures instituti sint sine definitione partium: alter, si quidam ex certis partibus hæreditatis instituti, quidam indefinitè seu sine partibus: tertius, si omnes partibus expressis.

Nullis partibus nominatis ex æquis partibus] Hic primus articulus est, qui omni caret scrupulo propter evidentiam voluntatis testatoris, qui, si institutos voluisset impariter succedere, partes utique expressisset, *l. 9. §. hæredes, hoc tit.* qua de causa idem quoque servatur in re pluribus non expressis partibus legata, 1 *l. 29. §. ult. de legat.* 1. Quin etiam eandem voluntatis interpretationem, æqualemque partitionem sequimur, & si qui sine partibus instituti sunt, non facto testamento in stirpes aut portionibus inæqualibus, ab intestato fuissent successuri: quia testamento facto jam non jure proximitatis aut repræsentationis veniunt, sed titulo & jure institutionis ex judicio & voluntate defuncti, qui legitimæ successioni per testamentum suum derogare voluisse credendus est; nisi ex conjecturis contrarium elici possit. Ita post alios *Wesemb. hic & in parat. eod. n. 6. Mantic. de conject. ult. vol. lib. 4. tit. 11. n. 11.* Illud in universum tenendum, si conjuncti & disjuncti commixti sint, conjunctos unius personæ potestate fungi, *l. planè 34. de legat. 1. l. un. §. his ita 10. vers. sin verò, Cod. de cad. toll.* veluti in hac institutione; *Titius hæres esto; Sejus Mevius hæres sunto*; semissem Titius & tantùm solus feret, quantum duo conjuncti, Sejus & Mævius, *l. liber homo 59. §. 2. hoc tit.* Conjuncti etiam, & vel maximè, sunt, qui nomine collectivo instituuntur, *l. 13. in pr. eod. l. ult. in fin. C. de impub. & al. subst.* de cujus conjunctionis potestate *Mantic. d. loc. num. 12. & 2. seqq. Vasq. lib. 3. de succes. prog. §. 21. num. 33.*

Partibus in quorundam personis expressis] Hic articulus secundus est, & complectitur tres casus: nam partes adscriptæ aut non exæquant assem, aut exæquant, aut superant: duo priores hic tractantur, tertius §. 8. Primum quod attinet, ait, si partibus in quorundam personis expressis adhuc aliquid assi deerit, id quod superest, eum vel eos, quibus pars apposita non est, habituros; verbi causa, si duo scripti sint ex quadrantibus, tertium sine parte scriptum, quod ex asse reliquum est, & nimirum semissem, ablaturum. Hoc & Ulpian. *l. item quod 17. in pr. eod.* atque omni dubio hic item casus caret. Secundus est, si partes nominatæ assem exæquent sive expleant; de quo sic breviter hic Imperator; *Si totus as completus sit, ii, qui nominatim expressas partes habent, in dimidiam partem vocantur, & ille vel illi omnes in alteram dimidiam.* Nimirum cum asse expleto alius sine parte hæres scriptus est, hic, quia ad nullam residuam assis partem restringi potest indefinitè scripti institutio, verisimile, est testatorem ad novum assem sive ad dupondium transire voluisse, atque in uncias 24. hæreditatem distribuere. Et consequenter ergò, qui sine parte scriptus est, in alium illum assem veniet, aut si plures, omnes in eundem, *dict. lib. 17. §. 3. & 4.* vel si dupondius ad assem revocetur, quo respexit Justinianus, venient indefinitè scripti in semissem: eadem enim utrobique proportio est. Similiter si quis dupondium distribuerit, & tertium 2 sine parte hæredem scripserit, ad tripondium transitum fecisse intelligitur: & ideò, qui sine parte institutus est, in tertium assem veniet, sive re ad unum assem revocata in trientem, §. 8. *inf. eod.* eaque mens est Jurisconsulti *in d. l. 17. §. ult.* cum ait, distributo dupondio sine parte scriptum non in alium assem, sed in trientem venire; non in alium assem oppositum dupondio ad assem prius revocato, sive qui distributione testatoris ad solennem unius assis rationem redacta efficiat semissem totius hæreditatis, ut ille solus tantum capiat, quantum alii omnes, uti

fit, cum quis sine parte scribitur expleto asse, de qua specie tractaverat §. 3. & 4. sed in eam partem duntaxat, quæ, ratione ad unum assem revocata, efficiat illius assis trientem. atque in distributione testatoris sive in tripondio uni assi sive 12. tantum unciis
3 ἀναλόγως respondeat. Non est igitur ferenda Francisci Hotomanni confidentia, qui locum istum Jurisconsulti mendosum esse contendens, pro *trientem* reponi vult *tressem*, vel *tripondium*; quasi Jurisconsultus ita scripsisset, *Qui dupondio distributo sine parte institutus est, non in alium assem, sed in tressem venit.* Quæ oratio manifeste aut in totum falsa est, aut implicat contradictionem. Falsa, si tressem accipimus pro tribus assibus conjunctim sive pro unciis 36. in quas tota hereditas divisa proponitur: sic enim foret, ut totum ferret solus, qui sine parte scriptus est. Contradictionem habet, si eadem vox accipiatur discretim pro asse tertio aut uno ex tribus. Nam huic enuntiationi; *Qui dupondio distributo sine parte scribitur, non venit in alium assem*, aperte contraria est illa; *Qui dupondio distributo sine parte scribitur, venit in tressem*, si hoc est in tressem venire, in novum, in alium, in tertium assem venire. Quid est vero, quod Hotomannum impulit, ut textum hoc modo mutaret? Nimirum ut juvaret abnormen quandam sententiam, cujus junior adhuc auctor fuit, & quam refricuit jam senior, summaque ope defendere conatus est, *lib. 8. obs. c. 2.* Putavit Hotomannus, quemadmodum asse completo is, qui sine parte nominatus est, in alterum assem venit, reque ad unum assem revocata aufert semissem, simili modo impleto dupondio eum, qui sine parte scriptus est, tripondio ad assem revocata semissem ferre debere; nec rationem pati, ut hic tantum trientem, ille semissem ferat. Igitur Hotomannus cum huic opinioni suæ videret obstare d. locum Ulpiani, scriptum manifestissime in contrarium, lectionem loci ex cerebro suo mutavit, ut pro *in trientem venit*, substituerit; *in tressem venit.* Quæ verba, si Hotomanno credimus, significabunt, aufert proportione sua indefinita ex tresse 18. uncias. Sed nihil est, quod cum ratione aut proportione magis pugnet, quam hæc Hotomanni opinio: nec hilum proficit mututa lectione: quippe cum in tressem venire duobus tantum modis quis dici possit, & iis quos paulo ante indicavi. Miror, virum alias acutissimum non potuisse videre harum rerum minime obscuram dissimilitudinem. Quo plures in partes res quæque discerpitur, eo minus singuli ex toto ferant necesse est. Accidit hoc item in distributione hereditatis: ac proinde si hereditas distributa fuerit in uncias sive partes 36. ut in quæstione proposita, cum exhausto dupondio aliquis sine parte heres scribitur, non potest nec debet is, cui pars adscripta non est, tantum ex toto, hoc est, ex hereditate consequi, quantum is, qui asse solum exhausto similiter sine parte scriptus est, ubi hereditas divisa est solummodo in uncias 24. Quid enim tam manifestum est, quam minores esse uncias in tripondio, quam in dupondio, atque in hoc iterum minores, quam in asse, omninoque ratione ad assem solennem reducta unam unciam proportione respondere duabus in dupondio, tribus in tripondio sive tresse? Sumamus exempla facillima & prope puerilia cum Hotomanno. *Primus ex 12. unciis heres esto. Secundus heres esto* Hic secundus sine parte institutus habebit duodecim uncias. *Primus ex duodecim unciis, Secundus item ex 12. unciis heredes sunto. Tertius quoque heres esto.* Hic tertius itidem habebit 12. uncias, sed quæ in asse juris non tantum efficiant, quantum casu priori: illic enim singulæ semunciam, hic binas solum sextulas sive tertiam unciæ partem valent. Error Hotomanni in reductione & detractionibus faciendis maxime conspicuus est. 4 Is in proposita specie Tertio sine parte scripto initio nihil, Primo & Secundo singulis partis suæ dimidiam detrahit, id est uncias sex de duodecim, quot singulis adscriptæ, ut efficiat dupondium; in quo cum Tertius 12, Primus & Secundus singuli 6. tantum uncias habere reperiantur, ita dupondium deinde ad assem revocat, ut Primo iterum & Secundo singulis partis suæ, quam in dupondio iis reliquerat, dimidia, id est, ternæ unciæ detrahantur, Tertio senæ, ut unum hic semissem solus, alterum illi duo conjunctim consequantur. Quod minime ferendum est. Nam cum Tertius interpretatione juris non minus in certam partem vocetur, quam duo illi, in quorum persona partes expressæ sunt, & vocetur in partem partibus expressis æqualem, æqualem quoque detractionem cum cæteris pati debet: ideoque in proposita si tres asses distributos ad unum redigere volumus, binæ reductiones, totidemque gradatim & partes in singulorum portionibus detractiones fiant. Prima sit tripondii ad dupondium, in qua singulis detrahenda pars tertia, id est, unciæ 4. altera dupondii ad assem, in qua singulis, ut as reliquatur, detrahenda est dimidia. Denique eadem ἀναλόγως ratio est, cum dupondio superato aliquis sine parte scribitur, & cum dupondio non superato, sed expleto tantum: itaque ut illic in id, quod tertio assi deest, sine parte scriptus vocatur, *l. Sabinus 18. eod.* ita hic integrum quidem assem tertium, at nihil amplius capere debet, *add. Ant. Fab. 5. conj. 20. Bachov. in Treutl. vol. 2. disp. 11. thes. 4.*

TEXTUS.

Si pars vacet, aut exuperet.

7. *Videamus, si pars aliqua vacet, nec tamen quisquam sine parte sit hæres institutus, quid juris sit; veluti si tres ex quartis partibus hæredes scripti sunt. Et constat, vacantem partem singulis tacitè pro hæreditaria parte accedere, & perinde haberi, ac si ex tertiis partibus hæredes scripti essent. Et ex diverso, si plures hæredes scripti in portionibus siut, tacitè singulis decrescere; ut si (verbi gratia) quatuor ex tertiis partibus hæredes scripti sint, perinde habeatur, ac si unusquisque ex quarta parte hæres scriptus fuisset.*

NOTÆ

7. *Ex quartis partibus*] Id est, singuli ex quadrante, seu tribus unciis. Et ita quoque, quod mox sequitur, *ex tertiis partibus*, id est, ex trientibus, sive unciis quatuor.

COMMENTARIUS.

1. *Explicatur constitutio Iustiniani* in l.23. C.de legat.

Hic locus pertinet ad articulum tertium, cum heredes omnes instituti sunt ex certis partibus. In hoc articulo si testator solennem assis distributionem secutus, non pauciores neque plures partes sive uncias fecerit, quam duodecim, nihil est, de quo dubitari possit. Tantum si pauciores vel plures fecerit, & juxta rationem juris ad duodecim distributionem revocare volumus, quæri potest, quantum cuique adjici vel detrahi oporteat. Placuit autem adjectionem vel detractionem non æqualiter & in partes viriles fieri, sed pro rata ejus partis, quæ cuique adscripta est, *l.13. §.2. & seqq. hoc tit.*

Si tres ex quartis partibus, &c.] Hoc est, si tres instituti sint, singuli ex quadrante sive ex tribus unciis. Ait, *vacantem partem*. Id est, quadrantem reliquum, sive tres uncias, quæ assi desunt. *Pro hereditaria parte.* Hoc clarius apparet, cum adscriptæ sunt partes inæquales; veluti si testator ita dixerit, *Titius ex quadrante, Mævius ex semisse heredes sunto.* Hic enim ex tribus unciis, quæ assi explendo desunt, una Titio, duæ accrescunt Mævio, *d. l. 13. §.3.* perinde acsi ille ex triente, hic ex besse scriptus esset. Accrescunt autem partes residuæ singulis necessario, & eadem ratione, qua uni heredi ex parte scripto reliqua hereditas accrescit; quia scilicet juris ratio non patitur, ut eidem partim ex testamento partim ab intestato succedatur.

Si quatuor ex tertiis partibus, &c.] Hoc est, si quatuor instituti sint singuli ex triente sive ex unciis quatuor. *Tacite singulis decrescere.* Pro parte item hereditaria, ut quadrantem singuli in asse ferant. Et igitur si duo scripti sint, Primus ex 12. Secundus ex 6. unciis, Primus ex sententia veterum habebit hereditatis bessem, Secundus trientem, *d. l. 13. §. sed si 4. hoc tit.* Et ἀναλόγως, si Primus ex 12. Secundus ex 8. aut 9. scripti sint, portio Primi major erit sesqvuplo vel epitrito, quam Secundi: à qua tamen veterum sententia videtur recessisse Justinianus, *l. cum qu. 23. C. de legat.* nisi dicamus cum Donel *lib.6. comm. c.22.* interesse utrum asse sive duodecim unciis primo relictis, mox semis aut sex unciæ Secundo relinquantur simpliciter, an sex unciæ aut dimidia nominatim ejusdem rei aut totius quod relictum est. Et hoc posteriore casu locum duntaxat esse constitutioni Justiniani, qui & initio speciem ita proponit; priore non item. In quo Donello assentior: nam prior casus, de quo nulla inter veteres dissensio, Justiniani decisione non indigebat. Illud addo, posse & aliam rationem in re proposita iniri, ut progressus fiat ad dupondium, & singulis pro portione hereditaria accrescat, quod dupondio deest. Sed & tot partes, quot à testatore factæ sunt, in divisione servari possunt, ut singuli suas ferant, *l.15. §.ult. l. si ita 47. §.1. l. ex unciis 87. hoc tit.*

TEXTUS.

Si plures unciæ quàm duodecim distributæ sunt.

8. *Et si plures unciæ, quàm duodecim, distributæ sint, is, qui sine parte institutus est, quod dupondio deest, habebit. Idemque erit, si dupondius expletus sit. Quæ omnes partes ad assem posteà revocantur, quamvis sint plurium unciarum.*

COMMENTARIUS.

1. *Casus aliquot hic omissi recensentur.*

Rectius hic §. subjectus foret §.6. propter convenientiam propositorum in utroque casuum, qui ad eundem articulum, atque ex tribus, in quos præsens disputatio divisa est, ad secundum pertinent, nempe cum quidam definite, quidam indefinite scripti sunt, ut in explicatione nostra illic videre licet.

Quod dupondio deest] Eadem ratio est in secundo asse, quæ in primo: & ideo quemadmodum asse non expleto, is qui sine parte scriptus est, vocatur in id, quod deest assi, ita si testator superato asse, dupondio tamen non expleto, sine parte heredem scripserit, is quod ex dupondio deest, habebit, ad quem testator assem excedens transire intelligitur,

telligitur, *l.18. hoc tit.* Quamobrem si ita scripserit, *Primus ex unciis* VIII. *Secundus item ex* VIII. *Heredes sunto. Tertius heres esto.* Hic Tertius, item octo uncias, quot dupondio desunt, feret. Eadem ratione, si ita scripserit; *Primus ex sex, Secundus ex octo heredes sunto. Tertius heres esto.* Tertius decem, quæ supersunt in dupondio, habebit, *l. ex unciis 87. hoc tit.* Quod si partes, uti fit, ad unum assem revocamus, in priori specie singuli trientem, in posteriore Primus quadrantem, Secundus trientem, Tertius sine parte scriptus quincuncem feret.

Idemque erit, si dupondius expletus sit] Expletus videtur dixisse pro *superatus*: neque enim hic de expleto asse aut dupondio quæritur, sed de superato; qui casus ab illo diversus est: quanquam utriusque eadem ratio, *l.17. §. ult. eod.* & tam is, qui asse aut dupondio expleto alium sine parte heredem facit ad dupondium vel tripondium creditur transiisse, quam is, qui id fecit asse aut dupondio jam superato; ut quemadmodum hic sine parte scriptus in id, quod dupondio aut tripondio deest, vocatus intelligitur, ita illic in novum, hoc est, secundum aut tertium assem. Sunt & alii casus, qui ad institutam
1 disputationem pertinent, à Triboniano omissi, & fortassis de industria: veluti 1. siquis solus institutus sit; non simpliciter aut ex parte hereditatis, sed ex re certa, puta ex fundo; quam institutionem valere placet, quasi mentio fundi facta non esset, & institutum bonorum omnium hereditatem consequi, *l.1. §.4. hoc tit. l. cohoredi 41. in fin. de vulg. & pup.* de quo dixi *§.5. sup. eod.* 2. Si plures instituti omnes item ex re certa: atque hoc casu similiter mentio rei & partium quoque nominatarum potestate legis detrahitur, etiam tunc cum ex partibus rei inæqualibus instituti sunt, nisi aliud suadeat manifesta voluntas testatoris: tunc enim partium expressio valebit ad rerum divisionem, ut officio judicis familiæ erciscundæ pro rata portionis, quam cuiq; in rebus assignavit testator, hereditas singulis adjudicetur, *l.9. §. si duo, l.10. junct. l. ex facto 35. in pr. eod.* 3. Si plures instituti, eorumque quidam ex re certa, quidem simpliciter aut ex parte hereditatis Hoc casu placuit solos hæredes fieri, qui simpliciter aut ex quota, uti loquuntur, scripti sunt, ex re singulari scriptos legatariorum loco esse, *l.13. Cod. eodem.* Cur vero tam varie? Nimirum ideo, quia ubi soli sunt instituti ex re certa, hic si testamentum subsistere volumus, atque ex eo, quod utique testator voluit, deferri hereditatem, necessario detrahenda est rei mentio, cum hæc simul stare non possint, heredem esse, hoc est, universi juris successorem, & rem tantum obtinere singularem. At vero cum concurrunt cum his alii recte heredes scripti vel indefinite vel ex certa parte hereditatis, nulla necessitas cogit, ut mentionem rei, ex qua unus aut plures scripti sunt, detrahamus, cum rem illam habere possint tanquam ex legato, idque salva ratione juris & defuncti voluntate, quæ per coheredes simpliciter vel ex parte scriptos sustinetur. Plane si heredes universitatis defecerint, quod adire hereditatem noluerint, aut ante mortui sint, tunc ex communi opinione Doctorum *dict. l.13.* idem per omnia erit, ac si instituti ex re singulari ab initio soli fuissent: quamvis nonnulli hanc sententiam non aliter admittant, quam si coheredes defecerint vivo adhuc testatore, quos sequitur Bachovius hic. vid. *Gomez. 1. resol. 10. num. 13. Graff. §. institutio, quæst. 22. num. 3.*

TEXTUS.

De modis instituendi.

9. *Hæres & purè & sub conditione institui potest: ex certo tempore, aut ad certum tempus non potest; veluti*, Post quinquennium, quam moriar; *vel*, Ex Calendis illis; *vel*, Usque ad Calendas illas hæres esto. *Denique diem adjectum haberi pro supervacuo placet, & perinde esse, ac si purè hæres institutus esset.*

NOTÆ.

9. *Sub conditione*] *V. C. Titius hæres esto, si Mæviam uxorem duxerit.* Hic institutio, in pendenti est, & si quidem extiterit conditio, vires capit, ac conditionis eventus retrotrahitur ad tempus mortis, ut perinde habeatur, ac si pure facta esset institutio: si conditio defecerit, institutio evanescit, deferturque hæreditas ab intestato, *l. 26. de cond. inst.* fac. *l.8. de per. & com. rei vend. l.11. §.1. qui pot. in pign.*

Ex certo tempore, &c.] Ratio est, quia regula, quæ vetat eundem in paganis testato & intestato decendere, etiam in spatio temporis locum habet, *l.41. de test. mil. l.8. C. eod.* ubi quod traditur, est ex prærogativa privilegii militaris. Cessat autem in conditione, cujus eventus retrotrahitur. Conditionem facit etiam dies incertus, *l.75. de cond. & dem.*

Usque ad calendas] Occurrit hic etiam specialis ratio, quia juri nostro non convenit temporalem hæredem habere, *l.7. §.10. de minor. l.88. h. t.*

COMMENTARIUS.

1. *Captatoria institutio quæ veteribus dicta.*
2. *Suos heredes omnes sub alia conditione institui non posse, quam quæ in eorum sit potestate.*
3. *Diem certum institutioni adjectum, sive ut terminus à quo, sive ut terminum ad quem, pro supervacuo haberi.*

4. *Cur dies certus institutioni adjectus, ut terminus à quo, non suspendat institutionem similiter, ut adjecta conditio.*
5. *Moribus hodiernis hujusmodi subtilitates insuper haberi*
6. *In testamentis diem omnem incertum conditionem facere*
7. *An si cui bonorum omnium usufructus legatus sit, & post mortem ejus alius heres institutus, legatum valeat.*

HIc se nunc offert tituli hujus pars tertia, in qua tractatur de forma & modo heredes instituendi, deque iis, quæ institutioni utiliter vel inutiliter adjiciuntur: sed non omnia, quæ eo pertinent, Imp. tangit, contentus, quæ præcipua sunt, de conditione & die adjectis quædam indicasse. Ante quorum explicationem monendi sumus, ad formam institutionis omnino pertinere, ut ea verbis fiat, iisque idoneis, ut ex iis liquere possit voluntatis intentio; quamvis quibus verbis fiat, imperativis sive directis, an inflexis nihil referat, *l.15. C. de testam. & ibi Dd.* Deinde ita fieri debere, ut de persona heredis certo constare possit, vel ex nomine, vel ex indubitabili signo; alioqui vitiari institutionem, *l.9. in pr. junct. §. si quis 8. & seq. l. in tempus 62. §.1. hoc tit. l.4. C. eod.* Item inutilem esse institutionem, si testator non certo consilio heredem scribat, aut quid alienum captet. Unde improbata veteribus tum institutio, quæ in alienam voluntatem confertur, veluti, si quis dixerit, *Quos Titius voluerit, heredes sunto, l. illa institutio 32. l. si quis 68. eod.* tum captatoria, quæ fit captandæ alienæ hereditatis causa, cum testator suam hereditatem tanquam in hamo defert, ut allectet alienam; puta hoc modo, *Qua ex parte Titius me heredem faciet, ex eadem mihi heres esto, l. captatorias 70. cum l. seq. eod. l. captatoriæ 64. de legat. 1.* cujusmodi institutiones etiam in testamentis militium improbantur, *l.11. C. de test. mil.* Hoc autem modo concepta institutio valet, *Qua ex parte Titius me heredem fecit, ex eadem heres esto.* Quoniam in præteritum collata est, neq; ad captandum, sed ad remunerandum comparata, *l. illa autem 71. l. Clemens 81. §. eod.* Sed nec institutiones, quæ mutuis affectionibus judicia provocaverunt, pro captatoriis habentur, *d. l. captatorias 70. eod.* Valent itaque haud dubie & mutuæ conjugum institutiones. *D. Tulden. in C. de test. mil. n.9.* ubi obiter refellit Jo. Deckherum hanc sententiam oppugnantem *lib.1. Dissert. 7.* De captatoria institutione eleganter Menoch. *consil. 408. Ant. Fab. Cod. suo de hered. inst. defin. 11. post Cujac. 16. obs. 11. Duar. c.3. hoc tit.* Nunc accedamus ad explicationem textus.

Sub conditione institui potest] Conditio est adjectio, qua in futurum eventum, quod dari, aut fieri volumus, suspenditur: eaque vel possibilis est, vel impossibilis. Impossibilis inutiliter institutioni adjicitur & pro non scripta habetur, de qua mox: possibilis utiliter, ut suspendatur interim institutio, atq; existente conditione vires capiat, proindeq; habeatur ac si pure facta esset; deficiente, evanescat, & hereditas deferatur ab intestato. Solius persona filiifam. excipitur, qui vetatur sub alia conditione heres institui, quam quæ in illius potestate sit, nisi sub contraria conditione exheredetur, ne, si conditio deficiat, reperiatur contra legem præteritus, *l.4.5.6. l. jam dubitari 86. hoc tit. l.15. l. ult. de cond. inst.* Tantundem nunc dicendum de cæteris liberis, qui in potestate sunt, & sui heredes, postquam hi omnes filiofam. exæquati, *§.5. sup. tit.* 2

Falluntur ergo Dd. qui putant, ita nunc jus esse, ut si suus heres in incertum eventum institutus sit, institutio non vitietur, sed potestate juris detrahatur conditio usq; ad portionem legitimam, quæ gravari prohibeatur ulla dispositione moram aliudve onus afferente, *per l. quoniam 32. C. de inoff. testam.* Non enim animadvertunt agi isto loco non de liberis institutis, sed exheredatis, quibus aliquid pro legitima relictum sit. Nam Justinianus cum in *l. omni modo 30. & l. seq. C. eod.* jussisset cessare querelam inofficiosi, si quid liberis omnino relictum esset, supplerique, si minus relictum; quod legitimæ deest, mutato veteri jure, quo querela non excludebatur, nisi aut tota legitima portio relicta esset, aut si minus, adjecta clausula, ut si quid deesset, id boni viri arbitratu repleretur, in *d. l. quoniam.* Quæ mox sequitur, superiores sanctiones temperat, easq; sic vult obtinere, ut liberi portionem legitimam plenam consequantur, & sine ullo gravamine aut mora. Novissime voluit & titulo institutionis legitimam relinqui. *Nov. 115. c.3.* de quo plura *tit. 18.*

Ex certo tempore aut ad certum tempus non potest] Hujus rei explicatio plus difficultatis habet. Ait, *Ex certo tempore, &c.* quibus verbis tacite innuitur differentia temporis sive diei certi atque incerti, & quæ hic traduntur, non ad utrumque, sed ad alterum tantummodo, certum scilicet, pertinere. Ita est: Dies aut est certus, aut incertus. De incerto illico videbimus. Certum dicimus, cum certum est & venturum esse, & quando venturus sit. Hic dies bifariam institutioni forte apponi potest; vel ut terminus à quo, veluti, *Post quinquennium quam moriar, heres esto;* vel ut terminus ad quem, veluti, *Usq; ad quinquennium heres esto.* Neutro autem modo apponitur utiliter. Et hoc est, quod Imp. ait, heredem ex certo tempore vel ad certum tempus institui non posse; non quod adje-

adjectione diei in totum vitietur institutio, sed quod dies, ut vitiose adjectus, rejiciatur & habeatur, pro non scripto: ita enim se statim explicat, cum ait, diem adjectum pro supervacuo haberi, & perinde esse, ac si pure institutio facta sit. Breviter Jurisconsultus, *l. hereditas 34. hoc tit. Hereditas*, inquit, *ex die vel ad diem non recte datur, sed vitio temporis sublato manet institutio*. Quod dies tollitur, benevolentiæ est, ne pereat ultima defuncti voluntas. Quod die non sublato subsistere nequeat institutio; ex regula, qua vetatur idem in paganis testato & intestato decedere, proposita & à nobis exposita *§. hereditas 5. sup. eod.* Neq; enim ad portionem bonorum tantum, verum etiam ad temporis spatium ea regula pertinet, *l. miles ita 41. in pr. de test. mil.* Peculiaris quoq; ratio est, cum dies adjicitur tanquam terminus ad quem; quia juri nostro non convenit, temporalem heredem habere, sed is, qui semel heres extitit, semper heres maneat necesse est, *l. 7. §. sed quod 10. de minoribus, l. ei qui 88. hoc tit.* De altero illo quæsierit aliquis, cur cum heres ex certo die instituitur, non æque placeat suspendi institutionem, & antequam dies veniat, nullum interim heredem esse, ac cum quis instituitur sub conditione, & quid intersit, ita scribam, *Titius post quinquennium heres esto*, an, *Titius heres esto, si uxorem duxerit*? Hoc interest: Conditionis ea est vis ac na-
4 tura, ut actum omnem, cui adjicitur, jurisque effectum suspendat, ea deficiente nihil actum ut intelligatur, existente perinde habeatur, ac si ab initio res sine conditione gesta esset, *l. 8. de per. & comm. rei vend. l. 11. §. 1. qui pot. in pign.* Proinde cum heres sub conditione institutus est, in pendenti est tota dispositio testatoris, & siquidem defecerit conditio, nulla dispositio facta intelligitur, statimq; defertur hereditas ab intestato; si extiterit, eventus ejus retrotrahitur ad tempus mortis, ut quod sub conditione dispositum est, pure dispositũ intelligatur, *l. si pupillus 26. de cond. instit.* Dies vero certus diversæ naturæ est, primum in hoc, quod nunquam suspendit vim aut effectum juris; tantum ad hoc utiliter rei alicui, veluti legato aut stipulationi, adjicitur, ut remoretur executionem, *§. 2. inf. de verb. obl. l. cedere diem 213. & verb. sign. l. 17. de reg. jur. l. si dies 21. quand. dies legat.* Quod si ergo heres ex certo tempore institutus ante id tempus heres esse impediatur, dies operabitur præter & contra suum naturam suspenso juris effectu, ideoq; statim potius admittendus, præsertim cum certum sit, diem extiturum esse, quod secus est in conditione. Ita post *Iacob. de Aret. Bart. & Bald.* disputat *Gomez. 1. resol. 2. n. 8.* Deinde & in eo differentia est, quod dies non ita, ut conditio, existens retrotrahi potest, hoc est, quod aditio post diem existentem facta non potest conjungi & continuari cum tempore mortis testatoris, quam tamen continuationem jus requirit, *l. heres 54. de acq. her. l. omnes 138. de reg. jur.* nisi toto intermedio tempore subducto? nam si id tempus manere volumus, ut adjectum utiliter, jam non suspendimus institutionem, ut nullus interim heres sit; sed causæ intestati interim locum facimus: quod juris ratio non patitur. Nostri & Gallorum mores hujusmodi subtilitates aversantur: sed uti receptum est, 5
ut unicuique pro portione bonorum & testato & intestato decedere liceat, ita & ad tempus quisque hæredem facere potest, & ex certo tempore, ut aut post tempus, aut antequam dies veniat, intestati hæreditas deferatur; quod jure civili Romanorum solummodo ex privilegio obtinebat in testamentis militum, *l. 15. §. 4. l. miles 41. in pr. de test. mil. vid. notat. sub §. hæreditas 5. sub. eod.* Hæc dicta sunto de die certo. Dies incertus aut prorsus & simpliciter talis est, cum scilicet neutrum horum apparet, nec an venturus sit, nec quando; veluti si ita testator dixerit, *Titius hæres esto, cum consulatum inierit; cum uxorem duxerit*; aut secundum quid, cum alterutrum incertum est, & vel ignoratur, an venturus sit duntaxat: veluti si ita, *Titius cum erit annorum quatuordecim, hæres esto*: vel tantum quando venturus sit, qualis est dies mortis cujusque. Et extat de die incerto generalis definitio Papiniani in hæc verba; *Dies incertus conditionem in testamento facit, l. dies 75. de cond. & dem.* cujus definitionis hæc sententia est, ut conditio testamento adjecta non detrahitur sed suspendit dispositionem, ita & dies incertus; atque ut existente demum conditione vires accipit dispositio, ita & existente demum die incerto. Et siquidem vel utrumq; ignoretur, an dies venturus sit, & quando, vel etiam unum illud, an sit venturus, dubium non est, quin hujusmodi dies pro conditione sit, *l. si dies 21. & l. seq. quand. dies leg.* At si certum sit, exititurũ esse, ignoretur autem quando; hic referre puto, utrum dies appositus sit extraneo, an ipsi hæredi Si extraneo, puta hoc modo, *Titius hæres esto, cum Sempronius morietur*, diem pro conditione esse; quia fieri potest, ut hæres scriptus ante Sempronium moriatur: quo argumento tale legatum conditionale esse defenditur, *Hæres meus, cum morietur, Titio decem dato; l. 1. §. 2. de cond. & dem. l. 4. in pr. quand. dies leg.* Si vero ipsi hæredi adscriptus sit, veluti, *Titius, cum morietur, hæres esto*, non puto conditionem facere: quia nec si legatario adscribatur, facit, *d. l. 4. §. 1. l. hæres meus 79. in pr. de cond. & dem.*

& ideo institutioni adjectum quasi diem certum, qui vivente adhuc hærede omnimodo exciturus sit, detrahendum esse, institutionemq; pro pura habendam: quæ & communis interpp. sententia est in *l.9. C.h.tit.* teste Gomez 1. *resol.2.n.11.* Illud aperte falsum est, quod hoc loco scribit Bachovius, tale legatum, *Titio, cum morietur, decem do, lego*, conditionale esse, contra textus expressos in *d.l. hæres meus 79. de cond. & dem.* & *in d.l.4. §.2. quand. dies leg. ced.* Singularis casus instititutionis ex die incerto est, cum quis instituitur in tempus capiendæ hæreditatis, *l. in tempus 62. h.t.* qui tamen casus à doctoribus omnibus restringitur ad eos qui non simpliciter incapaces sunt, sed secundum quid; quales sunt orbi, cœlibes; quos procul dubio hæredes instituere licet, cum liberos susceperint, cum uxores duxerint. Angelo absurdum non videtur etiam deportatum sic institui, cum restitutus erit. Utique rectè idem Angelus responsum istud Jurisconsulti in *d.l. in tempus*, sic temperandum existimat, ut locum habeat, cum incapacitas est ex parte instituti duntaxat, non etiam
7 simul ex parte testatoris: nam spurium hoc modo; *cum capere poterit*, à patre institui non posse. De illo quæsitum est, si, verbi gratia, uxori bonorum omnium ususfructus legatus sit, & post mortem ejus Titius hæres institutus, an legatum valeat. Et multis visum est, tale legatum esse inutile; quoniam dies ususfructus legati non prius cedit, quam hæreditas adita sit, *l.un. §.2. quand. dies usufr. leg. ced. l.2. & 3. quand dies legat. l.un. §. libertatibus 6. C. de cad. toll.* in proposito autem hæreditas adiri nequit, quamdiu uxor vivit, eo quod dies incertus pro conditione est; nec potest confirmari legatum ususfructus adita post mortem uxoris hæreditate, quia ususfructus morte extinguitur. Pluribus tamen visum est valere, quibus assentior. Etenim in casu proposito institutio hæredis conditionalis non est, sed pure in proprietate facta ex mente testatoris intelligi debet, utpote qui legatum purè deberi voluit, nec credendus est elegisse viam, per quam dispositio ejus evertatur, contra *l. Gallus 29. §.1. de lib. & post. l.3. de test. mil.* Poterit itaque hæres institutus statim hæreditatem adire eamque transmittere, quia mortis tempus adjectum non est ad infringendam institutionem, sed ne hæres interim turbet uxorem in usufructu. Quid si hæres institutus adire vivente uxore nolit? Posse eam in casu proposito de facto uti & frui Baldus respondit in *l. extraneum C. hoc tit.* sed tutius est, ut judicis officium super hoc imploret, *vid. Covar. 2. var. res.2.num.5. Gail.2. obs. 143.n.2. Grass. §. legatum. q 23. n.2. Mantic. de conj. ult. vol. lib. 4. tit. 5. num. 22. Io. del. Castill. tract. de usufruct. cap. 7. num. 23. & seq. D. Iac. Coren. consil. 15.*

TEXTUS.

De conditione impossibili.

10. Impossibilis conditio in institutionibus & legatis, nec non in fideicommissis, & libertatibus, pro non scripta habetur.

NOTÆ.

10. *Impossibilis conditio*] Cui similis, quæ quid continet, quod pugnat cum bonis legibus aut moribus, *l.15. & seq. de cond. inst.* perplexa tamen, ἄπορος vitiat institutionem, *l.16. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Conditionem ἄπορον, aut difficilem propter personæ cui apposita est, qualitatem, &c. pro impossibili non haberi.*
2. *Ultimas voluntates appositione conditionis impossibilis non vitiari; conventiones contra & cur tam variè.*
3. *Dispositionem hujus §. auctore Grotio, non convenire moribus nostris.*
4. *Conditioni impossibili similem esse eam, quæ quid turpe continet, & ideo hanc quoque pro non scripta haberi in ultimis voluntatibus.*

IMpossibilis conditio est, definitore Justiniano, cui natura impedimento est, quo minus existat; veluti, *si digito cœlum tetigeris, §. impossibilis inf. de inut. stip.* Sed & quæ facta natura & per se possibilia sunt, possunt casu aut adjectione temporis fieri impossibilia: veluti, exigere pecuniam, monumentum facere, Gadibus Romam pervenire, sunt δυνατὰ, at exigere pecuniam à se, monumentum post mortem testatoris in triduo proximo facere, biduo Gadibus Romam pervenire, ἀδυνατα. Sive autem per se conditio impossibilis sit, sive propter circumstantiam aliquam, hoc jure utimur, ut sub tali conditione facta institutio non vitietur, sed evanescat conditio, & pro non scripta habeatur, *l.1. l.6. l. mulier 20. de cond. inst.* nisi fortè conditio sit ἄπορος, sive talis, quæ efficiat, ut ipsa institutio impossibilis, 1 aut potius perplexa atque inexplicabilis sit, ita ut voluntas defuncti exitum reperire nequeat; cujusmodi conditio institutionem vitiat, *l. si Titius 16. de cond. inst.* Sed & in alia quavis ultima voluntate, puta legato aut fideicommisso conditio impossibilis pro non scripta est, *l.12. §.1. l. ab omnibus 104. §.1. de legat. 1. l.5. §.4. quand. dies leg.* generaliter enim quicquid in testamento scriptum impossibile est, placet nullam vim habere, *l. si Mævia 45. hoc tit. l.3. de cond. & dem.* Planè conditio difficilis huc non pertinet, quantumvis propter personæ, cui apposita est, qualitatem aliamve causam videatur impossibilis: sed nisi conditioni pareatur, relictum in testamento non capi-

capitur. Finge libertatem servo relictam hac conditione, *si hæredi millies dederit:* Hic non detrahetur conditio, sed inutilis erit datio libertatis, ut responsum est à Paulo, *l.4. §.1. de statu lib.* Idem juris est, si in tam longum tempus conditio collata sit, ut eo tempore is, cui libertas datur, vivere vix possit; veluti si servo quatuor annos nato libertas detur cum erit annorum centum: de, quo *vid. Franc. Amaya lib.1. obs. jur.*
2 *cap.11.* Alio autem jure utimur in stipulationibus & conventionibus; quippe quæ nullius momenti sunt, & in totum vitiantur apposita conditione impossibili, *§. si impossibilis inf. de inut. stip. l.7. de verb. obl. l. non solum 31. de obl. & act.* ubi etiam diversi juris indicatur ratio; nimirum quia manifestum est, eos, qui in contrahendo apponunt aut apponi patiuntur conditionem, quam sciant esse impossibilem, non esse hoc animo, ut se aut alios sibi obligent, sed jocari, ludere, omnino ea cogitatione esse, ut nihil agi existiment. At testatorem in ordinatione supremæ voluntatis, in re tam seria & cogitatione mortalitatis, non serio agere & ludere voluisse, quod in speciem impietatis cadit, credendum non est, sed mendum potius ei excidisse, quod favore ultimæ voluntatis corrigitur, & tollitur à lege, ne id hæredi fraudi sit, cui nihil imputari potest, neve alia bene recteque constituta evertantur,
3 *arg. l.1. de cond. inst.* D. Grotio videtur hanc interpretationē minus convenire moribus nostris: Nam cum in his regionibus omnem supremam dispositionem interpretemur secundum id, quod propius vero est sensisse testatorem, nobis hujusmod institutionem potius pro ridicula & nulla habendam esse, ut etiam ipsi Romani in cæteris causis id intellexerunt, dem-
4 pta ultima voluntate. Impossibili conditioni similis est conditio turpis, quam interpretes vulgo ut speciem impossibili subjiciunt, & appellant impossibilem de jure. Ea est, quæ quid continet, quo pugnet cum pietate, bonis legibus aut moribus. Nam, ut bene & piè Papinianus noster *l. filius 15. de cond. inst. Quæ facta lædunt, pietatem, existimationem, verecundiam nostram, & generaliter, quæ contra bonos mores fiunt, ea nec facere nos posse credendum est.* Et ideo etiam, si quid ejusmodi testamento insertum sit, id perinde ac si quid impossibile adscriptum esset, placet pro non scripto haberi, *l. conditiones 14. de cond. inst.* veluti, *Si ab hostibus patrem suum non redemerit; Si parentibus patronove suo alimenta non præstiterit.* Paulus scribit, hujusmodi conditiones remittendas esse, *l.9. d. tit.* quod effectu juris eodem recedit: capitur enim semper hæreditas legatumve perinde, ac si adjectæ non essent. Planè filius, qui in potestate est, sub tali conditione heres scriptus, testamentum patris infirmat, ac si conditio non esset in ejus potestate, *d. l.15. eod.* quod etiam ad cæteros suos hæredes nunc transferendum est, per ea, quæ *sub. §. præc.* Pacta quoque & stipulationes turpi conditione apposita nullius momenti sunt, uti juris esse diximus, cum his apponitur conditio impossibilis de facto, *l. generaliter 26. l. stipulatio 61. de verb. obl. l.4. C. de inut. stip.*

TEXTUS.
De pluribus conditionibus.

11. *Si plures conditiones in institutionibus adscriptæ sunt, siquidem conjunctim, ut puta,* Si illud & illud factum fuerit, *omnibus parendum est: si separatim, veluti,* Si illud, aut illud factum erit, *cuilibet conditioni obtemperare satis est.*

COMMENTARIUS.

Docent nos dialectici, copulatæ orationis partes omnes veras esse oportere, si ea vera esse ponatur: totam autem falsam esse, si vel una pars falsa sit: cui conveniens est, quod hic scribit Justinianus, si plures conditiones conjunctim institutioni adscriptæ sint, omnibus parendum esse, ut scilicet verificetur tota enunciatio, & institutio purificetur; quod & Paulus tradidit *l.5. de const. inst.* & Scævola de stipulatione eodem modo concepta, *l. si quis 129. de verb. obl.* Ait; *omnibus parendum est.* Parere, obtemperare dicimur conditioni, quando eam implemus, & propriè hæ enunciantur de ea conditione, quæ posita est in nostra potestate, quam quoties volumus, implere possumus, nonnunquam tamen & ad earum conditionem impletionem referuntur, quæ positæ sunt in eventu, ut *in l.2. de cond. & dem* & sic quod hic traditur, pluribus conditionibus conjunctim adscriptis, omnibus parendum esse, etiam ad plures conditiones, quæ ex casu pendent, copulatas pertinere, sciendum est, nec sufficere ad delationem hæreditatis, unam existere aut impleri, sed omnium impletionem expectandam: quippe cum non minus in hanc speciem, quam in præcedentem illam prædictum axioma logicorum quadret, & utique ex æquo conveniat ratio Pauli in *d. l.5. de cond inst.* quod plures conditiones conjunctim scriptæ unius loco habeantur: ideoque merito à reliquis interpretibus notatus est Accursius quod putaverit, ex pluribus conditionibus casualibus conjunctim appositis sufficere extitisse unam: *arg. l. si plures 17. eod. tit.* quæ huc non pertinet, sed loquitur de pluribus institutionibus factis sub diversis conditionibus, repetita scil. ejusdem institutione in diversa parte testamenti, *D. Vigl. hic.*

Si separatim, cuilibet &c. *d. l.5. de cond. inst. d. l. si quis 129. de verb. obl.* & ratio est, quia disjunctiva oratio

oratio unius partis veritate contenta est; unde regula jurisconsulti; *In alternativis sufficit alterum adimpleri reg. 70. in 6.* Cujacius legit *cui libet* voce divulsa, id est, cui placet. Theoph. ὅ,τι ἂν ἐθέλεται. Illud addo, ex casu pendentes conditiones omnimodo impleri oportere: quæ autem in potestatem nostram conferuntur, etiam tunc pro impletis haberi, cum per alium stat, quominus impleantur; veluti si quis ita institutus sit, *Si Sejam uxorem duxerit*, & ea nolit nubere, *l. 5. §. item si ex quand. dies leg. l. jure 24. de cond. & dem. l. in jure 161. de reg. jur. & ibi doctissimè Pet. Fab.*

TEXTUS.

De his, quos nunquam testator vidit.

12. Ii, quos nunquam testator vidit, hæredes institui possunt; veluti si fratris filios peregrinantes, ignorans qui essent, hæredes instituerit. Ignorantia enim testantis inutilem institutionem non facit.

COMMENTARIUS.

1. *Moribus multorum locorum nunc ad substantiam testamenti hæredis institutionem non desiderari: quibusdam in locis ne locum quidem habere.*

ETiam qui nobis ignoti sunt, hæredes à nobis institui possunt, modo ne ex alio capite sint incapaces, puta quia peregrini, *l. extraneum C. hoc tit. l. qui jam 46. eod.* Poterat duplex hic esse dubitandi causa, tum quod certum esse debet consilium testatoris, certaque persona institui *Ulp. tit. 22. §. 3.* tum quod eos ferè hæredes instituere solemus, quorum merita affectionem nostram provocaverunt, *l. 9. pro soc.* Verum enimvero ubi testatoris voluntas in personam aliquam certam destinata est, incertum ejus consilium incertave institui persona dici nequit; licet circa accidentia personæ, puta nomen, faciem, incertitudo sit: & potest quis etiam erga ignotum ita affectus esse, ut optime ei velit, vel propter sanguinis necessitudinem, ut in exemplo proposito, vel propter famam virtutis eruditionisve.

Peregrinantes] Peregrini, non peregrinantes, hæredis institui vetantur, *l. 1. C. hoc tit.* Notissima autem est inter hæc duo differentia: peregrini enim civibus opponuntur. Jam vero Romani privato jure constituerunt, ne quisquam qui civis non sit, jus capiendæ hæreditatis habeat. Qui autem ex civibus peregrinantur, hoc est, peregre degunt, extra patriam suam in peregrinis regionibus versantur, studiorum forte aut quæstus gratia, vel ut diversos hominum mores cognoscant, urbesve videant opulentas, cum hi cives esse non desinant, nulla ratio est, cur non à suis domi hæredes institui possint, licet de facie testatori noti non sint. Cujacius legit *peregri natos* dictione divisa; quomodo in omnibus quoque liberis manuscriptis legi testatur Hotomannus, quos quidem videre illi contigit: atque, cum ista lectione consentire & Theophilum: quo tamen nomine reprehenditur à Bachovio, quasi lectori imponat, cum etiam Theophilus habeat ἐπὶ ξένης διάγοντας. Verum si bona fide agit Bachovius, necesse est, valde oscitanter Theophilum ab eo inspectum esse: quippe cum Theophilus non proponat fratrem ipsum ἐπὶ ξένης διάγοντας hæredem institutum, sed liberos ex fratre cum peregre ageret, procreatos. Multorum locorum legibus aut moribus nunc ita comparatum est, ut hæredis institutio ad substantiam testamenti non videatur necessaria, quo sensu hodie testamenta appellamus: nam & id testamentum dicitur, in quo relictis tantum legatis nulla hæredis institutio facta est, *Ioan. del. Castello Sotomayor tract. de usufr. c. 60.* Quinetiam secundum quarundam civitatum leges ne locum quidem in testamentis habet hæredis institutio. Sic enim dictant leges Parisiensium, Aurelianensium, Gandavensium, Cortracensium, &c. quod tamen ita passim accipitur, ut si hæres institutus sit, pro legatario tantum is habeatur. *D. Gudelin. lib. 2. de jur. Nov. c. 5. D. Christin. vol. 1. decis. 247. num. 8. & decis. 305. num. 17. & seqq.*

TITULUS XV.

D. Lib. 28. Tit. 6. C. Lib. 6. Tit. 25. et. 26.

De Vulgari Substitutione.

1. *Ratio ordinis: simul quam variè verbum substitutionis à nostris usurpetur.*
2. *Divisio substitutionis in directam & fideicommissariam; ac utriusque speciei explicatio.*
3. *Nomine substitutionis simpliciter posito intelligi directam: quæ & perfectius definitur.*
4. *Vulgatæ divisiones substitutionis notantur: ostenditurque, commodissimè eam dividi in duo genera duntaxat.*
6. *Summa eorum, quæ hoc tit. explicantur.*

Postquam

1 POstquam ea omnia Princeps tradidit, quæ ad testamenta rectè ordinanda & hæredum institutionem pertinent, reliqvum videbatur, ut protinus disputaret, quibus modis testamenta rectè ab initio ordinata postea infirmentur: cæterum cum testatori permissum sit non tantum hæredem testamento instituere, sed etiam in in locum deficientis hæredis instituti alios hæredes substituere, ut primo gradu deficiente saltem ex secundo hæredem testamentarium habeat, nonnunquam & cum sibi fecit, simul alii testamentum & hæredem facere, hanc partem, quæ substitutiones continet, prius exequendam putavit. Quid in genere sit substitutio, vix commodè una generali definitione explicari potest: utuntur enim ea voce juris auctores non tantum cum loqvuntur de institutione secundi hæredis; verum etiam cum de secunda datione legati, *l.6. C. de legat.* item cum agunt de fideicommissis tum hæreditatis tum rerum singularum, ut videre est *in l. cohæredi 41. §. 1. hoc tit. de vulg. & pup. l. cum proponebatur 64. l. cum pater 77. §. pen. l. Titia 87. §. 2. de legat. 2. l. hæredes 57. §. 1. & 2. ad Sen. Treb. l. 14. C. de fideic. l. 6. C. de inst. & subst.*
2 Atque hinc vulgo substitutio dividitur in directam & fideicommissariam Directa est, quæ fit verbis directis & civilibus; vel hæredem hæredi substituendo, veluti, *Titius hæres esto: si Titius hæres non erit, Sejus hæres esto:* vel legatarium legatario; veluti, *Titio fundum Cornelianum do, lego: Si Titius fundum, quem ei legavi, non ceperit, eundem fundum Sejo do, lego l. ut hæredibus 50. de legat. 2.* Nam hæc quoque directa substitutio est, & ideò legatum agnoscente primo legatario evanescit, *l. 6. C. de legat.* Fideicommissaria est, quæ fit verbis precariis, cum scilicet testator vel hæredem institutum rogat, vel hæreditatem partemve hæreditatis aut rem aliqiam alteri restituat; vel legatarium, aut fideicommissarium, ut restituant, quod iis relictum est. Fideicommissariæ substitutionis mentio fit cum alibi, tum in locis istis omnibus, quos modo allegavi; directæ, directis & civilibus verbis factæ *in l. 7. l. 15. hoc tit. l. 5. l. 7. C. de impub. & al. subst. l. 14. C. de fideicom. §. pen. inf. de codicill.* Neque tamen venditare velim hanc divisionem ut perfectam; accipiatur saltem ut generis πρὸς ἕν, & eo pertineat, ut varium vocis usum, quem in jure habet, intelligamus.
3 Illud equidem certum est, nomen substitutionis simpliciter positum in usu juris (sive propriè sive per excellentiam) solam denotare substitutionem directam, atque eam, qua hæres hæredi substituitur; unde passim videmus, substitutionem opponi fideicommissis, *l. 6. §. Titius 5. ad sen. Treb. l. tutores 39. §. 3. de adm. tut. l. cum pater 77. §. volo 13. de legat. 2.* cum similib. quorum etiam tractatio proprium locum atque hinc satis longè remotum occupavit circa finem hujus libri: *in Pand. lib. 36.* cum de substitutionibus agatur *lib. 28.* Igitur quod ad propositum attinet, si quæratur quid sit substitutio, ea sic licet definiatur; Substitutio est secundo vel ulteriore gradu facta institutio: vel brevius & simplicius, est secundi hæredis institutio, *l. 1. l. ex facto 43. §. Lucius 2. in fin. hoc tit.* Nam omnem substitutum veteres secundum hæredem vocant, licet longa serie substitutio facta sit, & quis tertio vel quarto vel ulteriore etiam gradu locove scriptus reperiatur; habito scilicet respectu non ad ordinem scripturæ, sed successionis: & quia omnis substitutus collatus cum eo, cui substituitur, & ex cujus personæ relatione nomen substituti accipit, semper secundus est. Vulgo hæc ratio affertur, quia omnis institutio, quæ fit post primam, & in locum primi hæredis deficientis rectè dicitur secunda, quemadmodum secundæ nuptiæ dicuntur, quæcumque contrahuntur post primas. Species substitutionis alii plures, alii paucio- 4
res faciunt Doctores communiter quinque, vulgarem, pupillarem, exemplarem, breviloquam, & compendiosam. Exemplarem vocant substitutionem mente capti: breviloquam, quam alii melius reciprocam, cum hæredes instituti invicem substituuntur: compendiosam, quæ verborum hoc compendio, *Quandocunque decesserit* comprehendit plures substitutionum species, plures casus & tempore; veluti si pater ad eum modum substituerit filio impuberi continebitur hic & vulgaris & pupillaris, & si forte filius mente captus sit, etiam exemplaris; postremo militaris quoque privilegiata, si miles sit, qui substituit. *Gomez. 1. resol. 7. & 8. Graff. §. substitutio. q. 3. q. 51. & multis seqq. Sichard. in l. 8. C. hoc tit. Ant. Merend. 4. cont. 6.* Duarenus autem ad hunc *tit. c. 3. & Soar. ad Gomez. 1. resol. 3.* ponunt hasce quatuor, vulgarem, pupillarum, quasi pupillarem, & militarem, rejectis breviloqua & compendiosa, ut modis substituendi, non speciebus substitutionis. Longè rectius nostro quidem judicio *Vigl. Myns. Hotom. hic. Donell. 6. com. 23.* duas duntaxat species statuunt, vulgarem & pupillarem, ad quarum alterutram formas omnes substituendi referunt, & species revocant. Etenim si genera substitutionum à casuum differentiis distinguenda sunt, plura poni nō debent, quam duo; sicut nec plures sunt casus, in quos fit substitutio, quā hi duo, unus, si institutus hæres non erit, qui casus primus dicitur, & est conditio vulgaris substitutionis, alter, si hæres erit, qui secundus, & proprius pupillaris, *l. 4. l. Lucius 45. l. t. l. 8. C. eod.* potestque substitutio exemplaris, quam vocant, ἀναλόγως referri ad pupillarem, & commodiore nomine appellari

pellari quasi pupillaris, de qua agitur *§. 1. tit. seq.* Compendiosa & reciproca diversas substituendi formulas denotant, conceptas semper in primum vel secundum aut utrumque casum. Quod autem miles filio puberi vel etiam extraneo in secundum quoque casum directo substituere potest, abnorme atque ex privilegio est: neque ob id necesse est separatam speciem constituere. Cæterum nec hæc ipsa bipartita divisio alia est, quam generis homonymi: quippe sola vulgaris substitutio propriè substitutio est, pupillaris non tam substitutio, quam institutio prima, utpote per quam substitutus non testatori succedit & gradu secundo, sed pupillo & gradu primo tanquam ab ipso primo loco institutus. *Ant. Merend. 4. contr. 6. n. 12. & 13.* Obtinuit tamen ut & hæc diceretur substitutio, quia secundo loco fieri debet post institutum patri hæredem, ut declarat Ulp. *l. 2. in fin. h. t.* sive quia substitutio impuberis pars est & sequela testamenti paterni, *§. liberis 5. tit. seq.* Hæc studiosis juris præmonstrare operæ duxi, ne doctorum scripta adeuntes in vestibulo hærerent aut of-
5 fenderent. Præsenti in titulo agitur de substitutione vulgari, paucis sanè & parce pro materiæ amplitudine & subtilitate. Proponuntur primo formulæ sive modi aliquot vulgariter substituendi; post aliquid aspergitur de effectu, ut sciamus quas in partes, nullis substitutioni adscriptis, substituti vocati intelligantur, & quatenus extendenda substitutio. Dicitur vulgaris à vulgari & usitato substituendi modo, vel quia vulgo & promiscuè omnibus hæredibus à quovis testatore fieri potest. Quid ea sit, jam pene cognitum habemus, mox autem certius intelligetur exposito casu & vi conditionis hujus substitutionis propriæ.

Textus.
De pluribus gradibus hæredum.

Potest autem quis in testamento suo plures gradus hæredum facere; ut puta, Si ille hæres non erit, ille hæres esto. *Et deinceps, in quantum velit testator, substituere potest: ut novissimo loco in subsidium vel servum necessarium hæredem instituere possit.*

Notæ.

Substitutione] Substitutio est secundi vel ulterioris hæredis institutio, *l. 1. hoc tit.* Est autem duplex, una vulgaris, quæ cuivis à quovis testatore fieri potest in hunc casum, si priore gradu institutus hæres non erit: altera pupillaris, quæ à parentibus fit liberis impuberibus, quos in potestate habent, in potestate habent, in casum contrarium, si filius institutus hæres erit, & intra pubertatem decesserit: ad quam speciem ἀναλόγως referri potest & illa mente capti, de qua *§. 1. tit. seq.* fideicommissariæ substitutiones huc non pertinent: de quib. *inf. tit. 23.*

Novissimo loco in subsidium] Defunctorum interest, ut habeant successores *l. 6. de interr. in jur. fac.*

Commentarius.

1. *Substitutionem in codicillis factam sustineri in vim fideicommissi.*
2. *Gradus hæredum non ex scripturæ ordine, sed ex successionis serie, quam testator fecit, æstimari.*
3. *Conditionem hanc,* si hæres non erit, *continere & casum impotentiæ & voluntatis: & an uno horum expressè contineatur & alter.*
4. *Conditionem,* si hæres non erit, *diversimodè accipi pro diversa qualitate hæredum & personæ instituti.*
5. *Suum hæredem, accepto vulgari substituto, ex necessario fieri voluntarium, salva tamen qualitate sui hæredis.*
6. *Substitutionem vulgarem in suo hærede non operari in casum impotentiæ, sed voluntatis & abstinentiæ.*

In testamento] Rectè *in testamento,* ut & Marcian. *l. potest. 36. eod.* unde hæc descripta: nam in codicillis ut institui hæres non potest, ita nec substitui; siquidem & substitutio institutio est, & utroque modo hæreditas directo datur; quod in codicillis non licet, *§. pen. inf. de codicill. l. quod per manus de jur. cod.* Sciendum tamen est, etsi substitutio in codicillis facta non valeat jure directo, benigna tamen 1
interpretatione sustineri in vim fideicommissi, quasi hæredes legitimi rogati videantur hæreditatem substituto restituere. Sententia communis & usu recepta non Doctorum tantum auctoritate, verum etiam legum, *l. Scævola 76. ad Sen. Treb. l. illud 13. §. 1. de jur. Cod. l. ult. §. 1. C. eod.* Atque hanc tandem etiam, cum in contrarium multa disputasset, amplectitur D. Viglius; & pro axiomate quodam esse jubet, multarum quæstionum arbitro.

Plures gradus hæredum] Hoc est, plures hæredum ordines, ut alii scribantur primo, alii secundo, alii loco tertio, & ita deinceps, *l. 2. §. defertur 4. de bon. poss. sec. tab.* In qua dinumeratione non scripturæ 2
ordo, sed successionis spectari debet: ut ecce, in hac formula, *Titius hæres esto, si Sejus hæres non erit. Sejus hæres esto.* Sejus, qui ordine scripturæ secundus est, gradu & ordine delatæ hæreditatis est primus, Titius secundus, ac proinde substitutus, *l. si ita 28. de hær. inst. l. 2. §. pen. & ult. hoc tit.* Nec vero etiam cohæredes uno eodemque gradu habentur, & ideo simul

mul ad successionem ex testamento admittuntur, quemadmodum ad successionem ab intestato vocantur omnes, qui eodem gradu cognationis sunt. Ubi autem gradus à testatore facti sunt, tum scripti impediuntur simul hæredes esse, *l. cum in testamento 37. de hær. instit.* nec substituto locus est, quamdiu admitti potest prior hæres institutus, *l. 3. quamdiu 69. de acqu. hær.* idque omnino postulat ordo graduum pro effectu erga hæredes à testatore descriptus, apud quem ut priore amoris gradu institutos esse apparet, quam substitutos, ita dubium non est, quin ad illos malit, quam ad hos hæreditatem suam pervenire.

Si hæres non erit] Hic casus primus dicitur, & est conditio vulgaris substitutionis propria. Non semper autem hic casus plena ratione exprimitur, ut fit hoc loco; sed sæpe uno verbo substituendi significatur, ut si testator ita dicat, *Titio Mævium substituo*; aut pluribus institutis ita: *eosque invicem substituo.* Casus autem iste, *Si hæres non erit*, generalis

3 est, continens in se & casum noluntatis, ut loqvuntur, *si hæres esse nolit*; & impotentiæ, *si non potuerit hæres esse fac. l. si quis 56. sol. matrim.* Uterque casus speciatim exprimitur *l. 3. C. de hær. instit.* Sub casu impotentiæ iterum sunt inferiores & veluti species infimæ, veluti, *si mortuus sit, si deportatus.* Quorum omnium cum sit diversa ratio, non facilè admittendum est, quod ex communi Dd. sententia Gomez. 1. *var. resol. 3. n. 10.* refert & probat, uno casu speciali expresso, aut noluntatis duntaxat, aut impotentiæ, alterum interpretatione supplendum esse; & perinde habendum ac si uterque expressus esset: & manifestè obstat huic sententiæ *l. 10. de lib. & post.* Sanè non dixerim, eum, qui expresse & specialiter substitutus est in casum deportationis hæredis instituti, intelligi debere etiam substitutum in casum mortis. Quod autem in institutione nepotis Aquiliani casus mortis per interpretationem producitur ad casum deportationis & similium, mirum non est: quoniam omnium ex sententia Galli eadem ratio est, *l. Gallus 29. §. & quid. 5. d. tit.* Idemq; responderi potest de substitutione facta impuberi filio, in qua placet casum primum seu vulgarem expressum extendi etiam ad alterum seu pupillarem non expressum; & contra: nimirum sumptum hoc ex conjectura voluntatis, ut pluribus docebimus *tit. seq.* quanquam non tam prudentum interpretatio hoc jus introduxit, quam specialis constitutio D. Marci *l. 4. hoc tit. add. Cujac. ad d. l. 10. de lib. & post. Duar. c. 9. hoc tit.* Porro conditio

4 hæc, *Si hæres non erit*, pro diversa qualitate hæredum personæque instituti & ipsa diversimodè accipitur. In extraneo hærede, qui sui juris sit, hoc significat, si neque sibi hæreditatem acquisierit, neque alium mutata conditione hæredem fecerit. In ejusdem qualitatis hærede, qui alieno juri subjectus est, eodem sermone hoc significatur, si neque ipse hæres erit, neque hæreditatem ei, cujus in potestate est, acquisierit, *§. ult. inf. eod.* ubi hac de re latius atque ex professo. In suo hærede eadem formula hoc significat, si se paterna hæreditate abstinuerit, si cum effectu hæres non extiterit, eo quod se bonis paternis immiscere noluerit. Nam etsi suus hæres ipso jure hæres existit, & ideo non esse sine hærede dicitur, qui suum hæredem, licet se abstinentem, habet, *l. cum quasi 30. §. sed & si 10. de fideic. libert.* cujus rei notabilis effectus indicatur in specie *l. ult. de acq. hær.* tamen cum de excludendo substituto quæritur, & vi atque interpretatione horum verborum, *Si filius mihi hæres non erit*, ex voluntate substituentis, quam jus civile hic sequitur & approbat, non nuda ista existentia, sed immixto filii cum aditione hæredis extranei comparanda est: alioqui ne substitui quidem filio in istum casum posset: nam si nullo modo efficere filius potest, ut non sit hæres, frustra ei substitutus datur in eum casum, quo hæres non sit, quo procul dubio continetur etiam casus noluntatis. Ac dicendum 5
omnino videtur suum hæredem, qui in vulgarem casum substitutum accepit, ex necessario hærede fieri voluntarium, & id quidem ex ratione ipsius juris civilis, quo scilicet patri permissum necessitatem istam, ut in suum solius favorem introductam remittere, & quam etiam tacitè remisisse intelligatur, dato filio in vulgarem casum substituto, ut quod alias filius non habuisset, nisi jure prætorio, abstinendi nimirum licentiam, id nunc habeat jure proprio acceptum à patre, ac proinde ex jure civili: per *l. 12. de cond. inst. l. jam dubitari 86. de hær. inst.* Doctores vulgo contendunt, per vulgarem substitutionem in totum tolli jus suitatis, *arg. d. l. 12. & l. 16. de lib. & post Graff. §. substitutio. quæst. 9. num. 3.* sed hoc nullo modo admitti potest: alioqui nec in pupillari substitutione expressa unquam inesse posset vulgaris, nec in vulgari pupillaris; & transmissio, quæ solius suitatis ante legem Theodosii effectus erat, per vulgarem substitutionem eo tempore fuisse impedita: quæ omnia falsa sunt, priora duo manifestè, tertium *arg. l. un. §. 5. & §. cum autem 13. Cod. de cad. toll.* ubi Justinianus demum substitutum vult admitti, cum desunt personæ, quæ hæreditatem non aditam transmittunt ex lege Theodosii, quæ unica est sub tit. *Cod. de his qui ante ap. tab. hæred. transm.* Nimirum jus transmittendi, quod soli antea sui hæredes & simpliciter habebant, etiam in casu substituti extendens ad personas d. lege Theodosii comprehensas. Et vero quod omnino considerandum, in persona sui hæredis duæ hæ sunt qualitates diversæ, necessarium esse & suum esse, quarum hac salva, aut saltem vulnerata tantum, illa tolli potest, uti factum videmus

mus edicto prætoris, quo manente suitate data est
6 abstinendi potestas. Concludendum ergo, substitutionem vulgarem in suo hærede non operari in casum & speciem impotentiæ, sed in casum noluntatis & abstinentiæ duntaxat; utique si filius patri superstes fuerit: nam si is vivo adhuc patre decesserit, nullis liberis relictis, qui quasi agnascendo testamentum rumpant; dubium non est, quin substitutioni locus sit. *Zas. tract. subst. cap. 1. in quarto effectu. Gomez 1. res. 3. n. 15. 16. & 24. Bachov. in Treutl. vol. 2. disp. 11. thes. 7. Christin. vol. 4. decis. 16. num. 4. D. Io. à Sande lib. 4. tit. 3.* Illud quoque mihi planè persvadeo, abstinente filio suo hærede, substitutum hæredem fieri jure civili, hoc est, directo ex substitutione venire, & hæreditatem adire posse ex vi formulæ, *Si filius mihi hæres non erit, Sempronius hæres esto:* quamvis hoc non placet Anton, Fabro, pui substitutum non ipso jure hæredem fieri, sed à prætore tantum ad bona admitti contendit, *decad. 32. err. 7,*

Novissimo loco servum necessarium] Qui omninò legitimas successiones impedire atque in omnem casum sibi vult prospicere, ne intestati exitum faciat, is poterit in defectum priorum servum suum postremo loco instituere hæredem necessarium: quod illi quoque facere solent, quibus facultates suæ suspectæ sunt, ut auctionis infamiam, quam metuunt deficientibus voluntariis hæredibus modis omnibus à se avertant, & quod in alios non potuerunt, in servos tandem transferant, *§. 1. inf. de hæred. qual.* Quid si servus non loco novissimo, sed intermedio substitutus sit, aut ipsi primo instituto substitutus datus? Putarem contra Viglium cum Jo. Fabro. defendi posse, dominum videri servo remisisse adeundi necessitatem dando ei substitutum in eum casum, quo hæres non esset; utique si substitutus hæreditatem adire paratus sit, *arg. l. 12. de cond. inst.*

TEXTUS.

De numero hæredum in singulis gradibus.

1. Et plures in unius locum possunt substitui, vel unus in plurium, vel singuli in singulorum, vel invicem ipsi, qui hæredes instituti sunt.

COMMENTARIUS.

Complures sunt formæ substituendi. Substituuntur vel extranei, vel ipsi hæredes instituti. Prior species variatur quatuor modis: nam & singuli singulis, & plures pluribus, & plures uni, & pluribus unus substitui potest. Secundus modus, hoc loco, & apud Marcianum, *l. potest 36. §. 1. ead.* omissus est, fortè de industria, quia eadem illius, quæ primi, ratio est. Illud autem in his omnibus tenendum, ut substitutis locus fiat, necesse esse, ut antea primo gradu instituti defecerint, quocunque casu ex superioribus modis substitutio facta proponatur: hoc enim perpetuo exigit natura & ratio substitutionis, adeo ut nulla etiam videatur esse causa dubitandi, ne in postremo quidem casu, ubi unus pluribus substitutus sit: Nam qui ita loquitur, *Octavius & Nonius hæredes sunto, si non erunt, Decius esto:* is utique apertè significat, se velle, institutos & ambos & singulos substituto præferri, atque hunc non aliter admitti, quam si neuter illorum hæres fuerit; quod ipsum disertè quoque traditum est *l. 4. C. de impub. & al. subst.* Quare vix est, ut credam, apud veteres juris auctores de eo dubitatum fuisse, quamvis id persvasum fuerit Justiniano, *l. pen. C. d. tit.*

Vel invicem ipsi] *L. cum in testamento 37. §. 1. de hær inst.* Hæc est substitutio, quam Modestinus reciprocam vocat, *l. 4. §. 1. hoc tit.* Papinianus mutuam, *l. cum proponebatur 64. de legat. 2.* exemplum extat apud Svetonium *in Tiberio, c. ult.* Doctores vulgo appellant breviloquam, vocabulo non satis rei conveniente: neque enim ex verborum brevitate æstimatur, sed ex reciprocatione formulæ, quam nihil prohibet longiore oratione concipere, ut fecit Theophilus, & notavit D. Viglius. Modus autem substituendi est, non species substitutionis, ut superius diximus & pupillari quoque convenit, *d. l. 4. §. 1. hoc tit.*

TEXTUS.

Quam partem singuli substituti accipiant, si partes in substitutione expressæ non sint.

2. Et si ex disparibus partibus hæredes scriptos invicem substituerit, & nullam mentionem partium in substitutione habuerit, eas videtur in substitutione partes dedisse, quas in institutione expressit: & ita divus Pius rescripsit.

NOTÆ.

2. *Ex disparibus partibus*] Species: *Octavius ex uncia hæres esto, Nonius ex besse, Decius ex quadrante; eosque invicem substituto.* Hic repudiante Decio dividetur quadrans in novem partes, ex quibus octo feret Nonius, unam Octavius, *l. 24. eod.* Malè exemplum posuit Theoph. in duobus hæredibus invicem substitutis: verum tamen est quod dicit, & malè carpitur à Pac.

D. Pius rescripsit] *l. 1. C. eod.* congruunt *l. 5. & d. l. 24. D. eod.*

COM-

COMMENTARIUS.

1. Hæredes ex imparibus partibus institutos, atque invicem simpliciter substitutos, ex substitutione in partes hæreditarias vocatos intelligi: & quomodo hæc regula temperanda, n. 2.

PLuribus hæredibus etiam ex certis partibus institutis, si unus simpliciter substitutus fuerit, hic illis deficientibus totum assem ex substitutione feret: si plures pluribus eodem modo substituti, singuli ex partibus æqualibus hæredes erunt, licet inæquales adscriptæ sint institutis, quippe cum hic discerni non possit, quis cui institutus sit. At si singuli singulis, tum eam quisque partem habebit, quæ adscripta primo, cui substitutus est. Dubiū quoque non habet, si testator hæredes institutos mutuo substituens in substitutione easdem partes nominatim servari voluit quas in institutione expressit, aut si alias partes in substitutione fecit, quin voluntas servanda sit. Sed hoc quæsitum est in substitutione reciproca, si testator heredes ex imparibus partibus institutos invicem simpliciter substituerit, hoc est, nullarum in substitutione partium mentione facta, utrum in partes viriles, an in hereditarias ex substitutione vocati intelligi debeant.
1 Et D. Pius voluntatem testatoris in hac substitutione sic interpretatus est, ut videatur testator eos vocasse in portiones hereditarias, hoc est, ex iisdem partibus substituisse, ex quibus instituti sunt, *l. 5. l. si plures 24. hoc tit. l. 1. C. eod. & hoc text.* Optima sane ratione: neque enim verisimile est testatorem pluris eos fecisse in gradu secundo, quam in primo; cum substitueret, quam cum institueret: ut proinde partes, quæ in institutione expressæ sunt, repetitæ videri debeant in substitutione: qua eadem ratione etiam legata ab institutis relicta à substitutis repetita esse intelliguntur, *l. licet Imp. 74. de legat. 1.* & clausula quoque sive conditio in institutione apposita in substitutione repetita, utique si eadem sit, aut par utrobique ratio, *arg. l. 14. de legat. 1. l. 1. C. de impub. & al. sub. Ant. Fab. C. suo, tit. 7. defin. 3. Christin. vol. 4. decis. 13. n. 7.*

Invicem substituerit] In duobus heredibus invicem substitutis huic quæstioni locus esse non potest: siquidem uno ex duobus deficiente alterum semper, quod reliquum est, habere oportet, & in solidum heredem fieri. Sed minimum tres institutos eosque invicem substitutos ponamus necesse est; verbi causa, uti Ulpianus speciem proponit, *d. l. 24. hoc tit.* si unus ex uncia, secundus ex besse, tertius ex quadrante sit institutus, repudiante tertio in novem partes dividetur quadrans, feretque octo partes qui ex besse institutus est, unam partem, qui scriptus ex uncia. Manifestum igitur est, male omnino Theophilum hunc locum interpretatum esse, cum in duobus institutis invicemque substitutis exemplum posuit.

Quas in institutione expressit] *Vlp. d. l. 24.* hoc sic temperat, *nisi alia mens fuerit testatoris.* 2 Quibus verbis interpretes denotari & excipi putant etiam casum, quo non simpliciter & tribus verbis omnes invicem substituuntur, aut quidam sub appellatione heredum alicui ex coheredibus, puta hoc modo, *Si Titius heres non erit, quisquis erit, ex parte quoque Titii esto:* aut, *Cæteri quos primo loco scripsi, sunto:* sed repetitis in substitutione propriis singulorum nominibus, veluti hoc modo, *Titius ex quincunce, Mævius ex triente, Sempronius ex quadrante heredes sunto. Si Titius heres non erit, Mævius & Sempronius ex parte quoque Titii heredes sunto.* Hic secundum communem sententiam Mævius & Sempronius in portione deficientis Titii viriles, hoc est, æquales, non hereditarias partes habebunt; idque ex non obscura voluntate testatoris, qui in substitutione propria cujusque nomina repetens, jam non ad partes in institutione datas, sed ad personas & numerum substitutorum substitutionem retulisse dicendus sit, *arg. l. nonnunquam 24. ad sen. Treb. l. si heredes 124. de legat. 1. l. si communis 17. de stip. serv.* Atque hanc sententiam etiam D. Viglius probat, ac præceptori suo D. Francisco Curtio, cui ea displicebat, propterea quod Jurisconsultus in *d. l. 24. hoc tit.* requirit voluntatem evidenter expressam, respondet, expressionem propriorum nominum ex interpretatione prudentum vim expressæ voluntatis in hujusmodi quæstionibus habere. Idem probandum est si testator æquale onus substitutis imposuit, per *l. quotiens 23. ad. sen. Treb. Gloss. in l. 1. C. de imp. & al. subst. Gomez. 1. resf. 5. ne. 20. D. Tulden. comm. hic. c. 2. Christin. vol. 4. decis. 13. n. 7.*

TEXTUS.

Si cohæredi substituto alius substituatur.

3. Sed si instituto hæredi, cohærede substituto dato, alius ei substitutus fuerit; divi Severus & Antoninus sine distinctione rescripserunt, ad utramque partem substitutum admitti.

NOTÆ.

3. *Sed si instituto heredi*] Species: *Primus & secundus hæredes sunto: Si P. hæres non erit. S. hæres esto: si S. hæres non erit, Tertius hæres esto;* verius est, in utramque partem hic Tertium substitutum esse, *l. 27. l. 41. eod.* ex quo jure hæc regula fiat; *Substitutus substituto intelligitur etiam substitutus instituto.*

Sine distinctione] Id est, sine distinctione mortis & scripturæ; ut nihil intersit, prior substitutus post institutum, an ante decesserit; nihil quoque utrum ante primam substitutionem secunda facta sit, an postea hoc modo: *Primus & Secundus hæredes sunto: si Secundus hæres non erit, Tertius hæres esto. Si Primus hæres non erit, Secundus hæres esto, l. 41. pr. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *An in specie hic proposita utraque pars defecta jure substitut. ad secundum substitutum pertinet.*
2. *Scævola cum Papiniano conciliatus.*

SI paterfamilias Titio & Mævio hæredibus institutis, Titium Mævio sine reciprocatione substituerit, & Titio Sempronium, certum est, deficientis Titii partem non accrescere Mævio cohæredi Titii, sed ad Sempronium, jure substitutionis pertinere: quippe cum verba illa, *Si Titius hæres non erit,* generalia sint; & utrumque casum complectantur, sive hæres non erit ex institutione, sive non erit ex substitutione Cæterum hæc species huc non pertinet. Et malè Hotomannus tali exemplo usus est ad hujus loci declarationem. Hic enim non tantùm quæritur de parte ejus, qui cohæredi suo substitutus alium substitutum accepit, sed etiam de parte cohæredis, cui ille alius expressè substitutus non est, & nimirum si uterque defecerit, an pars utriusque ad illum uni tantum substitutum jure substitutionis pertineat. Quod hic affirmatur, & in *l. si Titius 27. l. cohæredi 41. in pr. hoc tit.* Ex hoc igitur jure hæc regula fiat; *Substitutus substituto intelligitur etiam substitutus instituto.*

Sine distinctione ad utramque partem] Si scilicet neuter hæres exstiterit. Videamus primùm de partibus: deinde explicabimus, quid illud sit, quod ait, sine distinctione. De partibus dubitari poterat, non an ambæ ad substitutum pertineant, sed an pertineant jure substitutionis, tanquam ad substitutum utrique.
1 Nam si verbi causa Mævius, cui Titius cohæres & substitutus datus est, ante Titium defecerit, Sempronius Titio substitutus deficiente deinde Titio; ad utramque quidem partem sine dubio admittitur, sed ideò ad partem quoque Mævii dixerit aliquis, non quod huic quoque substitutus intelligatur; sed quia vel deficientis Mævii pars Titio cohæredi, cui Sempronius substitutus, jam priùs accrevit; vel quia nunc ipsi accrescit Sempronio. Verùm priùs illud nullo modo dici potest. quia deficientium portiones non accrescunt aliis, quàm qui ex sua parte hæredes extiterunt; *l. un. §. his ita 10. C. de cad. toll.* unde portio portioni accrescere dicitur instar alluvionis, *l. si Titio 33. in fin. de usufruct.* Quod si Titium hæredem extitisse ponimus, expiravit substitutio, *l. 5. C. de impub. & al. subst.* Posterius teste Viglio visum est non nullis veterum interpretum, ut Dyno, Jo. Fabro, atque ex recentioribus Lancelloto Polito, qui, etsi dicatur Sempronius in utramque partem in specie proposita substitutus, neutiquam tamen dici posse contendit, revera substitutum esse Mævio. Sed meritò Dd. communiter, quos & Viglius sequitur, hoc improbant. Quæ enim potest esse dubitandi ratio, si dicamus, partem Mævii accrescere Sempronio, cui etiam accresceret, etsi Titius Mævio substitutus non esset? Et igitur aut frustra & ineptè talis casus proponitur, quo Titius cohæredi substitutus est, aut hoc operabitur substitutio Titii, ut Titio substitutus etiam ei, cui Titius substitutus est, tacitè substitutus esse intelligi debeat. Atque hoc ipsum satis apertè docet hoc loco Justinianus, cum ait, substitutum ad utramque partem admitti; admitti videlicet eodem jure atque ex substitutione, de qua sola hic disputatur, & quia, ut disertè ait Jurisconsultus in *d. l. 27 hoc tit.* in utramque partem substitutus intelligitur. Sed quid refert, ex substitutione, an jure accrescendi dicamus portionem etiam Mævii Sempronio deferri? Nihil quidem admodum in casu proposito. Sed finge, præter Titium & Mævium, Cajum quoque hæredum institutum, hic jam Sempronio proderit jure substitutionis deferri portionem Mævii, ut excludat Cajum, quem non excluderet in jure accrescendi. Illud non animadverto, quomodo huc applicari possit, quod præterea Bachovius notat, jus accrescendi sequi hæredem ejus, qui portionem suam agnovit, quantumvis ante decesserit, quam ipsi quicquam accresceret; substitutionem autem ad hæredem non transmitti, *l. 9. de suis & leg. l. totiens 81. de acq. hær.* Quid autem illud est, quod ait Imp. *sine distinctione admitti?* Nimirum hoc ex- 2
plicandum ex responso Papiniani, *l. cohæredi 41. in pr. hoc tit.* Primum nihil interesse ratione ordinis scripturæ, utrum ante primam substitutionem secunda facta sit, an postea, veluti in hoc exemplo, *Titius & Mævius hæredes sunto; si Titius non erit, Sempronius esto; Si Mævius non erit, Titius esto.* Secundo nihil interesse, utrum prior substitutus post institutum, an ante decesserit. Sed hic Papiniano objicitur Scævola *l. qui habebat 47. eod.* Species, quam ibi Scævola proponit, est hujusmodi; Qui filium & filiam impuberes habebat, instituto filio hærede filiam exhæredavit; & si filius intra pubertatem decesserit, filiam eidem substituit; filiæ, si antequam nuberet, decessisset, uxorem suam, item sororem. Et respondet. si filia impubes prior decesserit, deinde frater ejus impubes, hæreditatem filii ad uxoren & sororem testatoris jure substitutionis non pertinere. Accursius, quem bona pars DD. sequitur, ait, Scævolam sic respondisse, quia in casu illic proposito secunda substitutio jam extincta erat pubertate filiæ: sic enim ille lo-

le locum legit: *cum filia pubes prior decesserit*. Et quia sciebat, apud alios legi *impubes*, (quomodo textus quoque Pisanus & Noricus habent) notat, *olim impubes, nunc pubes*. Sed in tali casu non debebat Jurisconsultus distinguere, cum nec, sit post institutum substitutus jam pubes & heres factus decesserit, ex secunda substitutione quisquam admitti possit. Bachovius putat, in pupillari substitutione diversum jus esse, aut saltem in specie *d. l.*47. ubi pupillo non coheres substituitur, sed filia exheredata, eandem voluntatis interpretationem non admitti, ut scilicet substituti substitutæ videantur etiam substituti instituto. Atqui idem adhuc dicendum videtur favore pupilli, ad cujus utilitatem pertinere creditur, ut substitutum habeat, *l. Iulianus* 42. *de acq. her.* Deinde si in pupillari substitutione alio jure utebantur cur non simpliciter Jurisconsultus respondet, hereditatem instituti jure substitutionis ex secunda substitutione non deferri? Nisi compositorum socordiæ adscribendum, quod responsum Scævolæ in Pandectas retulerint, cum rescripto Impp. Severi & Antonini distinctio illa, qua Scævola utitur, sublata esset, mallem cum Viglio dicere, Imperatorum rescriptum loqui de duabus partibus unius hereditatis, Scævolam respondisse de duabus hereditatibus, ad quas rescriptum istud temere producendum non sit, sed in quibus vetus distinctio adhuc obtineat, utrum prior substitutus ante, an post institutum decesserit,

TEXTUS.

Si quis servo, qui liber existimatur, instituto substitutus fuerit.

4. *Si servum alienum quis patremfamilias arbitratus hæredem scripserit, & si hæres non esset, Mævium ei substituerit; isque servus jussu domini adierit hæreditatem, Mævius substitutus in partem admittitur. Illa enim verba*, Si hæres non erit, *in eo quidem, quem alieno juri subjectum esse testator scit, sic accipiuntur*, Si neque ipse hæres erit, neque alium hæredem effecerit: *in eo verò, quem patremfamilias arbitratur, illud significant*, si hæreditatem sibi, vel ei, cujus juri postea subjectus esse cœperit, non acquisierit. *Idque Tiberius Cæsar in persona Parthenii servi sui constituit.*

NOTÆ.

4. *In partem admittitur*] Th. τὸ ἥμισυ λαμβάνει. recte: pars enim ἁπλῶς posita dimidiam significat, *l.*43. *de usufr. l.* 164. §. 1. *de verb. sign.* In specie *d. l.*40. Sempronius cohæres servo substitutus fuit: & ideo unum semissem Sempronius habet ex institutione, alter semis inter eum & dominum servi instituti dividitur, add. quæ ibi not. Gothofr.

Subjectum esse testator scit] Et hoc casu in totum excluderetur substitutus, *l.*7. *de acq. hær.* sed in proposito propter falsam opinionem & incertitudinem voluntatis testatoris, media via electa est, ut alias sæpe.

Tiberius cæsar.] Pompom. *l.*41. *de hær. inst.*

COMMENTARIUS.

1. *Si filiusfam. heres institutus sit, eique, si heres non esset, substitutus datus, utrum repudiante filio pater, an substitutus admittendus.*
2. *Pleræque aliæ quæstiones, quæ hic tractri solitæ, obiter excussæ & definitæ*
3. *Utrum in casu hic proposito inter dominum instituti & substitutum hereditas ex æquo dividenda, an sic, ut ille dodrantem, hic quadrantem duntaxat ferat.*

IN explicatione pr. hujus tit. diximus, hæc verba, *Si heres non erit*, in persona patrisfam. significare, si nec ipse heres erit, nec alium heredem mutata postea conditione fecerit. In eo, qui alieno juri subjectus est, eodem sermone hoc significari, si vel ipse heres non erit, vel ei cujus juri subjectus est, hereditatem non acquisierit. Et igitur si paterfam. heres institutus in eum casum substitutum accepit, *Si heres non erit*, isque vel in eodem statu manens sibi hereditatem acquisierit, vel mutata ante testatoris mortem conditione, servus aut filiusfam. factus, dominum aut patrem heredem fecerit, in solidum excludetur substitutus. Similiter si servus aut filiusfam. heredes instituti, & in casum, quo heredes non erunt, substitutum acceperint, & aut ipsi mutata conditione ante mortem testatoris sibi hereditatem acquisierint, aut in eo statu manentes dominum aut patrem heredes fecerint, substitutus itidem in totum repellitur, *l. si paterfam.*40. *de her. inst. l.*7. *de acq. her. l.*5. *C. de imp. & al. subst. & hoc text* Cæterum hoc ita, si testator non ignorabat, eum, quem heredem instituit, in aliena esse potestate. nam si patremfam. esse putabat, qui servus alienus erat, hic propter falsam opinionem & incertitudinem voluntatis testatoris media via electa est, ut substitutus cum domino servi in partem admittatur, *d. l.*40. *& seq. de her. inst. & hoc §.* Nam ex ratione juris dominus solus admittendus videbatur,

cum magis sequendum id, quod in veritate est, quam quod in opinione. Pro substituto autem facit præsumpta voluntas testatoris, qui non videtur domino consulere voluisse, eum heredem instituens,
1 quem ignorabat dominum habere. Quæsitum est, si filiusfam. heres institutus, eique hac conditione si heres non foret, substitutus datus sit, utrum repudiante filio pater, an substitutus admittendus. Duarenus *in comm. ad hunc tit. cap.* 10. pro parte respondet: Viglius ad *hunc* §. pro substituto. Ego cum Viglio censeo, substitutum patri præferendum, quippe cum ille ex manifesto judicio testatoris veniat, hic non item: tum etiam, quia repudiante filio existit conditio substitutionis, qui in extraneo herede instituto, qui alieno juri subjectus est, hunc sensum habet, si neque ipse heres erit, neque eum, cujus in potestate est, heredem fecerit, quorum neutrum fit in proposito, *l.* 3. *C. de her. inst.* Ad hæc si coheres filio datus repudiante filio patrem excludit, quanto magis substitutus: constat enim, jus substitutionis potentius esse jure accrescendi, *l.* 2. §. *si duo* 8. *de bon. poss. sec. tab.* In contrarium movetur Duarenus his rationibus, Primum quia Justinianus *l. ult.* §. 2. *C. de bon. quæ lib.* filio repudiante jus adeundi patri concedit, perinde ac si ipse institutus esset. Sed respondemus, constitutionem istam, ut exorbitantem, cancellis suis continendam, neque extendendam esse in præjudicium ejus, qui venit ex testatoris ex presso judicio, substituti videlicet: quem utique magis testator dilexit, quam patrem cujus contemplatione institutio facta non præsumitur, sed amore filii duntaxat. Conservare quodammodo voluntatem defuncti voluit Justinianus, non evertere: & vulgatum est, provisionem hominis facere, ut cesset provisio legis: adeoque non dubito, quin etsi coheres filio pater datus esset, nihilominus tamen filio repudiante à substituto excluderetur, *d. l.* 2. §. *si duo, sec. tab.* Aliud argumentum ducit Duar. à conditione substitutionis, quam putat non minus repudiante, quam adeunte filio deficere, propterea quod repudiatione sua patrem heredem faciat, *arg. d. l. ult.* §. 2. *C. de bon. quæ lib. junct. d. l. si paterfam. de her. inst. & hoc nostro* §. Verum in hoc manifeste erat: nam etsi per occasionem repudiationis filii pater hoc consequitur, ut ipse hereditatem filio delatam adire possit; non tamen hoc consequitur per filium, sed beneficio legis, quod cessare debet. ubi testator ipse alium heredem sufficit. Per filium ergo, qui repudiavit, pater heres non fit, sed sua ipsius aditione, ex persona propria vi constitutionis Justinianeæ, quæ eum habet pro instituto, ubi scil. alius à testatore non vocatur: nam voluntatem testatoris modis omnibus sartam ac tectam leges omnes conservant. Non aliter autem dominus aut pater per servum aut filium heredes existere possunt, aut hi illos heredes facere, quam adeundo: repudiando autem nequaquam, *l.* 7. *de acq. her. l.* 3. *C. de her. inst. & hoc text.* & alioqui etiam quivis heres institutus hereditatem recusans, adire dici posset eos, qui ab intestato veniunt, heredes facere, & coheres coheredem; atque ita fieret, ut fere semper excluderetur substitutus, contra manifestam voluntatem testatoris. Nec movere debet quod Ulpian. respondet, filium repudiando patri non nocere, *l.* 13. §. 3. *de acq. her.* Hoc enim non eam sententiam habet, filio repudiante patrem nihilominus per eum heredem fieri: repudiationem filii non obstare, quominus filius jubente postea patre adhuc adeat. Postremo hoc modo argumentatur Duarenus; Si pater & filius una eademque persona censetur, *l. ult. C. de imp. & al. subst.* nihil referre debet, utrum filius ipse heres institutus, an pater hereditatem adeat. Sed non animaduertit, hoc argumentum in se retoqueri posse, hoc modo; Si pater & filius una persona consentur, filio per repudiationem ab hereditate remoto, etiam pater ejus remotus intelligi debet. Verum hujusmodi fictionibus juris non est abutendum ad evertendas voluntates defunctorum, quæ in testamentis totum faciunt, *l. ex facto* 35. §. *rerum. de her. inst.* Ita cum Viglio sentiunt & Salicet. *in d. l. ult. C. de bon. quæ lib. Polit. de vulg. subst. Fachin.* 4. *cont.* 63. *Ant. Fab. decis.* 33. *err.* 7. *Don.* 6. *comm.* 24. *Bahov. in Treutl. vol.* 2. *disp.* 11. *thes.* 7. dissentiunt cum Duareno *Bart. in l.* 1. *hoc tit. Gloss. Cyn. Castr. ind. l. ult. Merend.* 4. *cont.* 8. *Graff.* §. *substitutio, quæst.* 9. *num.* 4. Solent & aliæ quæ- 2
stiones hoc loco agitari, quas obiter excutiemus; nam instituti ratio non patitur, ut singula exequamur accurate. Prima est, utrum indigno aliquo herede instituto, eique substituto dato in casum, quo heres non erit, fiscus potior sit, an substitutus, hoc est, utrum in proposito fiscus hereditatem indigno auferat, an locus sit substituto. Ego cum Duar *d. cap.* 10. *& DD. comm. Graff. d. quæst.* 9. *n.* 8. pro fisco contra substitutum responderem, per *text. in l. cum quidem* 12. & *jus regulare t. tit. de his quæ ut indign.* neque pœna instituti heredis debet esse præmium substituti, ut generaliter definit Papinian. *l. si sequens* 15. *de senat. Silan.* Non idem juris est in institutione plane incapacis, puta deportati: nam talis institutio cum pro non scripta habeatur, *l.* 1. *C. de her. inst.* testamentum à substitutione exordium capiet, *arg. l.* 3. §. *ult. de lib. & post.* Alia quæstio est, uter præferendus, substitutus ne, an is, in quem extra causam substitutionis hereditas non adita transmittitur. Jure veteri, sui heredes potestate nudæ existentiæ hereditatem transmittebant in heredes quoscunque, *l.* 3. *C. de jur. del. l.* 8. *C. de suis & leg. her.* Ex constitutione Theodosii liberi omnes delatam sibi à parentibus

tibus hereditatem transmittunt ad descendentes suos, *l. un. C. de his qui ant. apert. tab.* Est item & tertium genus transmissariorum, in quos non hereditas, sed jus deliberandi transfertur ex lege Justiniani, *l. cum in antiquioribus 19. Cod. de jur. del.* Pro triplici ergo hac transmissariorum differentia primo quæritur, si suus heres, qui in casum, quo heres non foret, substitutum accepit, antequam se bonis paternis immiscuisset aut abstinuisset, mortuus sit, utrum vi solius existentiæ hereditatem transmittat ad successores suos, an admittendus potius substitutus. Et communis quidem sententia est, substitutum admittendum excluso transmissario sive herede instituti, quoniam substitutio vulgaris perimat jus suitatis. Sed hoc perspicue falsum est, ut ostendimus *sup. in not. sub fin. pr. eod.* ubi plenissime probavimus, jus suitatis in proposito salvum manere, licet necessitas remissa intelligatur, neque substitutionem vulgarem in suo herede operari in casum impotentiæ, sed abstinentiæ duntaxat. Insignis vero error est Jo. Deckheri *lib. 1. Dissert. 14. num. 43.* asserentis, ideo per vulgarem substitutionem tolli transmissionem, quæ ex jure suitatis est, quia suus heres institutus non aliter ex testamento heres fit, quam si se immisceat: notissimi enim juris est, suos heredes tam ex testamento, quam ab intestato statim atque ipso jure heredes existere, *§. 2. inf. de hær. qual. l. 1. §. qui sunt 7. si quis omiss. ca. test. l. 3. C. de jur. delib. vid. Ant. Fab. decis. 34. err. 4.* Secundo, utrum substitutio potior, an transmissio ex constitutione Theodosii *d. l. un. Cod. de his qui ant. ap. tab.* Hic item pro transmissario contra substitutum responderem per *l. un. §. cum autem 13. C. de cad. toll.* ubi jus transmittendi, quod antea sui heredes soli & simpliciter habant, etiam in casu subtitutionis Justinianus diserte extendit ad personas lege Theodosiana comprehensas. *Duar. d. c. 10. Ant. Fab. d. err. 4.* estque hæc sententia etiam communiter recepta. *Grass. de quæst. 9. num. 3.* neque Jo. Deckherus, *ubi sup.* quicquam affert, quod me in contrarium trahat. Tertio, utrum transmissio juris deliberandi ex lege Justiniani *d. l. cum in antiquioribus, Cod. de jur. del.* excludat substitutionem, an hæc illam. Hic ego pro substituto responderem contra transmissarium Justinianeum, cum *Salic. in d. l. 19. Ang. Rip. in l. 1. hoc tit. Zas. tract. subst. cap. 1. in tertio effect. vers. tertia species. Polit. de vulg. subst. num. 92. & seqq. Anton. Fab. d. decis. err. 5. Deckher. d. Disser. num. 44.* neque enim nova & exorbitans constitutio facile extendi debet cum injuria tertii, qui pro se habet & provisionem hominis & simul voluntatem legis: potestque locus Justiniani *d. l. unic. §. 5. junct. §. cum autem 13. C. de cad. toll.* qui in contrarium adducitur, commode referri & restringi ad duas priores species transmissionis, ut proprie verba Imperatoris accipiantur, & de his solis, qui ipsam hereditatem transmittunt, *Diss. hic Duar. d. c. 10. & Dd. comm. Gomez. 1. res. 3. num. 25. Grass. d. quæst. 9. num. 3. Christin. v. 4. decis. 17. n. 1. Fachin. 4. cont. 62.* Postremo quæritur, quid juris sit, si institutus beneficio ætatis contra aditionem restitutus sit, quæstio hæc omnium est difficillima. Sententia communis est convalescere substitutionem, *arg. l. ex contractu 44. de re jud. l. 1. §. antepen. l. 2. §. si bonorum 10. ad Senat. Tertyll. Gloss. Salic. Cyn. & alii in l. 5. Cod. de imp. & al. subst.* & hanc sequuntur *Anton. Fab. 3. conject. 4. Don. 6. comm. 24.* sed contraria de jure verior videtur, *per d. l. 5. & textus perspicuos in l. ult. de success. edict. l. 7. §. sed quod Papininnus 10. & ib. Cujac. & Paul. Bus. de minoribus.* Neque temere beneficium restitutionis extra personam minoris in alterius favorem porrigi debet. *Zasius tract. subst. cap. 1. vers. secundo limitate. Duar. d. cap. 10. Ant. Merend. 4. cont. 9. Bachov. in Treutl. vol. 2. Disput. 11. th. 7. Perez. ad tit. Cod de imp. & aliis subst. num. 7.* Utrum autem excluso substituto hereditas ad legitimum successorem pertineat, quod placet Duar. Bachov. & Merendæ, an fisco locus fiat. Quod Cujacio, Busio, in medio relinquimus. Nunc ad institutum redeamus.

Mævius in partem admittitur] Non exprimit in quotam: & ita quoque simpliciter scriptum est in *l. & hoc 41. de hær. inst.* hæreditatem dividi inter dominum instituti & substitutum. Sed utrum ex æquo, ut dimidiam partem hereditatis dominus, dimidiam item substitutus ferat, an ut ille dodrantem, hic quadrantem duntaxat, ut *Gloss. & Dd. comm.* voluerunt? Nam ambigo, quin ex æquo. Quomodo hunc locum & Theophilus interpretatus est. Et interpretandum esse vel hoc unum argumento esse debet, quod partis nomen, nisi quid aliud adjiciatur, semper dimidiam significet, *l. nomen 164. §. 1. de verb. sign. l. etiam 43. de usufr.* Et rogo, in re dubia, ubi paria in utramque partem argumenta afferuntur, quam rationem vel in speciem habere potest inæqualis ista distributio? Quinimo si partes inæquales faciendæ, substituto potius favendum erat, cui & verba & voluntas testatoris suffragantur, quam domino, qui mera tantum ratione juris nititur, & de quo testator cogitare non potuit, cum eum institueret, quem ingenuum putabat. Obstat tamen huic sententiæ *d. l. si paterfam. 40. de her. inst.* ubi Julianus in hac ipsa specie aliam partitionem facit, & duos vult semisses fieri, ita ut alter semis inter dominum & substitutum æquis portionibus dividatur: cumque de altero semisse nihil definiat, eum dominio plerique assignaverunt. D. Cujacius existimat, pro *alter semis*, uti in extremo *d. l. 40.* legitur, legendum *as*, mendumq; natum ex errore notarum.

Alcia-

Alciatus 1. *disput.2.* scribit, se in veteri exemplari ita legisse *in pr. d. l. eique, si heres non esset, Sempronium coheredem substituerit.* Quam lectionem verba in calce ejusdem responsi posita mire juvant. Ait enim Julianus; *Igitur in hoc casu duo semisses fient.* Cur ait, in hoc casu, nisi ut significet, se talem casam proposuisse, cui conveniret hæc divisio? nempe quando servo, qui liber putabatur, coheres substitutus est: in aliis autem non idem juris esse. Igitur in casu à Juliano proposito de uno semisse ambigi non poterat; quippe quem Sempronius ex institutione accipit, non dominus servi: de altero poterat: & hunc Julianus ait dividi oportere inter dominum servi & Sempronium. Et merito, quia in hunc tantum semissem erat substitutus. Atque ita nunc cordatiores omnes sentiunt, quorum pars emendationem Cujacii, pars Alciati lectionem probant, aut quod ipse addit, intelligunt, in re ipsa consentientes. Plane si manifeste appareat, testatorem per eum, quem opinionis errore liberum esse credens heredem instituit, ad alium quenquam hereditatem pertinere noluisse, conditio substitutionis exstitit, & soli defertur hereditas substituto, *l. 3. C. de her. inst.*

Titulus XVI.

D. Lib. 28. Tit. 6. C. Lib. 6. Tit. 26.

De Pupillari Substitutione.

Unde hæc substitutio dicatur pupillaris, & qua adspectu substitutio. Simul argumentum tituli.

Sequitur directæ substitutionis species altera, quæ à subjecto dicitur pupillaris, quia scilicet solis fit pupillis, non ut prior illa, promiscue quibusvis. Etsi autem is demum pupillus dicitur, qui cum impubes sit, in potestate patris esse desiit, *l. pupillus 239. de verbor. sign.* tamen quia vis omnis testamenti & substitutionis confertur in mortem testatoris, id est, in id tempus, quo filius pupillus futurus est, rectè hoc respectu pupillaris vocatur. Prior illa vulgaris, ut benè observavit D. Viglius, verè substitutio est, sive secunda substitutio est, qua testator in casum, quo primo gradu institutus hæres futurus non est, alium sibi hæredem facit; ac proindè per quam succeditur ipsi testatori. Hæc autem non tam substitutio est, quàm institutio prima: quippe per quam non ei, qui testamentum fecit, & gradu secundo succeditur, sed pupillo, cui testamentum factum est, & gradu primo, perindè ac si ipse pupillus sibi hæredem fecisset. Quod evidentius apparet in substitutione exhæredati. Quamobrem meritò Hotomannus à Bachovio notatur, quod ille inverso modo vulgarem substitutionem magis institutionem, pupillarem autem propriè censet esse substitutionem. Cur verò cum pupillaris propriè substitutio non sit, eo tamen nomine à veteribus appelletur, dixi præcedente titulo, nempè sic appellatur ex comparatione hæredis paterni, eo quod pater sibi prius, deindè secundo loco filio hæredem instituere debet, & non à testamento filii incipere, *l. 2. in fin. hoc tit.* Porrò substitutio pupillaris, ut genus πρὸς ἕν, dividi potest in propriam seu veram, & quasi, seu exemplarem. Utraque fit in eum casum, quo institutus hæres erit; pupillaris liberis impuberibus, si hæredes extiterint & intra pubertatem moriantur; his ita, si hæredes extiterint & decesserint in eadem mentis alienatione. Summa eorum, quæ hoc titulo traduntur, hæc est. In principio docetur, qui quibus pupillariter & qua forma substituant, quis hujus rei effectus, & unde illud manarit. Inde agitur de substitutione quasi pupillari, sive mente capti: & mox effectus pupillaris substitutionis repetitur: dein parentibus formidolosis tuta monstratur substituendi ratio. Hinc jam amplius, quibus pupillariter substitui possit, declaratur: tum proponitur generalis quædam & communis forma: ac postremo sequuntur contraria.

Textus.

Forma, effectus, origo, & ratio pupillaris substitutionis.

Liberis suis impuberibus, quos in potestate quis habet, non solùm ita, ut supra diximus, substituere potest, id est, ut si hæredes ei non extiterint, alius sit ei hæres: sed eo amplius, ut si hæredes ei extiterint, & adhuc impuberes mortui fuerint, sit eis aliquis hæres: veluti si quis dicat hoc modo, Titius filius hæres mihi esto. Et si filius mihi hæres non erit: sive

hæ-

hæres erit, & prius moriatur, quam in suam tutelam venerit, *id est*, *antequam pubes factus sit*, tunc Sejus hæres esto. *Quo casu, siquidem non extiterit hæres filius, tunc substitutus patri fit hæres: si verò extiterit hæres filius, & ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit hæres substitutus. Nam moribus institutum est, ut quum ejus ætatis filii sint, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant.*

NOTÆ.

Quos in potestate] Et ideò nec mater liberis suis, nec pater filio emancipato pupillariter substituere potest, *l. 2. hoc tit.* Sed nec avus nepoti ex filio, quem in potestate habet, nisi ex formula legis Vellejæ, *Si filius me vivo suus hæres esse desierit*, &c. *d. l. 2.* Oportet autem & testamenti & mortis tempore impuberem in familia esse, *l. 41. §. 2. eod.*

Veluti si quis] Formula gemellæ substitutionis. Verùm ex D. Marci constitutione substitutio simplex aut vulgaris aut pupillaris, id est, quæ alterutro casu expresso fit, in utrumque casum facta intelligitur, *l. 4. hoc tit.* fac. *l. 2. & l. 4. C. eod.* Olim de expressa pupillari, an vulgarem tacitè contineret, quæsitum in Curiano judicio, de quo Cicer. multis locis, & Quint. *7. c. 7.*

Sive hæres erit, &c.] Hæc est conditio substitutionis pupillaris, & casus secundus dicitur.

Si non extiterit] Quod etiam tunc accidere intelligendum est, cum impubes patri superstes hæreditate paterna abstinet: ne nudum nomen hæredis noceat substituto, arg. *l. 67. pr. de rit. nuptl l. 68. de leg. 1.* Non rectè igitur Theophil. hîc.

Si extiterit hæres] Hic casus propter utilitatem pupilli extitisse intelligitur, etiamsi bonis paternis se abstineat, *l. 12. hoc tit. l. 42. de acq. hæc. l. 28. de reb. auct. jud.* & hoc est, quod vlguò interpp. dicunt, nudæ sui hæredis existentiæ vi confirmari tabulas pupillares, fac. *l. 44. de re jud. l. 41. de acq. hær.*

Ipsi filio fit hæres] Non tantùm in bonis, quæ à patre obvenerunt; sed etiam, quæ aliunde, *l. 10. §. 5. hoc tit.* exclusis filii legitimis hæredibus, & ipsa etiam matre, *l. 8. §. 5. de inoff. test. c. 1. X. de testam. in 6.*

Moribus institutum] Ita & Ulpian. *l. 2. hoc. tit.*

COMMENTARIUS.

1. *Neque patrem liberis emancipatis pupillariter substituere posse, neque matrem liberis omninò.*
2. *Nepoti licet in potestate constituto, quem pater antecedit, pupillariter substitui non posse, nisi ex formula legis Vellejæ.*
3. *Utrum, ut valeat substitutio pupillaris, necesse sit, liberos in potestate esse, & cum fit substitutio, & cum pater moritur; an satis sit, tales esse tempore mortis.*
4. *Exponitur locus Ulpiani in* l. 2. in fin. pr. hoc tit.
5. *Vulgari casu expresso etiam pupillarem contineri, nisi voluntas testatoris apertè refragetur.*
6. *An ex converso, expresso casu pupillaris, contineatur & vulgaris.*
7. *Responsum Iavoleni expositum* in l. paterfam. 28. de reb. auct. jud.
8. *Quando accidat, ut pupillus hæres non existat, & substitutus vi formulæ vulgaris admittatur.*
9. *Quando intelligatur pupillus patri hæres extitisse hoc effectu, ut mortuo intra pubertatem hæres ei fiat pupillariter substitutus.*
10. *Per substitutionem pupillarem excludi hæredes omnes legitimos, etiam matrem.*
11. *Excludi matrem à substituto pupillari, etiam quoad legitimam.*
12. *Ostenditur idem juris esse & in pupillari tacita, cum refutatione objectorum.*
13. *Cur pupillo expedire visum sit, testamentarium à patre hæredem accipere.*

Liberis impuberibus] *L. 2. in pr. eod.* puberibus in tantum non licet, ut etiamsi ab initio facta impuberi substitutio sit, pubertatis tamen adventu vis ejus extinguatur, *§. pen. inf. eod.* Cur autem solis liberis impuberibus hoc modo substitui permissum sit, in fine hujus §. dicetur.

In potestate] Etenim patriæ hoc datum potestati est: & ideò pater filio emancipato ita substituere non potest, *d. l. 2. in pr.* multoque minus mater liberis suis. Nam quod in specie *l. si mater 33. eod.* pupillares tabulæ appellantur, quas mater filio impuberi fecit, ex eo minimè concludendum est, posse & matrem liberis impuberibus pupillariter substituere. Proponitur enim mater filio impuberi substitutionem fecisse non in casum secundum, si hæres erit, sed in primum, si hæres non erit. Vulgaris igitur illa, non pupillaris substitutio est. Pupillares autem tabulas illas Africanus appellavit, primùm ratione objecti, quia substitutio facta filio, dum adhuc esset in ætate pupillari: deindè, quia substitutio confertur in mortem impuberis, & in ea specie effectum quodammodo substitutionis pupillaris habet, saltem quod attinet ad bona matris, ut rectè monet, atque hoc Africani responsum temperat *Cujac. 2. ad African.* Consilium hoc prudentum fuit, à quibus excogitata quoque est cautio & velut ratio quædam, qua cum vi & effectu pupillaris substitutionis etiam filio emancipato substituatur, *l. cum ex filio 39. hoc tit. add. Duar. ad hunc tit.*

2 ca . 14. Non satis autem est, liberos in potestate esse, nisi simul proximum in familia testatoris gradum obtineant, hoc est, sui heredes sint testatori: nam si, verbi causa, pater nepotem antecedat, non poterit avus huic nepoti pupillariter substituere; quia post mortem avi recasurus est, in potestatem patris sui, *d. l.2. in pr.* quo fit, ut jam non propter ætatem, aut quia impubes, testamentum facere non possit, aut heredem ex testamento habere: sed quia filiusfam. cui nec puberi testamenti faciendi jus est, & de cujus successione jure veteri omnino quæri non potuit. Plane ex formula legis Vellejæ etiam nepotibus, quos pater præcedit, substitui potest, *d. l.2. in pr.* ut sic avus testetur; *Filius heres esto. Si filius me vivo suus heres esse desierit, tum qui mihi ex eo nepos est, heres esto. Si nepos heres erit, & intra*
2 *pubertatem decedat, Sejus heres esto.* Quæ nepotis institutio fit ex secundo cap. legis Vellejæ, *l. Gallus 29. §. sequenti 13. de lib. & post.* De illo quæritur, utrum ut substitutio pupillaris valeat, necesse sit liberos in potestate esse utroque tempore, & quo fit substitutio, & quo pater moritur, an vero tales esse sufficiat saltem tempore mortis. *Accurs. Bart. in d. l.2. & vulgo interpp. Graff. §. substitutio, quæst. 23. num.5.* sufficere credunt, qualitatem illam adesse tempore mortis. Doctissimi Jurisconsulti superioris ævi, *Polit. Zas. Govean. in d. l.2. Vigl. hic. num. 7. Covar. in cap. Raynunt. de testam. §.5. num.2. Duar. comm. ad hunc tit. cap. 14. Don.6. comm.25.* contra utrumque tempus spectandum contendunt, tam id, quo fit substitutio, quam quo testator moritur; quibus assentior. Nam & verba juris de hac substitutione constituti conferuntur in tempus præsens substitutionis, & cum qualitas aliqua requiritur ad constitutionem alicujus actus, ea inesse debet eo tempore, quo actus geritur, *l. si alienum 49. §.1. de her. inst. §. in extraneis 4. inf. de her. qual.* tritumque est, quod ab initio non consistit, ex post facto non posse convalescere. Accedit præterea textus satis clarus in *l. coheredi 41. §.2. hoc tit.* Verba sunt; *Si quis ex his mortis quoque tempore non fuit in familia, substitutio pupillaris fit irrita.* Quibus verbis Jurisconsultus aperte significat, præter tempus mortis aliud quoque esse, quo oporteat impuberes esse in familia: hoc autem tempus non aliud intelligi potest aut debet, quam id, quo fit substitutio. Pro contrariæ sententiæ firmamento adducitur, *d. l.2. in fin. pr.* ubi sic Ulpian, scribit, *Sed si extraneum quis heredem scripserit, poterit ei substituere si modo eum in locum nepotis adoptaverit, aut adrogaverit, filio præcedente* Ex hoc loco Accurs. & Bart. probari putant, satis esse ad pupillarem substitutionem, si vel tempore mortis tantum in potestate reperiatur is, cui substitutio facta est. Mihi vero contrarium hoc ipso loco non obscure significare Ulpian. videtur, nempe prius oportere extraneum nepotis loco adoptari, quam substitutio fiat: ait enim, *poterit ei substituere, si eum in locum nepotis adoptaverit.* Ut au- 4
tem locus planius intelligatur, licebit paulo altius rem repetere. Docuerat Jurisconsultus, quemadmodum nepotibus, quos patres præcedunt, tuto in primum casum substitui posset, hoc est, ita substitui, ut non evanesceret substitutio; nimirum eos vel institui, oportere vel exheredari, ne in locum suorum heredum succedentes (quo uno casu effectum habet substitutio) præteriti rumpant testamentum, & per consequens extinguatur pupillaris substitutio. Institui autem oportere ex consilio & formula legis Vellejæ: aliter institutum haberi pro præterito. Mox subjicit, extraneum ex formula legis Vellejæ institui nihil necesse esse, vulgarique saltem modo institutum & succedentem postea in locum sui heredis non rupturum testamentum. Quæ est sententia *l. filio, 23. §.1. de lib. & posth.* ac proinde extraneo impuberi heredi vulgariter instituto, & postea in locum nepotis quasi ex filio adoptato, recte (potest enim & ex intervallo hoc fieri, *l. si quis 16. §.1. hoc tit.*) substitui: eam quippe institutionem sufficere, ne successione, quasi præteritus, rumpat: cum si post adoptionem institutio facta sit, non aliter ea valeat, quam si facta fuerit ex formula legis Vellejæ: sive enim nepos, quem pater antecedit naturalis sit, sive adoptivus, semper ex præscripto legis Vellejæ institui debet, alioqui præteritus censetur. Qua de re abunde dictum in exegesi *§.2. sup. de exher. lib.* Cum igitur hic quæratur de eo qui extraneus sit, non tempore substitutionis, sed institutionis, tantum abest, ut hic locus confirmet contrariam sententiam, ut eam etiam refellat. Non possum ergo non mirari Bachovium, qui hanc explicationem, quæ tam aperte & verbis & menti Jurisconsulti ac rationi juris per omnia convenit, divinatoriā appellat. illa, quæ ipse pro tuenda communi sententia affert, nihil aliud esse, quam meras divinationes, facile quivis animadvertere poterit.

Veluti si quis, &c.] Formula mixtæ & gemellæ substitutionis, quæ à Modestino duplex dicitur, quia utrumque casum complectitur, & substitutionis vulgaris & pupillaris, *l.1. §.1. hoc tit.* Atque olim quidem, ut credibile est, qui sibi & liberis suis in utrumque casum prospectum vellent, ex consilio Jurisconsultorum disjunctiva hac formula usi fuerunt; vel quia ex plurium sententia substitutio non operabatur ultra casum expressum, vel quia ob diversitatem sententiarum rerumque judicatarum id incerti adhuc juris erat. Postea autem Impp. Marci & Severi constitutione introductum, ut si pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in

utrumque casum substituisse intelligeretur, *l.4. in pr. eod.* Primum igitur, quod positum est extra om-
5 nem controversiam, vulgari casu expresso continebitur etiam pupillaris; veluti si pater impuberi filio hæredi instituto ita substituat, *Si filius heres non erit, Titius esto.* Hic enim placet Titium etiam in hunc alterum casum *& si filius hæres erit, & impubes decesserit*, tacitè substitutum videri *d.l.4.in pr.* nisi voluntas testatoris apertè refragetur, *l.4. C. eod.* Etenim quod pupillaris substitutio hic quoque amittitur, id fit ex sola conjectura voluntatis, quæ hinc ducitur, quod credibile sit, eum, qui aliquem sibi hæredem esse voluit, si filius non esset, voluisse quoque eundem esse hæredem filio, si filius hæres esset, & intra pubertatem moreretur: utroque enim casu pariter substitutum dilexisse videtur, nec sibi magis prospexisse, quam impuberi filio; cui etiam utile esse creditur, hæredem à patre accipere, *l. Iulianus 42. de acq. hær.* In voluntate autem testatoris manifestè contraria hujusmodi conjecturis non utimur. Quapropter si ille vel nominatim alium in secundum casum substiuit, vel in conditione vulgaris substitutionis personam comprehendit, cui pupillariter substitui nequeat, hic qui in primum casum substitutus est, minimè intelligi debet substitutus quoque esse in casum secundum, contra manifestam voluntatem testatoris, qui aut expresè in secundum casum substitutum dedit, *§.3. inf. eod.* aut in conditione substitutionis eum adjecit, cui in secundum substitui non potest; quod cum fit, palam est testatorem in eum duntaxat casum substitutionem fecisse, quo utrique hæredum substitui poterat, *d. l.4. §.2. l. Lucius 45. hoc tit. d. l.4. C. eod.* Porro etiam vice versa expresso casu substitutionis pupillaris dicimus contineri & casum vulgaris. Cæterum hic nobis litem mo-
6 vent *Polit. de subst. pupill. quæst.8. n.38. Vigl. hic n.19. Ant. Fab. dec. 32. err.9. & 10.* pauci (quanquam nonnullos alios Viglius laudat) sed magni viri. Hi multis in contrarium disputant, ac serio contendunt, in substitutione pupillari expressa vulgarem tacitè nunquam contineri. Nos quidem numero interpp. nobiscum sentientium longè superiores sumus; sed hoc parum est, nisi legum auctoritate vincimus & ratione. Videamus ergo, an in hac quoque parte nobis cedere debeant. Auctoritate defendimur duplici: primum verbis ipsis constitutionis Impp. Marci & Severi relatis à Modestino *d.l.4. in pr.* quæ hæc sunt; *cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque &c.* Non ait Jurisconsultus, *cum pater in primum casum,* quomodo Impp. loqui debuerant, si tantum in vulgari casu expresso pupillarem contineri significare voluissent, sed *cum in alterum casum,* hoc est, unum ex duobus, sine ulla distinctione, primus an secundus tantum expressus fuerit. Secundo & evidentius auctoritate ejusdem Modestini in terminis quæstionem hanc proponentis & decidentis in *d. l.4. §.2.* Qui duos habebat filios, unum puberem, alterum impuberem utroque hærede instituto puberem impuberi substituit in eum casum, quo impubes hæres existeret, & intra pubertatem moreretur: ait Jurisconsultus, hoc casu fratrem puberem in utrumque eventum substitutum videri. Quod autem in fine ejusdem responsi monet, ad evitandam omnem quæstionem cautius facturum patrem, si in utrumq; casum expresè impuberi substituat, hoc apparet eū facere propterea quod in specie mutuę substitutionis, qualem ille proposuerat, nimirum cum uterque alteri substituitur, filius impubes puberi vulgariter, pubes impuberi pupillariter, voluntatis quæstio moveri posset, an non quemadmodum pater in unum duntaxat casum, hoc est, in vulgarem puberi substituit, ita vicissim in unum quoque casum tantum, hoc est, in pupillarem videri debeat impuberi substituisse: at hujusmodi quæstioni post D. Marci constitut. locus non est, cum non uterque alteri in casus diversos, sed uni duntaxat, cui in utrumque casum substitui potest, substituitur alter sive solum in primum, sive solum in secundum casum Deniq; à ratione non magis alienum est, hanc inducere voluntatis conjecturam, quod substitutus in secundum casum videatur etiam substitutus primum, quam quod in primum substitutus intelligitur quoque substitutus esse in secundum. Imo fortior voluntatis conjectura pro illo, quam pro hoc quod etiam D. Christin. *vol.4. decis.15. n.4.* notat: Nam cum pater filium hęredem instituit, quem etiam sperat sibi hęredem fore, & bona, quę relicturus est, consecuturum, eum, quem filio hæredi facto substituit, & ad quem consequenter mortuo filio pariter cum bonis filii postea quæsitis sua quoque pertinere voluit, magna causa præsumptionis est patrem voluisse etiam filio hærede non existente sibi hęredem esse in suis solius bonis: quæ præsumptio tanto major in hoc casu, quam in superiore, quanto magis apparet testatorem dilexisse eum, quem una cum suis bonis filii quoque bona, si quæ postea obvenerint, habere voluit, quam eum, quem expresè sibi tantum hæredem fecit. Ex quo vel solo nullo negotio refelli possunt rationes eorum, qui contra sentiunt; nam auctoritate quidem illi nulla nituntur, nisi quod Ant. Faber nobis objicit Javolenum in *l. paterfa. 28.* 7
de reb. auct. jud. poss. quo tamen loco longè aliam quæstionem Jurisconsultus tractat; nimirum an creditoribus paternis in substitutum impuberis, qui patris se hæreditate abstinuit, actio detur, sive an substitutus æs alienum patris agnoscere & creditoribus ejus respondere teneatur; an vero hæreditates, quas nuda existentia potestate juris civilis conjunxit, possit impu-

separare. Quod si inde colligit Faber, substitutum impuberi in casum pupillarem, pupillo abstinente, hæreditatem patris adire non posse vi aliqua tacitæ substitutionis vulgaris, eadem ratione collegeris nec legitimos hæredes abstinente pupillo posse qa-tris hæreditatem cernere. Et quidni præsupponendum esse dici possit, in quæstione à Javoleno proposita substitutum quoque repudiasse manifestè damnosam hæreditatem, utrumque virtute tacitæ substitutionis vulgaris sibi delatam? Ac mihi quod ad istam quæstionem attinet, idem sensisse videtur Javolenus, quod successor ejus Julianus, cujus sententia, ut pupilli utilitatem impugnans, notatur à Marcello & Ulpiano, *l. Iulianus* 42. *de acq. hær.* Agitata fuit quæstio nostra jam olim in judicio centumvirali inter hæredes legitimos Coponii cujusdam & M. Curium, cujus rei Cicero multis in locis, & Quintilian. *lib.* 7. *inst. orat. c.* 7. meminerunt. Coponius post humum hæredem instituerat, eique, si antequam in tutelam suam veniret, decessisset, Curium hæredem substituerat. Cum posthumus natus non esset, exorta de hæreditate controversia est inter hæredes testatoris legitimos & substitutum. Q. Mucius defendit, legitimis hæredibus locum esse factum, quoniam Curius ita substitutus erat posthumo: si posthumus impubes moreretur; jam vero posthumum ne natum quidem esse, ac proinde defecisse conditionem substitutionis. Mucio contradixit L. Crassus, atque iisdem argumentis, quibus nos usi sumus, probavit centumviris, M. Curium nihilominus ex substitutione hæredem esse oportere. Quod judicium, ut communem sententiam vindicat ab illis, quas Vigl. & Fab. proferunt, absurditatibus, ita ipsum, cum res adhuc dubia maneret propter auctoritatem, ut credibile est, Q. Mucii, constitutione Impp. Marci & Severi confirmatum est. Planè in substitutione exhæredato facta eandem interpretationem non esse admittendam facilè concedam.

Quam in suam tutelam venerit] Antiqua locutio, qua veteres pupillarem ætatem significabant, hoc est, eam, quæ tutorum potestati subjecta est: nam pubertate tutela finitur; & post eam ætatem adolescens suæ tutelæ esse incipit, quamvis curatorum adhuc auxilio regatur. Utitur hac loquendi formula M. Tullius, cum alibi sæpè, tum *lib.* 1. *de Orat. & lib.* 2. *de invent.* Nostri passim, *Iavolen. l. cum ex filio* 39. *hoc tit. Nerat. l. pater filio* 54. *de hær. instit. Iulian. l.* 8. §. 1. *de bon. poss. sec. tab. Paul. l. si filiæfam.* 51. *de legat.* 3. Prætor in edicto suo *l.* 5. §. 2. *quib. ex caus. in possess.*

8 *Siquidem non extiterit hæres filius, tunc substitutus patri fit hæres*] Quando ergo accidit, ut pupillus hæres non existat, & substitutus vi vulgaris formulæ patri hæres fiat? An tunc solum, cum pupillum ante patrem defungi contingit, an vero etiam tunc cum patri superstes paterna hæreditate abstinet? Et Theophilus quidem scribit, ex verbis formulæ vulgaris tunc solum substitutum venire & patri hæredem fieri, cum filius vivo adhuc patre mortuus est. Ego vero censeo, etiam tunc, cum impubes patri supervixit, & expressè bonis paternis se abstinuit, posse substitutum defendere ex substitutione patris hæreditatem sibi delatam, conditionemque hanc, *Si hæres non erit*, ex mente testatoris explicandam, ut ea extitisse intelligatur, non cum quis nudo nominetenus, sed re ipsa & cum effectu hæres factus est. Sic Jurisconsulti in *l. non solum* 67. *de rit. nupt. l. si post* 68. *de legat.* 1. apertè negant, filium, qui se abstinuit, hæredem extitisse. Nam licet etiam is, qui se abstinuit, jure civili adhuc pro hærede habeatur, unde dicitur non esse sine hærede, qui suum hæredem, licet se abstinentem, habet; *l. cum quasi* 30. §. *sed & si* 10. *de fideicomm. lib.* atque hæc res etiam sua hahabeat effecta: *l.* 12. *hoc tit. l. filius* 41. *cum l. seq. l. ult. de acq. hær. l. paterfam.* 28. *de reb. auct. jud. poss.* tamen in proposito nudum nomen hæredis sive nudam illam existentiam considerari non oportet: alioqui nullo modo vulgariter suo hæredi substitui posset. Et cum, ut docuimus initio *tit. praeced.* conditio ista, *Si hæres non erit*, etiam casum noluntatis contineat, & consequenter tanquam conditio potestati vi necessitatem tollens filium hac in re ad instar redigat hæredis voluntarii, per *l.* 4. *in pr. l. jam dubitari* 86. *de hæred. instit. l.* 12. *de cond. inst.* ut jam pro concessa sibi à patre potestate suo arbitrio velle aut nolle possit, & citra beneficium prætoris jure civili se abstinere; sanè in casu nostro hæreditas pro acquisita neutiquam haberi debet. Rep. quæ notavimus ad *d. princ. præc. tit.*

Si vero extiterit hæres filius] Videamus item quando filius patri hæres extitisse intelligatur cum hoc effectu, ut filio intra pubertatem mortuo hæres ei fiat pupillariter substitutus. Et certi juris est, si filius 9 decesserit post immixtionem, substitutum admitti hæredemque fieri filio. Nec dubitatur, quin idem juris sit, si filius mortuus sit non declarata voluntate sua super immixtione aut abstentione. Verum illud bellissimè quæritur, an etiam filio, qui expressè abstinuit, intra pubertatem mortuo, substituto pupillari locus fiat, & quod dicitur, nuda sui hæredis existentia confirmentur tabulæ patris & pupilli. Dixeris enim, nudam existentiam vim istam habere non posse, ac proinde substitutum in proposito excludi: quem si admittimus, nudæ existentiæ tribuimus vim aditionis: cui consequens hoc absurdum est, suo hæredi frustra in vulgarem casum substitui, cum vulgaris substitutio adita hæreditate expiret. Adhæc cum dicamus, in substitutione vulgari verba

ba hæc, *Si filius hæres non erit*, ex mente substituentis patris sic accipienda esse, si immiscere se paternæ hæreditati noluerit, etiam ex contrario quæ sunt pupillaris substitutionis, *Si filius hæres erit*. sic accipi oportebit, si bonis patris se immiscuerit: ut utrobique immixtio, non nuda existentia, cum aditione conferatur. Quibus etiam accedit, quod apud Julianum relatum est, si duo fuerint à patre instituti cum filio impubere, eidemque substituti, necesse esse ad tabulas patris confirmandas unum ex iis hæreditatem patris adire, *l.* 11. §. 1. *ad sen. Treb.* Cæterum quominus ita statuamus, impedimur textu expresso *l.* 12. *hoc tit.* item his locis, *l. Iulianus* 42. *de acq. hær. l. paterfam.* 28. *de reb. auct. jud. poss.* ubi disputant Jurisconsulti, an pupillo, qui abstinuit bonis patris, mortuo, substituto concedi debeat separatio bonorum patris & filii, ut ex substitutione pupilli tantum hæreditatem adeat: stulte & inepte, si substitutus abstinente pupillo nullo modo ex substitutione venire potest. Dicendum ergo omnino est, etiam in casu præsenti, cum pupillus abstinuit, ex substitutione pupillari hæreditatem deferri substituto, nudæque sui hæredis existentiæ vi confirmari tabulas pupillares: quod etiam perspicue probat *l. ex contractu* 44. *de re jud. l. filius* 41. *de acq. hæred.* Nec vero adeo absurdum videri debet, quod in substitutione pupillari vim aditionis tribuimus existentiæ; in vulgari autem non nudæ existentiæ, sed immixtioni: non enim necesse est, ut nomen hæredis aut existentiæ in utriusque substitutionis conditione eodem modo explicetur aut accipiatur. Nam ut concedamus, etiam in pupillari substitutione patrem his verbis, *Si filius mihi hæres erit*, de hærede, qui cum effectu hæres futurus sit, cogitasse: ratio tamen juris & favor pupilli postulant, ut sola existentia quoad effectum, de quo quærimus, pro aditione habeatur, & sustineantur tabulæ pupillares. Plane si filio datus sit cohæres extraneus, vulneratur suitas, ut loquitur Porc. *ad tit. de Attil. tut.* atque hic quia vires testamenti à cohærede quoque pro parte pendent, ad confirmationem tabularum & substitutionis pupillaris non sufficit filium sola potestate juris pro parte sua hæredem extitisse, sed si hic se abstinuerit, ut tabulæ valeant, necesse est, ut patris hæreditas ab extraneo adeatur, *d. l.* 11. §. 1. *ad Sen. Treb.* Atque ita quoque explicanda *l.* 2. §. 1. *hoc tit.* Etenim sui hæredis nuda existentia, quæ fit ἐν ἀτόμῳ & ipso momento mortis paternæ, non potest in solidum confirmare testamentum, ubi eodem tempore adest hæres alius, qui adiri potest, *vid. Bart. in l.* 12. *hoc tit. & d. l.* 11. §. 1. *ad Treb.* qui meo judicio felicius hæc expedit, quam vel *Cujac.* 26. *obs.* 1. *vel Ant. Fab. dec.* 31. *err.* 8. *add. Bachov. in Trent. vol.* 2. *disp.* 12. *thes.* 3.

Ipsi filio fit hæres substitutus] Et in tantum succedit, quantum filii fuit, cum is moreretur, sive à patre obvenerit, sive quæsitum aliunde. Testamentum enim pupilli hic est, in quo testator non suis bonis, sed impuberis hæredem substituit, *l. sed si* 10. §. *ad substitutos hoc tit.* Excipitur substitutus adrogati, ad quem nihil amplius ex substitutione pertinere potest, quam quod ad impuberem pervenit ex bonis aut beneficio adrogatoris, *d. l.* 10. §. *in adrogato* 6. Quia vero ex notissima ratione juris, quamdiu 10
ex testamento defertur hæreditas, aut saltem spes est fore, ut deferatur, hæredes ab intestato succedere non possunt, certum est legitimos pupilli hæredes, id est, eos omnes, qui citra substitutionem pupillo ab intestato successuri fuissent, à substituto hæreditatem admittente excludi, & consequenter etiam matrem pupilli: quamquam de ea ratio est, cur dubitetur. Nam mater præ reliquis legitimis hæredibus hanc prærogativam habet, quod à liberis præteriti testamentum eorum inofficiosum dicere possit, aut ex *Nov.* 115: ipso jure evertere, utique si vera est, communis opinio; quod nunc non disputo. Cum igitur mater hoc jus habeat, cum liberi per se testamentum faciunt, videri potest idem jus etiam tunc matri competere, cum non liberi ipsi sibi, sed pater eis testamentum faciat: nam quod quis ex persona & nomine alieno faciat, majorem vim habere non potest, quam haberet; si ille ipse id fecisset, cujus nomine factum proponitur, *l. minor si* §. 1. *de proc. l.* 13. §. *pen. de damn. inf. l.* 10. *C. de hær. inst. c. quod per alium de reg. jur. in* 6. *cum simílib.* Contrarium tamen diserte ab Ulpiano responsum *l.* 8. §. 5. *de inoff. test.* est, nempe matrem impuberis non posse testamentum inofficiosum dicere, adjecta hac ratione, quia pater hoc ei fecit: quibus verbis hoc significare voluit Jurisconsultus, querelam inofficiosi testamenti hoc colore instituendam quasi non sanæ mentis fuerit, qui testamentum ordinavit: hujus autem rei pupillum argui non posse, qui ipse testamentum non fecit, uxori vero contra mariti testamentum querelam non competere: quæ ratio etiam admissa communi DD. opinione accommodari potest ad jus novum: quicquid enim novi juris à Justiniano constitutum est, id eo tantum pertinet, sicut ipse testatur, ut præteritionis & exhæredationis amoveatur injuria, quæ nulla matri à pupillo illata. Neque vero pater, cum liberis suis testamentum facit, testatur ex persona & nudo nomine liberorum, sed jure proprio atque ex persona sua, vi scilicet & potestate juris patrii. Hoc ipsum manifeste quoque confirmat *l.* 9. *C. hoc tit.* quo loco Justinianus prohibet admitti querelam contra constitutionem mente capti, idque ait se constituere ad exemplum substitutionis pupillaris. Negata querela conse- 11
quens omnino est, matrem à substituto pupillari

excludi

excludi etiam quoad legitimam: idq; constitutione Bonifacii VIII. nominatim expressum est *cap.1. in fin. de test. in 6. Licet filius,* inquit Pontifex, *testamento suo matrem portione jure naturæ debita privare non possit: pater tamen in testamento, quod filio impuberi facit, potest.* Bocerus *comment. ad hunc §.* putat, matrem, etsi per querelam rescindere testamentum non potest, alia tamen via legitimam consequi posse, nimirum condictione ex lege; quoniam generaliter cautum est, ex bonis liberorum matri legitimam esse relinquendam, *l. omnimodo 30. l. quoniam 32. C. de inoff. test. Nov. 1. in pr.* Sed jam probavimus, id verum esse, quando liberi ipsi testantur, non cum pater pro suo jure iis testamentum facit. Neq; assentiri possum Menochio, qui *lib. 4. præsumpt. 38.* existimat, excludi quidem matrem à legitima, quantum ad bona patris attinet; non autem quoad bona filii; siquidem pater in testamento, quod filio impuberi facit, non tam de suis, quam de impuberis bonis disponit, & exhæredato quoq; dat substitutum. Atq; illud omnino fixum esse debet, qui suo jure queri de inofficioso non potest, quamvis ex testamento nihil consecutus sit, eum nec petere posse legitimam, ut benè disputat Fachin. *lib. 4. contr. 42.* & est communis hæc opinio, *Gomez. 1. rel. 4. n. 7. Vasq. lib. 2. de succ. prog. §. 11. n. 24. Grass. §. substitutio qu. 12. n. 5.*

12 porro si hoc obtinemus in institutione pupillari expressa, nulla ratio est, cur non idem statuamus in tacita, quæ vulgari expressa continetur. Nam cum ex constitutione Impp. Marci & Veri hic non minus testamentum atq; ex eo hæredem pupillus habeat, quam si expresse in casum quoq; pupillarem substitutum accepisset, ratio juris efficit, ut nemo, sive mater sit, sive quis alius, ad legitimam pupilli successionem venire possit, aut per querelam testamentum evertere. Quæ sententia etsi à Dd. comm. improbata est, tamen apertè satis confirmatur à sensu contrario in *l. 2. C. h. t.* in qua Impp. respondent, ideo in specie illic proposita matrem admitti, quia testator, filio impubere, & aliis quibusdam personis non ejusdem conditionis hæredibus institutis & invicem substitutis, non intelligitur sensisse de alio casu, quam qui in omnium persona locum habere potest, id est, de vulgari tantum: quo non obscurè significatur, si personis omnium uterq; casus conveniret, aliud respondendum esse: quo etiam faciunt *l. Lucius 45. h. t. l. 4. C. eod.* Sed duo loci hic nobis objiciuntur, *l. precibus 8. C. h. t. l. ult. C. de inst. & subst.* Ad priorem expedita responsio est, constitutionem D. Marci non pertinere ad testamentum militis, de quo loquitur *d. l. 8.* quippe militum testamentum non reguntur legibus aut constitutionibus; sed ex nuda, simplici, ac prout verbis expressa est, voluntate æstimantur, *l. 6. C. de test. mil.* ut proinde in horum testamentis vulgaris expressa non contineat tacitam pupillarem: idemq; esset, etsi non mater in specie illic proposita, & decisa, sed frater aut alius pupilli legitimus hæres fuisset. In *l. ult. C. de inst. & subst.* hic casus proponitur; Testator posthumum & uxorem hæredes scripsit, & si posthumus natus non esset, Mævium sibi hæredem esse voluit. Natus est posthumus, & impubes superstite matre decessit. Papinianus & Ulpianus putaverunt, voluntatis esse quæstionem, & matrem potius, quā substitutum, ad successionem impuberis admittendam: & secundum eos Justinianus quæstionem sic decidit, ut nolit, substitutionem istam vim tacitæ pupillaris habere adversus matrem, id est, si posthumus natus impubes viva matre decesserit: sin illa prior mortua sit, valere adversus cæteros. Quis vero non videt, hujus constitutionis speciem & rationem singularem esse, ac proinde non facilè ad alios casus porrigendam? Ostendunt hoc verba *in hac specie, in hujusmodi casu.* & quo colore aliqui Pap. & Ulp. post constitutionem D. Marci voluntatis hic esse quæstionem respondissent? Credibile autem est, Jurisconsultos & Imp. in casu, ut propositus est, considerasse primum, quod mater ex parte hæreditatis & ipsa instituta fuit, posthumoq; cohæres data, etsi posthumum nasci non contingeret. Hinc enim non levis conjectura pro matre oritur, quod scilicet testator uxorem suam, quam ita dilexit ut eam sibi quoq; cum filio hæredem esse voluerit, minimè credendus sit voluisse excludere à luctuosa hæreditate filii. Deinde quod substitutio facta proponitur, non in casum illum generalem & germanū substitutionis vulgaris, *Si filius posthumus hæres non erit;* sed in casum specialem, & nominatim in hunc, *Si posthumus natus non erit.* Unde iterum nova conjectura pro matre, nimirum non temerè, ubi mater in medio est, & præsertim cohæres posthumo data, hunc casum, *Si posthumus natus non erit,* trahendum esse ad oppositum, *Si posthumus natus fuerit, & impubes decesserit;* ne fiat contra voluntatem testatoris, qui non videtur eum, quem posthumo substituit, & sibi hæredem designat nominatim in eum casum, quo posthumus natus non fuerit, & quo existente nec mater, nec filius, nec hæreditas filii intelligi potest, etiam in contrarium casum, si natus fuerit posthumus, & viva matre decesserit, ipsi posthumo hæredē esse voluisse, exclusa matre à luctuosa filii hæreditate. Proinde concludimus, pro substituto semper respondendum esse, etiam cum

mater

mater in medio est, sive de expressa, sive de tacita pupillari quæratur, quoties ex certis aut probabilibus conjecturis colligi non potest, voluntatem testatoris refragari: ita & *Vigl. hic Don. ad l. 8. C. h.t. Vaud. 1. qu. 44. Ant. Fab. 15. conj. 9. & seqq. & dec. 33. err. 5. latè Vasq. 2. de succ. prog. §. 15. n. 55. & seqq. Diss. Gloss & Dd. comm. in d.l. 8. Gomez. 1. res. 4. n. 8. Covar. in cap. Raynutius, X. de test. §. 4. n. 6. Fachin. 4. contr. 40. & 41. D. Tulden. comm. hic cap. 3. & ad C. h.t. Perez. ibid. n. 26 & 27. Christin. vol. 4. decis. 15. n. 6.* ubi etiam refert Supremum Senatum Mechliniensem aliquando censuisse, per substitutionem in pupillo factam, ne expressam quidem, matrem hodiè legitima privari posse: sed hoc opinor ex eo est, quia in Belgio, utiq; in plerisq; Belgii provinciis, substitutioni pupillari planè non est locus: de quo pluscula sub *§. ult. inf. eod.*

Moribus institutum] Vulgaris substitutio confirmatur lege 12. tabb. his verbis; *Uti quisque legassit super pecunia sua.* Pupillaris ad eam legem non pertinet; quippe in qua pater non de sua pecunia suisve bonis, sed alienis, id est, filii disponit, *l. 10. §. ad substitutos 5. hoc tit.* sed substitutio hæc moribus introducta est, *l. 2. in pr. hoc tit.* & quod patri lege 12. tabb. permissum erat in tutela, ut liberis impuberibus in potestate constitutis testamento tutorem daret, hoc consvetudine paulatim tractum ad pecuniam quoq; & fortunas liberorum, ut in his patri liceret liberis in ea ætate, qua ipsi testamentum facere non possunt, testamento hæredem dare, continuata vi patriæ potestatis etiam quantum ad bona liberorum attinet, post mortem patris usque in eam ætatem, qua jam ipsi liberi sibi testamentum facere possent, id est, usque ad eorum pubertatem, qua adveniente substitutio expiraret. Atque hoc ipsum in gratiam ipsorum impuberum introductum est, quibus non solum honorificum, sed etiam utile visum, hæredem testamentarium & eum, qui patris judicio datus esset, habere, *l. 42. de acq. hær.* Ob id autem potissimum utile, quod ea ratione fiat, ut agnatorum insidiis minus exposita sit vita pupilli, quamdiu ignoratur, quis ei successor futurus, sit propter quam causam cavere olim patres solebant, ne pupillares tabulæ vivo adhuc & impubere filio aperirentur, *§. sin autem 3. inf. eod.*

TEXTUS.

De substitutione mente capti.

1. *Qua ratione excitati etiam constitutionem posuimus in nostro Codice, qua prospectum est, ut si quis mente captos habeant filios, vel nepotes, vel pronepotes, cujuscumque sexus, vel gradus, liceat eis, etsi puberes sint, ad exemplum pupillaris substitutionis, certas personas substituere: sin autem resipuerint, eandem substitutionem infirmari sancimus: & hoc ad exemplum pupillaris substitutionis, quæ, postquam pupillus adoleverit, infirmatur.*

NOTÆ.

1. *Constitutionem*] *l. 9. C. de impub. & al. subst.* olim opus erat speciali privilegio, *l. 4. hoc tit.*

Ut si qui habeant filios] Licet non habeant in potestate, *d.l. 9.* ibi, *qui vel quæ, testatori vel testatrici.*

COMMENTARIUS.

1. *Qua ratione & consilio exemplaris substitutio introducta.*
2. *Utroq; parente superstite & exemplariter substituente, patris potius, quam matris substitutionem ratam esse.*
3. *Substitutionem exemplarem etiam ad furiosos & prodigos, adeoque ad mutos & surdos quoq; posse porrigi.*
4. *Etiam impuberibus mente captis & à patre, in cujus potestate sunt, exemplariter rectè substitui.*
5. *Eum quoque, qui exemplariter vult substituere, debere sibi prius testamentum facere.*
6. *Si plures sint mente capto liberi vel fratres, posse vel unum ex his substitui.*
7. *An etiam exhæredatis exemplariter substitui possit.*
8. *An substitutio exemplaris per resipiscentiam infirmata vires recipiat redeunte morbo.*

Hoc §. agitur de substitutione mente capti, quæ 1 pupillari substitutioni finitima est, atque ejus species quædam imperfecta: unde à nonnullis quasi pupillaris dicitur. Veteres interpp. exemplarem vocant, eo quod ad exemplum pupillaris introducta est. Sciendum vero, ante tempora Justiniani neque lege, neque moribus licuisse parentibus liberis suis puberibus testamentum facere sive subsistere prætextu vitii alicujus sive animi sive corporis, ob quod ipsi testamentum facere non poterant, nisi, ut id sibi liceret, specialiter à Principe impetrassent, *l. ex facto 43. hoc tit.* quod quia vel non semper impetrari, aut non sine magna molestia poterat, humanum tamen videbatur, Justinianus jus regulare fecit, atque ex privilegiario commune, data parentibus potestate, quantumvis non impetrata à Principe licentia, liberis suis mente captis, licet puberes sint, ad eum modum substituendi, quo jam antea ex more recepto parens filio impuberi substituere poterat, nimirum in eum casum, quo hæredes existerent, & in eadem constitutione mentis decederent, *l. humanitatis 9. C. hoc tit.* Utriusque hujus substitutionis & dissimilitudo ostendetur in progressu.

Qua ratione] Nimirum eadem illa, quam modo dixit causam fuisse comparandæ atque in mores inducendæ substitutionis pupillaris. Hoc enim significat, eadem ratione, qua antea receptum fuit, ut parentes liberis impuberibus testamentum facerent, quia scil. liberi ipsi propter ætatem sibi facere non poterant, se excitatum permisisse parentibus substituere liberis etiam puberibus qui non sanæ mentis sunt, & ob eam causam ipsi testari non possunt.

Ut si qui] Sine distinctione sexus aut gradus aut potestatis parentum; ne quis ex similitudine substitutionis pupillaris hoc ad eos parentes tantum referat, qui liberos habent in potestate. Etenim substitutio hæc non ex ratione aliqua juris civilis, sed ex sola humanitate, affectione, pietate & cura parentum erga liberos introducta est, quæ eadem est in omnibus parentibus, *d.l.9.* quod tamen timidius diceremus, nisi ipsis legis verbis parentibus omnibus eadem potestas tribueretur; *parenti, qui vel quæ testatur; testatori vel testatrici.* Poterit igitur mater hoc modo substituere, & avia, & pater filio emancipato. Quod si mente capto uterque parens superstes sit, rationi juris consentaneum est, ut patris potius, quam matris substitutio rata sit, ut rectè *Vasq. lib.2. de succ. prog. §.17.n.59. & seqq. Don.6. comm. 27.* quamvis receptum magis, ut cujusque substitutio valeat in bonis ab eo profectis, teste Sichardo *in d.l.9. n.9.* quod etiam probant *D.Perez. in Cod. hoc tit. n.31. & D. Tuld. in comm. hic c.10.* Sed hoc neq; naturæ hujus substitutionis communi cum pupillari videtur convenire, nam utraque fit bonis liberorum omnibus; & insolens est aliquem cum duobus testamentis decedere: quanquam fortassis subtilitatem istam mores hodierni non usque adeo curent. Atque hæc est prima hujus substitutionis & pupillaris differentia.

Mente captos] Furiosum quoque mente captum esse, id est, lumine mentis carere, certum est. Sed usu veterum mente captus à furioso distingui solet, & furiosus dici, qui rabie quadam agitur; mente captus, qui in quiete magis est, nulla ferè signa ostendens extrinsecus: & dementia plerumque vitium naturale est ac perpetuum; furor sæpè remissionem ac intervalla morbi & sanitatis habet. Hinc dubitatum aliquando, an quæ de mente capto constituta sunt, ad furiosum per interpretationem sint producenda; quæ dubitatio circa hunc quoque §. & d. l.9. incidit, propterea quod utrobique mente capti tantum Justinianus meminit. Et vero potest aliquando justa esse causa dubitandi, veluti cum D. Marcus permisisset filio mente capto uxorem ducere, exorta apud veteres dubitatio fuit, an id quoque ad furiosi filium porrigendum esset; quoniam in mente captis nullæ sunt morbi induciæ, furiosi autem plerumque intervallis quibusdam sensu saniores sunt, quod tempus expectandum videri poterat: quam tamen dubitationem sustulit Justinianus, producta D. Marci constitutione ad furiosi quoque filium, *l. si furiosi 25. C. de nupt.* Cæterum in proposito non video, quæ possit esse dubitandi causa, cum omnino hic eadem ratio sit utriusq;, & furore intermisso liberis ipsis, si in potestate non sint, testari permissum ac testamentum paternum abolere. *Fac. l. ex facto 43. in pr. vers. nam & si hoc tit. l.2. C. de cur. furios.* ubi furiosus & mente captus pro eodem ponuntur. Et rectè igitur Theoph. vertit. *μεμηνότας ἤγουν παραφρονοῦντας.* Quinimo putem, constitutionem Justiniani ad prodigos, atque adeo ad surdos & mutos quoque liberos porrigendam: quo casu ipsi testari non possunt: quæ & communis sententia est, fundata in constitutionis humanitate & ratione, quæ his omnibus convenit, nimirum ut qui ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant, quodque olim non licebat, nisi ex privilegio, nunc liceat jure communi; *Gomez. 1. resol. 6. n. 3. & 4. Covar. in c. Raynut. §.6. n.1. Grass. §. substitutio quæst. 44. n. 4. & 6.* quamvis aliud visum Viglio hic *Govean. in d.l. ex facto 43. hoc tit. D.Tuld. in comm. hic c.10. Perez. in Cod. eod. n.30. arg. l. quod vero 14. de legib.* cui occurri potest ex D. Præside *loco 79. n.18. & seqq.* Planè ad phreneticos constitutionem non pertinere tradunt comm. DD. & probat. *Vasq. d. §.17. n.208.* per verb. constitutionis *perpetuo. Grass. d. quæst. 44. n.3.*

Vel nepotes] Eadem autem conditio hic exigitur quæ in substitutione impuberum, ut nepotes, quibus exemplariter substituitur, post mortem testatoris non sint recasuri in potestatem patris sui, *l.2. hoc tit.* Nam & hæc substitutio testamentum liberorum est. Qui autem sunt in potestate, nec testamentum nec hæredem ex testamento habere possunt, *l. pen. & ult. C. qui test. fac.* Quare &, si mater substituit, mortua ea, superstite patre mente capti, evanescet substitutio secundum plerosque: ego arbitrarer, quamdiu pater vivit, ne concedendum quidem matri esse, ut substituat, de quo latè *Vasq. 2. de success. progr. §.17. n.43. & seqq.*

Etsi puberes sint] Secunda differentia, quæ principalis est inter hanc substitutionem & pupillarem. 4
Ait, *etsi puberes.* Licetne ergo etiam impuberibus exemplariter substituere? De patre, qui emancipavit, non quæritur, nec de matre substituere volente; quoniam in his terminis sola exemplaris locum habet: sed de patre, in cujus potestate est impubes mente captus. Ratio dubitandi orta à simili. Quemadmodum enim curatio agnatorum, in qua lex 12. tabb. jubet esse furiosos, ad impuberes non pertinet, qui ex jure ordinario in tutela sunt; *l.3. de tutel.* ita videri

pot-

potest nec pertinere ad eos hæc extraordinaria substitutio, cum pater jure ordinario his substituere possit pupillariter. Sed non sunt hæc similia: nam finita tutela succedit, & administrationem bonorum puberis suscipit curator quem lex aut magistratus tutori subrogat, ut in omnem eventum hic furioso prospectum sit: finita autem substitutione pupillari, & durante adhuc mentis alienatione, non succedit exemplaris substitutio, neque quisquam est, qui hæredem mente capto dare queat. Quamobrem magis est, ut dicamus, posse patrem etiam exemplariter filio substituere, ut duret ea substitutio etiam post pubertatem, quamdiu manet eadem mentis constitutio, ita & *Duar. in tit. de vulg. & pup. c.* 19. & *Dd. comm. Vasq. d.* §. 17. *n.* 68. *Grass. d.* §. *q.* 41. *Dissent. D. Pacius in not. marg.*

Ad exemplum pupillaris substit.] His verbis significatur, licere patri filio mente capto substituere in casum secundum, *Si filius hæres erit*, ut receptum est
5 in pupillari. Deinde etiam debere patrem, qui exemplariter substituit, sibi prius testamentum facere, sibique in eo hæredem instituere, quam filio substituat, perinde ut in substitutione pupillari, §. *liberis* 5. *inf. eod.*

Certas personas] Differentia tertia. In substitutione pupillari licet impuberi filio quosuis substituere, etiam fratribus ejus præteritis: in substitutione mente capti non licet: sed in hac primum liberi, si quos habet, dein his non existentibus, fratres mente capti substituendi sunt: demum si nec fratres erunt,
6 permissum, substituere quemlibet, *d.l.*9.*C.h.t.* Et notandum, quod in constitutione adjicitur, non esse necesse, si plures sint mente capto liberi aut fratres, ut substituantur omnes, sed satis esse vel unum ex iis substitui, ut valeat substitutio, licet reliqui non sint exhæredati: nihil enim de cæteris exhæredandis exprimitur. Sed &, impune posse præteriri, ex eo licet intelligere, quod adversus substitutionem denegatur querela inofficiosi: quod tamen in liberis mente capti vix est ut ab iniquitate defendi possit, *vid. Vasq.* §. 17. *n.* 55. & *seqq.* Sed de parentum erga liberes affectione benignius præsumamus, avumque testatorem nepotibus præteritis tantundem de pro-
7 priis bonis in compensationem relicturum. Inducitur vulgo ex verbis d. constitutionis & alia dissimilitudo. Nam impuberibus pupillariter substitui potest, etsi nihil eis relinquatur, dummodo exhæredentur: mente captis non aliter substitui concedit constitutio, quam si legitima eis relicta fuerit: & cum igitur hodie legitima liberis relinquenda sit titulo institutionis, *Nov.* 115. non aliter testamentum paternum consistere, aut querelam inofficiosi evadere plerique existimant, quam si liberi in eo hæredes instituti fuerint, saltem in parte aut ex re aliqua; quo casu si minus legitima relictum sit, id quod deest, eos consecuturos condictione, *ex l.*30.*C. de inoff.* nimis enim superstitiosos esse, qui negant subsistere testamentum, nisi tota legitima relicta sit. Concludunt igitur, exhæredato non recte, exemplariter substitui, neque rationem humanitatis pati; ut afflicto addatur afflictio. *Bart. in l.*43. *n.*18. *hoc tit. Dd. comm. in l.*9. *C. eod. Grass. d.* §. *qu.* 44. *n.* 5. Quibus assentiri non possum. Nam cum etiam liberi furiosi à patre exhæredari possint, *l.*27. *C. de Episc. aud. l. ult.* §. 5. *Cod. de cur. fur.* quod sic accipiendum est, ut possint etiam efficaciter, quamvis nihil eis relictum sit, modo exhæredentur ex causa ingratitudinis ante furorem commissæ, quod Bart. quoque *d. loc. num.* 19. & Dd. comm. concedunt: *Vasq. de succ. creat.* §. 21. *num.* 256. non video cur non & his exhæredatis possit exemplariter substitui. Sanè verba constitutionis non refragantur. Nam quod de legitima relinquenda adjicit Justin. id non eo pertinet, ut si illa relicta non sit, testamentum ipso jure sit nullum, sed quod alias per querelam inoff. posset everti: cujus querelæ ne hodie quidem vis ulla, ubi ob justam causam ingratitudinis testamento insertam hæres docere potest, exhæredationem factam esse: & quod novissimè Imp. voluit, legitimam relinqui tit. institutionis, id non hunc habet sensum, si ita relicta non sit, utcumque ritè facta sit exhæredatio, testamentum ipso jure non subsistere, sed tunc per querelam posse subverti: de quo uberius *inf. tit.* 18. *Duar. ad hunc tit. c.* 20. *Covar. in cap. Raynutius* §. 6. *n.* 2. & 3. *Bocer. hic n.* 21.

Sin autem resipuerint, infirmari] Deficiente nimirum conditione hujus substitutionis: ut enim pupillaris substitutionis hæc propria est, *Si filius impubes decesserit*; ita exemplaris hæc propria, *Si mente captus in eadem constitutione mentis decesserit*: ac proinde ut illa pubertate, ita hæc finitur resipiscentia: quomodo veteres quoque principalia rescripta interpretati sunt, quibus specialiter aliquibus concessum erat, liberis puberibus ob infirmitatem aliquam, propter quam ipsi testari non poterant, testamentum facere: iniquum enim esse, testamenti factionem adimere homini sani sensus & mentis, *l. ex facto* 43. *h.t.* ubi indicatur alius quoque modus, quo hæc substitutio infirmatur, sui hæredis agnatio. Quid 8
autem si filius in eandem mentis abalienationem reciderit? Zasius *tract. subst. exempl.* post Baldum & Salicet. *in d.l.* 9. *C. hoc tit.* distinguit inter modicum & longum intervallum, ut illo casu duret, hoc evanescat substitutio, quod & *Covar. in d. c. Raynutius* §. 6. *num.* 11. *probat*. Perezius ad *eund. tit. C. n.* 33. indistinctè negat, unquam convalescere. Vasquius contra convalescere ait, sed ita, quasi interim non extinctam, idque etiamsi filius tempore mortis paternæ

næ adhuc sit sanæ mentis, *lib.2. de success. progress.* §. 17. *n.48.* & *seqq.* quæ etiam est communis opinio secundum *Iason.* & alios à *Vasq.* & *Covar.* allegatos. Ratio juris suadet. ut dicamus, *cum Donell. l.6. comm.* 27. siquidem filius vivo adhuc patre in eundem morbum reciderit, magis esse, ut substitutio duret, *arg. l.6. §.2. de hær. inst. §.4. inf. de hær. qual.* nisi fortè per id tempus, quo sanæ mentis fuit, ipse testamenrum fecerit, *per §.1. sup. quib. non est perm. fac. test.* Quod si tempore mortis testatoris sanæ mentis fuerit, evanescere substitutionem, *arg. l. cohæredi* 41. *§.2. h. t.* quæ etiam sententia videtur *D. Viglii. hic n.*10. malè in contrarium allegati à D. Perezio. *Add. Mantic. de conj. ult. vol. lib.5. c.16. n.*14. & *seqq.*

TEXTUS.

Proprium pupillaris substitutionis.

2. *Igitur in pupillari substitutione secundum præfatum modum ordinata duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris alterum filii. tanquam si ipse filius sibi hæredem instituisset: aut certè unum testamentum est duarum causarum, id est, duarum hæreditatum.*

COMMENTARIUS.

Redit Imp. ad institutam initio disputationem de substitutione pupillari. Ait, in ea supstitutione duo quodammodo esse testamenra. Quæ verba captanda non sunt. Etenim non hic eorum sensus est, in pupillari substitutione, quatenus sola & per se spectatur, duo esse testamenta; quæ oratio implicaret contradictionem: quippe in pupillari substitutione soli pupillo hæres datur, cujus idcirco etiam testamentum dicitur, licet patrem auctorem habeat, *l.20. hoc tit.* & *passim.* ea vero pars, quia impubes ipse aut alius hæres instituitur, patris testamentum constituit, nulloque modo appellari potest substitutio pupillaris. Sed ita accipienda sunt, ut simul comprehendatur ipsa impuberis institutio, secundum formulam in pr. traditam: quod ostendunt verba, secundum præfatum modum ordinata. Hoc sensu rectè dicitur, duo hic quodammodo testamenta esse, alterum patris, alterum filii. Hinc enim est, quod utriusque mors expectanda, quod duæ aditiones necessariæ, *l.2. §.1. h.t. l.11. §.1. ad Trebell.* duplex item apertura tabularum, si pupillares seorsum obsignatæ, *l.8. test. quemad. aper.* quod pater una hora sibi, altera filio hæredem facere potest, *l.16. §.1. hoc tit.* sibi per scripturam, filio per nuncupationem, & contra, *d. l. patris* 20. *eod. l.8. in fin. sec. tab.* quod filio substitutus, eo abstinente non cogitur paternis creditoribus respondere, *l. Iulianus* 42. *de acquir. hæred.* & apparet hoc luculentius in substitutione exhæredati

Unum testamentum duarum causarum] Rectè quoque. sed sensu diverso, unum hic esse testamentum dicitur, *l.2. §. prius* 4. *d. l. patris* 20. *hoc tit. l. paterfam.* 28. *de reb. auct. jud. poss.* nimirum tum ratione causæ efficientis, quia unum duntaxat auctorem habet; tum formalis, quia unica solennitate contentum, veluti unis septem testium signaculis, *d. l.20.* tum ratione subsistentiæ, quia pupillare testamentum per se non subsistit, sed paterni accessio est, quo rupto, rescisso aut irrito facto, simul concidit, *d. l.2. §.1. l.10. §.3. l.16. §.1. eod. l.11. test. quemad. ap. §.5. inf. hoc tit.* Atque hinc est, quod in tabulis patris & filii una Falcidia servatur, *l.11. §. quod vulgo* 5. *ad leg. Falc.* quod juri accrescendi locus est inter patris & pupilli tabularum legatarios, ut inter re conjunctos, *l. plane* 34. *§. sed si* 10. *de legat.* 1. & si quæ sunt alia generis ejusdem. Consulatur D. Hotomannus, qui singula accurate persecutus est.

TEXTUS.

Alia forma substituendi pupillariter.

3. *Sin autem quis ita formidolosus sit, ut timeat, ne filius suus pupillus adhuc ex eo, quod palàm substitutum acceperit, post obitum ejus periculo insidiarum subjaceat, vulgarem quidem substitutionem palàm facere, & in primis testamenti partibus ordinare debet: illam autem substitutionem, per quam, si hæres extiterit pupillus, & intra pubertatem decesserit, substitutus vocatur, separatim in inferioribus partibus scribere debet, eamque partem proprio lino, propriaque cera consignare: & in priore parte testamenti cavere, ne inferiores tabulæ vivo filio & adhuc impubere aperiantur. Illud palàm est, non ideò minus valere substitutionem impuberis filii, quod in iisdem tabulis scripta sit, quibus sibi quisque hæredem instituisset: quãvis pupillo hoc periculosum sit.*

NOTÆ.

3. *Proprio lino*] Vide comm. infra. Exempla substitutionis pupillaris factæ in ima cera, sive ultima parte tab. habes in *l. ult. de fideic. libert. l.8. §. ult. sec. tab.*

In priore parte cavere] Etsi non cavit, voluisse tamen intelligitur, qui separatim obsignavit tabulas [illegible]

COMMENTARIUS.

Quia substitutio hæc pupillo periculosa videtur, consilium hoc loco parentibus datur, ut eam in ima parte tabularum scribant, linoque proprio trajecto constrictam obsignent, caveantque, ne vivo & adhuc impubere filio aperiantur.

Periculo insidiarum subjaceat] Vulgaris substitutio rarius periculum liberis impuberibus creat, quia adita hæreditate spes omnis successionis substituto præciditur. Potest tamen & ipsa causam præbere insidiis. Apud Ciceronem in *orat pro Cluent* legimus, mulierem quandam Milesiam, accepta à secundis hæredibus pecunia partum sibi medicamentis abegisse: cujus rei meminit Triph. *l. Cicero 39. de pæn.* Citius autem periculum metuitur à substituto pupillariter, si is mortuo patre, pueri custode, se esse substitutum cognoscat: hic enim majorem occasionem habet vitæ pupilli struendi insidias, eumque antequam pubescat, è medio tollendi. In cujusmodi scelus impulsus hac occasione fuit tutor ille, quem Sergius Galba ob id cruce affecit; nimirum quod pupillum, cui substitutus hæres erat, veneno necasset. *Sveton. in Galb. c. 9.* Scilicet ea vulgo est hominum improbitas, ut spe luculentæ hæreditatis aut similis lucri, quod post obitum alicujus se percepturos certo sciunt, facile impellantur ad affectandam illius mortem. Notum est illud Persianum *satyr. 2.* de improbo insidiatore pupilli, cui hæres substitutus erat;

---- Pupillumve utinam, quem proximus hæres
Impello, expungam.

Eodemque pertinent illa Horatii *lib. 2. satyr. 5.*

Arrepe officiosus, ut & scribare secundus
Hæres, ut si quis casus puerum egerit Orco,
In vacuum venias.

Primis testamenti partibus] Tabulæ testamenti in plures partes dividi possunt, singulæque partes seorsum obsignari, ita ut priores sine posterioribus commode aperiri & signari queant. Primam testamenti partem Horatius *d. satyr. 5. primam ceram* vocat, sicut Tranquillus in Julio *cap. 83.* partes inferiores, *imam ceram.* Cicero *Verr. 3. extremam ceram Codicis.* Quod intelligendum est è consvetudine veterum Romanorum, qui in tabulis ceratis scribere solebant. Quamvis interdum etiam chartis & membranis uterentur, *§. nihil autem 12. sup. de testam. ord. consule D. Salmas. lib. de mod. usur. c. 11.*

Separatim in inferioribus partibus] Exempla substitutionis pupillaris factæ in infima sive novissima parte testamenti habemus apud Marcell. *l. ult. de fideic. lib. Paul. l. ult. ad sen. Treb. Vlp. l. 8. test. quem ap.* quo loco etiam hoc scribit Jurisconsultus, prætorem non pati sine causæ cognitione aperiri tabulas pupillares, quas separatim signatas testator reliquit, quamvis expresse non caverit, ne aperiatur: quia se prætor existimat, id nullo modo è re pupilli futurum esse.

Proprio lino] Significat, testamenti tabulas diverso lino ita ligandas esse & complicandas, ut lino inciso singulæ per se commode aperiri possint. Lini, quo tabulæ ligantur, mentio fit plerisq; locis, *l. Aurelius 28. §. 1. de lib. leg. l. 1. §. pen. & ult. de bon. possess. sec. tab. l. pen. Cod. de testam. apud Lucian. in Timone. Sveton. in Neron. c. 17. Adversus falsarios tunc primum repertum, ne tabulæ nisi pertusæ, ac ter lino per foramina trajecto, obsignarentur. Add. Alciat. 4. parad. 6.* Gajus 2. *Inst. 4.* de hac cautela sic scribit; *Sed pupillaris substitutio ita secreta esse debet, ut ad notitiam substituti pervenire non possit, ne vitæ pupilli substitutus aliquas insidias moliatur. Nam in extrema pagina testamenti fieri debet, ut pars illa, in qua pupillaris substitutio scripta est, quamdiu pupillus annos pubertatis egrediatur, obsignata permaneat, & prior pars testamenti, in qua hæres scriptus est, reseratur.*

Cavere, ne inferiores tabulæ aperiantur] Pupillares tabulas aperiri plerumque vetabat parens, *l. 3. C. quemadm. test. ap.* aut vetuisse intelligebatur, si seorsum eas signatas reliquisset, *l. 8. ff. eod.* Quæsieris, quid juvet, hanc adhibuisse cautionem, cum qui in vulgarem casum impuberi à patre substitutus est, etiam in casum pupillarem substitutus esse intelligatur ex constitutione D. Marci, *l. 4. hoc tit.* nam facta palam substitutione vulgari etiamsi altera celetur, in idem incommodum incidi; quia substitutus ignorare non potest, mortuo impubere, se ei hæredem fore ex tacita pupillari. Sed facilis est responsio, nimirum ex conjectura voluntatis hoc introductum, ut substitutioni vulgari expressæ, pupillaris insit: in voluntate testatoris manifeste contraria secus esse, *d. l. 4. §. 2. & l. 4. Cod. eod.* Neque enim unquam in re manifesta aut ubi de voluntate constat, præsumptioni aut conjecturis locus est, *l. continuus 137. §. 1. in fin. de verbor. obl.* Quamobrem cum in casu præsenti ex priore testamenti parte constet, testatorem expresse aliquem filio substituisse in imis tabulis, quas filio vivo & adhuc impubere aperiri vetuit, nihil certi sibi promittere substitutus potest de successione pupilli, cum scire non possit, ipsumme, an alium testator in secundum casum substituerit.

Non ideo minus valere] Igitur Justinianus hic non imperat, sed svadet. Consilium est, non præceptum, ut & Græci, οὐ νόμος, ἀλλὰ παραίνεσις: neq; enim eo minus valet pupillaris substitutio, quod scripta est in iisdem tabulis, quibus testator sibi hæredē instituit. Quin etiam sibi in tabulis testamentum facere pater potest: filio impuberi per nuncupationem substituere, *l. 8. in fin. sec. tab. l. patris 20. §. 1. h. t.*

TEXTUS.

Quibus substituitur.

4. *Non solùm tamen hæredibus institutis impuberibus liberis ita substituere parentes possunt, ut si hæredes eis extiterint, & ante pubertatem mortui fuerint, sit eis hæres is, quem ipsi voluerint: sed etiam exhæredatis. Itaque eo casu, si quid exhæredato pupillo ex hæreditatibus, legatisve aut donationibus propinquorum atque amicorum acquisitum fuerit, id omne ad substitutum pertinebit. Quæcunque diximus de substitutione impuberum liberorum, vel hæredum institutorum, vel exhæredatorum, eadem etiam de posthumis intelligimus.*

NOTÆ.

4. *Sed etiam exhæredatis*] *l. 2. §. 1. l. 10. §. 5. hoc tit.* Ulpian. *tit. 23. §. 7.* quia pater non suis bonis substituit, sed impuberis, videlicet jure potestatis, *d. l. 10. §. 5.* quo & tutorem dat, *l. 4. de test. tut.* Formula: *Titius hæres esto: filius exhæres. Si filius impubes moriatur, Sempronius ei hæres esto.*

Ex hæreditatibus legatisve, &c.] *d. l. 10. §. 5.* non tamen potest pater ab exhæredato legatum relinquere, *l. 41. §. 3. hoc tit.* neque à substituto exhæredati, *l. 41. §. 3. de test. mil.* Legatum onus est: hæredem habere non est.

Etiam de posthumis] *l. 2. eod.* exempl. *in l. 46. hoc tit. l. ult. C. de instit. & subst.*

COMMENTARIUS.

1. *Formula substitutionis pupillaris exhæredato facta.*
2. *Male in vulgaris codicibus interpungi.* l. miles 41. §. 4. de test. milit.
3. *Patrem ab exhæredato filio ejusve substituto legare non posse.*
4. *An exhæredatio extinguat jus suitatis. Quæstio subtilissima.*

SEd etiam exhæredatis] Non ait, præteritis, quia sic testamentum patris ipso jure nullum esset, *l. 1. de injust. rupt. l. inter cætera 30. de lib. & posth.* Exhæredatis autem recte substituitur, *l. 1. §. 2. l. 10. §. ad substitutos 5. hoc tit.* nimirum jus hoc substituendi, ut & tutores dandi, non ab institutione hæredis, sed à potestate patris pendet. Quippe qui non suis bonis, sed impuberis substituit: quo argumento utitur *Ulp. d. l. 10. §. 5.* Quamobrem etsi hodie bonorum adventitiorum proprietas patri non quæritur, non eo tamen minus substituere filio exhæredato poterit. Neque in eo injuria fit exhæredato, quod pater ei hæredem dat: quin potius ad utilitatem pupilli hoc spectare creditur, *l. Julian. 42. de acq. hær. Fac. l. 6. in pr. de interrog. in jur.* Sed quibus verbis haec substitutio concipienda est? Non enim potest concipi eadem formula, qua utimur in substitutione filii hæredis instituti, *Si hæres erit, & intra pubertatem decedet.* Nimirum posterior tantum hujus conditionis pars exprimenda. Formula hæc sit; *Titius hæres esto; Filius exhæres. Si filius impubes moriatur, Sempronius ei hæres esto.* Ex quo apparet, veram hic substitutionem nullam esse, ac ne vix quidem coloratam, ut monui initio hujus tituli. 1

Pupillo ex hæreditatibus legatisve] Nam uti modò dictum est, non suis, sed impuberis bonis testator substituit. Turbavit hic multos vitiosa lectio, *l. miles 41. §. 4. de test. mil.* Sic enim is locus in vulgatis codicibus legitur; *Exhæredato miles & emancipato filio substituere potest. Verùm hoc jus in his exercebitur, quæ ab ipso ad eum, cui substituit, pervenerunt: non etiam in his, quæ habuerit, vel postea acquisierit.* Quod si exhæredato filio à milite substitutus ea tantùm accipit, quæ à testatore profecta sunt, nihil amplius ei tribuendum, si substitutus sit à pagano. Cæterum alia omnia ratio juris efflagitat: nec responsum istud, si ita legas, defendi potest à summa absurditate. Quod cum animadverteret D. Viglius, ausus est, quanquam nullius fretus codicis auctoritate, locum aliter interpungere, dictioneque *exhæredato*, in calcem præc. §. transposita, novum sic inchoare, *Miles & emancipato filio, &c.* quam viri doctissimi & prudentissimi interpunctionem postea compertum est Pisani codicis auctoritate confirmari. 2

Ad substitutum pertinebit] Hoc igitur certo constitutum est, licere patri substituere filio impuberi etiam exhæredato, atque ex hac substitutione ad substitutum pertinere adventitia exhæredati emolumenta. Sed hac occasione duo quæsita sunt: primum, an quemadmodum pater exhæredato recte substituit, ita etiam ab eo legatum aut fideicommissum recte relinquat: alterum, an à substituto exhæredati legatum aut fideicommissum dare valeat. Primum quod attinet, placet, patrem à filio, quem exhæredavit, legare aut fideicommissum relinquere non posse, *l. cohæredi 41. §. 3. hoc tit.* alia enim ratio est substitutionis, alia legatorum sive fideicommissorum. Legata & fideicommissa onera sunt: ac proinde aliis imponi non possunt, quam iis, quos defunctus honoravit, & tantùm pro modo relicti, *d. l. cohæredi, §. 3. l. 1. §. sciendum 6. de legat. 3. l. 9. C. de fideic.* Substitutio verò onus nullum continet (neque enim onus est hæredem habere) sed est provisio, pertinens ad commodum ipsius pupilli. Atque hinc quoque judicandum de altero. Nam si ab exhæredato legari non potest, nec poterit à substituto ejus. Ratio enim non patitur, ut plus juris habeat testator circa personam 3

nam substitui, quam habet in eo, cui substituit, *l. qui fundum* 87. *§. qui filios* 7. *vers. dicet aliquis, ad leg. Falc. l. ab exhæredati* 116. *de leg.* 1. Planè quemadmodum filius exhæredatus, si legatum vel fideicommissum à patre accepit, fideicommisso itidem à patre gravari potest; *d. l. cohæredi* §. 3. ita & eo casu poterit substitutus, si juris rationem spectes, *l.* 5. *§.* 1. *de legat.* 3. Contrarium tamen in odium exhæredationis constituit Justinianus *l. cum quidam* 24. *C. de legat.* ut benè observavit D. Viglius. Ne olim quidem, ut hoc obiter addam, legari à substituto exhæredati poterat; quantumvis legatum etiam amplum à patre accepisset, *l. miles* 41. *§.* 3. *de test. mil.* nimirum quia ex ratione juris veteris legata à legatario ejusve hærede non rectè relinquebantur, at benè fideicommissa, *inf. de sing. reb. per fideic. rel. in pr. d. l.* 5. *§.* 1. *de legat.* 3.

Eadem etiam de posthumis intelligimus] Quæstionem, an hodiè post *Nov.* 115. *c.* 3. posthumus exhæredari, & consequenter, an ei exhæredato substitui possit,
4 alii loco reservamus. Illud pro coronide hic indagare lubet, verumne sit, quod nonnullis visum est, per exhæredationem tolli jus suitatis. Nam si hoc verum est, concidit in totum doctrina hujus §. quandoquidem suis tantùm hæredibus substitui potest, *l.* 2. *in pr. hoc tit.* Verum autem esse, hisce argumentis probari videtur. Primum, si exhæredati ne hæredes quidem sunt, nec sui hæredes dici possunt; cum non entis nulla sit qualitas, atque ut in scholis ratiocinantur, *ab* est *secundi adjecti ad* est *tertii adjecti valeat consequentia negando.* Hæredes autem non esse, testatur Jurisconsultus *l.* 1. *§. pen. de suis & legit.* Ratio enim juris manifesta est, quia nec ex testamento nec lege eis defertur hæreditas, ut plenius ostendimus in §. *cum autem* 7. *inf. de hær. quæ ab int.* Secundo inter suos hæredes numerari non potest, qui pro mortuo habetur: at exhæredatus habetur pro mortuo, *l.* 1. *§. sed & si* 5. *de conjung. cum emanc. lib.* Postremo sui hæredis jus per exhæredationem dicitur abscissum esse, *l.* 9. *§.* 2. *de lib. & posth.* Ex contrario verò non tolli per exhæredationem jus suitatis, duobus argumentis perspicuè evincitur. Unum petitum est à definitione: nam si sui hæredes sunt liberi omnes defuncti, qui eo tempore, quo moritur, in potestate illius sunt, & primum in familia locum obtinent, non potest non filius exhæredatus eo tempore inter suos hæredes numerari, nisi dicamus, quod inauditum est, exhæredatione solutum fuisse jus patriæ potestatis. Nec mihi objeceris, jus suitatis non ex eo solùm æstimari, quod quis in potestate sit, & primum gradum in familia teneat; verum etiam, & maximè ex causa successionis: exhæredatum autem à successione excludi. Etenim quamdiu pater vivit, exhæredationis nulla vis est, eoque etiam mortuo adhuc in irritum redigi potest, destituto vel rescisso per querelam inofficioso patris testamento, *l. filium* 20. *in pr. contr. tab.* ut proinde jus filii sui hæredis per exhæredationem sublatum fuisse dici non possit. Alterum argumentum sumitur ab effectis suitatis propriis. Primum ex eo, quod, ut hoc §. docetur, filio exhæredato rectè pater pupillariter substituit. Suum autem hæredem esse oportet, cui ita substituatur, *l.* 2. *hoc tit.* Secundo, quod, cum tutor testamento dari non possit nisi ei, quem quis in suis hæredibus, cum moritur, habuit, *l. quo tutela* 73. *§.* 1. *de reg. jur.* rectè nihilominus detur exhæredato, *l.* 4. *de test. tut.* Tertio, quod exhæredati filii persona obstet nepoti, quominus suus hæres fiat avo, & præteritus quasi agnascendo rumpat avi testamentum, *l.* 6. *pr. de injust. rupt. test. l.* 7. *unde lib.* Si enim per exhæredationē perimeretur jus suitatis, nepos protinus occuparet locum patris, atque in sui hæredis locum succedendo avi testamentum rumperet, non secus ac is rumpit, cujus pater mortuus aut emancipatus est, *§.* 2. *sup. de exhær. lib. l.* 13. *de injust. rup.* Postremo à jure quoque suitatis procedit, quod filio, qui in potestate est, exhæredato ad transmittendam querelam nec bonorum possessio, nec additio hæreditatis necessaria est. Cur enim alioqui contra filius emancipatus nisi ista fecerit, non videtur litem præparasse? *l.* 7. *de inoff. testam.* Neque verò adeò difficilis responsio est ad argumenta duo posteriora, quibus diximus probari videri, exhæredatione jus sui hæredis planè extingui. Etenim quod Ulpian. ait *d. l.* 1. *§. sed & si* 5, *de conjung. cum emanc. lib.* patrem exhæredatum pro mortuo haberi, verum quidem est, non autem simpliciter, sed quod ad illud edictum, quo de agitur, attinet; ne scilicet pater emancipatus, exhæres factus, impediat, quominus nepos in potestate retentus & præteritus bonorum possessionem contra tabulas solus petat, aut si concurrat patruus, partem bonorum dimidiam consequatur; cum si pater exhæredatus non fuisset, ex edicto filio jungeretur. Eodem modo responderi potest ad *d. l.* 9. *§.* 2. *de lib. & posth.* jus filii eo loco abscissum dici comparativè, respectu sc. ejus, qui apud hostes est, cujus jura omnia in suspenso retinentur propter spem postliminii. Aut si magis placet emendatio Ant. Fabri 10. *conj.* 12. pro illis verbis, *filii jus*, lege, *illius jus*: ut hoc referatur ad nepotem, cujus sanè jus per exhæredationem patris penitus abscissum est; in tantum, ut nec defuncto ante aditam hæreditatem patre ad successionem avi admittatur, *d. l.* 9. *§.* 2. *d. l.* 6. *de injust. rupt. test. l.* 7. *unde lib.* quæ emendatio eo probabilior est, quia & sententiæ Jurisconsulti locus sic restitutus melius convenit, & lectio loci mirè variat, ut videre est apud *Accurs. Bart. Alciat.* & in editione Robert. Stephani. Majorem difficultatem habet argumentum, quod primo propositum fuit; utique enim, cum verum sit, exhæreda-

tio-

tum morienti patri hæredem non existere, consequens est, nec suum esse, quo tempore pater moritur; alioqui necessario potestate juris statim hæres existeret, & obstaret hæredi instituto, quominus ipse directo hæres esse & jure civili hæreditatem cernere posset, *arg. l.ult. de acq. her.* quod falsum esse patet ex *d.l.6. in pr. de injust.rupt. test.l.filium 20. de bon.poss. cont.tab.* Quamobrem sic omnino statuendum arbitror, vivo adhuc patre, cui testamentum mutare licet, exhæredationem non impedire, quominus filius exhæredatus adhuc inter suos hæredes habeatur: atq; ideo nepotibus ex se natis obstare quominus in locum ipsius & gradum adscendant. Sed & post mortem patris, quamdiu adhuc ab intestato succedere potest, pro suo interim haberi, quoniam rescisso aut deserto patris testamento suus hæres nihilominus patri existit, perinde ac si nulla exhæredatio intervenisset, *d. l.filium 20. cont.tab.l.8.§.pen. de inoff.test.* Verumenimvero si exhæredatio confirmata fuerit aditâ ex testamento hæreditate, hac consideratione exhæredatus amplius pro suo haberi non potest, cum verum sit, eum patri suum hæredem non extitisse, nec existere posse, *d.l.1.§.pen. de suis & legit.add.Gomez.1.ref.11.n.9.Hotom.9. obs.10.Ant.Fab.9.conj.ult.Christin.vol.4.dec.16. n.4. Bachov. hic, add. Val.Reimer. dec.6. disp.1.th.4.*

TEXTUS.

Pupillare testamentum sequela paterni.

5. *Liberis autem suis testamentum nemo facere potest, nisi & sibi faciat; nam pupillare testamentum pars & sequela est paterni testamenti: adeò ut si patris testamentum non valeat, nec filii quidem valebit.*

NOTÆ.

5. *Nisi & sibi faciat*] *d.l.2.§.1.* imo nisi sibi prius faciat, deinde filio, nec converso modo à filii testamento incipiat, *d. l.2. §.4. & ult.* utique si ex intervallo diversisque tabulis sibi pater hæredem scribat, & filio substituat, quod facere potest, *l.16. §.1. l.20. §.1. eod.* Cæterum si conjunctim, eodem tempore ac contextu utrumque fiat, licet ordinem convertere, veluti si ita scribat, *Si filius meus intra pubertatem decesserit, Sejus hæres esto: Filius hæres esto, d.l.2. §.5.*

Nec filii valebit] Fac. ratio in *l.129. §.1. l.178. de reg.jur.c.accessorium, eod. in 6.* puto tamen hodie tabulas pupillares non infirmari, quamvis exhæredatus querela inoff. testamenti obtinuerit, per *Nov.115. c.3. in fin.*

COMMENTARIUS.

1. *Patrem prius sibi debere testamentum facere, deinde filio, nec converso modo à filii testamento incipere; nisi conjunctim unoque textu utrumque fiat.*
2. *Patris testamento non subsistente, & filii nullum esse, aut corruere.*
3. *Cur rescisso per querelam testamento patris substitutio pupillaris concidat, petita cont. tab. bonorum possessione non item.*
4. *Iure novissimo etiam expugnato per querelam testamento patris salvam manere substitutionem pupillarem.*

PErmissum quidem patri est, suo testamento perfecto, alio tempore filio testamentum facere, *l. 16. §. 1. hoc tit.* aut sibi per scripturam, filio per nuncupationem, vel contra, *l. patris 20. eod.* & vel instituto filio vel exhæredato. Cæterum necessarium omnino est, ut sibi quoque hæredem faciat; qui filio vult facere, *l.2. §.1. eod.* Incongruens enim visum est, eum, qui ipse intestatus decedere cupit, filio suo hæredem testamento dare: tantumque concessum patri sibi testamentum facienti, simul filio impuberi prospicere. Ex quo efficitur, testamentum patris principale esse, filii accessorium & paterni appendicem; ac proinde hoc sine illo non consistere, ex tritissima juris regula, *l. nihil dolo 129. §.1. de reg. jur. c. accessorium, eod. in 6.* Cæterum hoc in paganis obtinet; militi enim ex privilegio indultum, ut soli filio hæredem facere possit, tametsi sibi non fecerit, *d. l.2. §.1. l. in fraudem 15. §.pen. de testam. milit.*

1 *Nisi & sibi faciat*] Imo, nisi sibi prius faciat, deinde filio, nec converso modo à filii testamento incipiat, *d.l.2.§.prius 4.&§.ult.* Quippe hic ordo naturæ est, ut sit & præcedat aliquid principale, cui quid accedere volumus, quod per se solum subsistere nequit. Filii autem testamentum sequela est & accessio paterni, ita ex paternis tabulis pendens, ut sine illis non subsistat. Merito itaque Juliani sententia rescripto Imperiali comprobata est, patrem prius sibi debere, deinde filio hæredem scribere, neque hunc ordinem convertendum esse, incipiendumve à testamento filii, *d. l. 2. §. 4.* Minimeque audiendus est Goveanus, qui *lib. 1. var. lect. 8. in d. §. 4.* pro *comprobata*, reponit *improbata*, motus ratione, qua Ulpianus mox utitur, quia constet, unum esse testamentum. Nam ista ratio non evertit Juliani sententiam, ut Goveano videtur, sed confirmat. Objici quippe poterat, duo hic testamenta esse, unum patris, alterum filii, *§. 2. sup. eod.* ac proinde parum referre, ab utro incipiatur. Cui objectioni occurrit Ulpianus, tacite significans, si revera duo diversa hic essent testamen-

stamenta, facile se concessurum, nihil interesse, utrum prius posteriusve factum sit: sed quia unum duntaxat revera testamentum est, quod duas quidem partes habeat, sed quarum illa, quæ hæres instituitur filio, pendeat ex altera, qua hæres instituitur patri, rationem exigere, ut ea pars præcedat, quæ principalis est, sequatur altera, quæ ex priori dependet, & sine ea consistere non potest. Atque hæc ita obtinent, si ex intervallo diversisque tabulis pater sibi hæredem scribat, & filio substituat. Si verò conjunctim, eodem tempore ac contextu utrumque fiat, placet substitutionem valere, licet conversa scriptura filii testamentum factum fuerit. Veluti, si quis ita scripserit, *Si filius meus intra pubertatem decesserit, Sejus hæres esto. Filius hæres esto*, *d. l. 2. §. sed si 5.* & meritò. Quia in conjunctionibus nullus ordo est, nec quicquam interest, utrum prius, utrum posterius dicatur scribaturve, teste Alfeno, *l. cum quidam 14. de pecul. leg. fac. l. si ita 28. de hær. inst.* Ad hunc modum hæc explicant *Zas. ad d. l. 2. §. 4. n. 8. Duar. in comm. ad hunc tit. c. 14. Vigl. hic.* citans *Iason. & DD. ultramontanos.* Angelus etiam communem hanc esse sententiam testatur.

Nec filii quidem valebit] Nam, ut dictum est, cum principalis causa non subsistit, ne ea quidem, quæ sequelæ & accessionis vicem obtinent, consistere possunt, *l. nihil dolo 129. §. 1. l. cum principalis 178. de reg. jur. c. accessorium, eod. in 6.*
2 Hinc fit, ut non tantùm ab initio pupillares tabulæ non subsistant, si patris testamentum ab initio nullum sit; verum etiam corruant, si patris testamentum, quod rectè factum erat, postea infirmetur, puta aut rumpatur agnatione vel quasi agnatione sui hæredis, *l. 2. in pr. hoc tit.* aut inofficiosum in totum pronuntietur, *l. 8. §. sed nec 5. in fin. de inoff. test.* aut irritum fiat testatore capite minuto, aut non adita ex testamento hæreditate, *d. l. 2. §. 1. l. 10. §. 4. eod.* Plane si suus hæres testamento patris sit institutus, puta pupillus ipse, nihil amplius ad confirmationem testamenti desideratur, quam ut is mortuo patri sit superstes, licet se abstineat: nam vel nudæ sui hæres existentiæ hæc vis est, ut confirmet tabulas pupillares, *l. 12. h. tit.* de quo plene scripsimus
3 ad *pr. hoc tit.* Illud alicui mirum videatur, quod cum rescisso per querelam testamento substitutio pupillaris concidat, eam tamen placeat valere, cum prætérito filio contra tabulas bonorum possessio petita est, *l. ex duobus 34. in fin. & l. seq. eod.* non enim minus sic testamentum rescinditur, rescinditur, reditque res ad causam intestati, quam ex causa inofficiosi, *l. ut liberis 17. C. de collat.* Ego hoc ex eo esse puto, quod querelæ inofficiosi hic color prætexitur, quasi testator sanæ mentis non fuerit, cum testamentum ordinaret, *l. 2. l. 33. de inoff. test.* ut proinde eo rescisso perinde omnia haberi debeant, ac si testamentum nullum factum esset, aut ab eo factum, qui testamenti factionem non habuit, nihil ut ex eo testamento valeat, *l. 8. §. pen. l. cum mater 28. d. tit.* Hoc autem prætextu non petitur aut conceditur contra tabulas bonorum possessio. Occurrit etiam quod prætoria remedia non ultra operantur, quam prætor voluit, *l. in conventionalib. 52. de verb. obl.* Cumque prætori hoc curæ sit, ut beneficii sui fines sic regat, ut quam potest minimum detrahat juri civili, & omnino ne cui noceat, credibile est, ob hanc causam noluisse eam vim auxilii sui porrigi ad tabulas pupillares; ne, dum aliis opitulatur, utilitatem impugnet pupilli. Ad hæc nec prætor ipse omnino pro nullo habet testamentum; contra quod bonorum possessionem pollicetur: nam si hoc septem testium signis signatum sit, etiam scriptis in eo hæredibus, dat bonorum possessionem secundum tabulas, scil. si liberi præteriti, quorum causa potior est, non petant, *l. 2. in pr. secund. tab.* Ut adeo nihil mirum sit, substitutionem pupillarem, quæ edictum prætoris non offendit, salvam manere. Qua de re vide 4
quæ superius disputavimus sub *tit. de exhær. lib.* Hodie ex novella Justiniani lege, etiamsi per querelam inofficiosi testamentum patris expugnatum fuerit, pupillaris substitutio salva manebit, quemadmodum & legata cæteraque capita firma manent præter institutionem. *Nov. 115. cap. 3. in fin.* unde *auth. ex causa, C. de lib. præt. & ibi comm. Dd.* Equidem scio, Dynum & Petrum à Bellapert. contendisse, ea tantum ex novella ista lege rescisso testamento salva manere, quæ institutionem hæredis non desiderant, veluti legata, fideicommissa, libertates, tutorum dationes: secus adhuc esse in iis, quæ hæredis institutionem requirunt, ut pupillaris substitutio; idque & Covaruviæ probari *in c. Raynut. §. 6. num. 3.* Cæterum mihi verba Novellæ, *& alia capitula,* non ob aliam causam videtur addidisse Justinianus, quam ut omnia capita comprehenderet extra institutionem: ac licet pupillaris substitutio & ipsa sit institutio, palam tamen est illic per institutionem, quæ irrita esse jubetur, intelligi institutionem primam qua scil. pater sibi hæredem scripsit non qua filio, quæ tantum pars est & sequela paterni testamenti: pertinet denique etiam ad utilitatem pupilli, ut salva maneat substitutio, ob quam causam & olim everso per bo-

norum possessionem cont. tab. testamento patris conservata fuit, *l. ex duobus, in fin. cum l. seq. hoc tit.*

TEXTUS.

Quot liberis substituitur.

6. Vel singulis autem liberis, vel ei, qui eorum novissimus impubes morietur, substitui potest. Singulis quidem, si neminem eorum intestatum decedere voluerit: novissimo, si jus legitimarum hæreditatum integrum inter eos custodiri velit.

COMMENTARIUS.

1. *An postquam mater unà cum fratribus defuncti ad legitimam hæreditatem vocata est, adhuc locus sit dispositioni hujus §.*
2. *An non saltem, quo mater excludatur, dici possit, fratres per fideicommissum mutuo substitutos esse.*

QUi plures liberos impuberes habet, si neminem eorum intestatum decedere velit, potest singulis, quos voluerit substituere, aut ipsos invicem & reciprocè, eique, qui novissimè impubes mortuus fuerit, substituere alium aliquem, *l. si pater 25. hoc tit.* Quod si uni tantùm substituit, hic solus testatus decedet, cæteri intestati. Unde si postremo morituro tantùm substituerit, jus legitimarum hæreditatum inter fratres conservare voluisse intelligitur, *l. vel singulis 37. eod.* unde hic locus sumptus est.

Intestatum decedere] Nota, impuberes etiam dici intestatos decedere, etsi ipsi testamentum facere non possunt; sicut vice versa testati decessisse dicuntur, cum pater eis testamentum fecit. Porrò an propriè vox intestatus, impuberibus, furiosis & similibus personis attribuatur, ita ut statuta de successione intestatorum loquentia ad eas quoque personas intelligi debeant pertinere, tractamus *inf. tit. 1. lib. 3. in pr.*

Ius legitimarum hæreditatum] Nam cum cæteris nec pater testamentum fecerit, nec ipsi sibi in ætate pupillari facere possint, necessariò evenit, ut præmorientium fratrum impuberum hæreditates ex lege duodecim tabularum ad superstites perveniant: quorum tandem omnium bona in ultimi defuncti hæreditate reperta substitutus ejus consequetur. Unde
1 quæritur, cum hodiè ex *Nov. 118. cap. 2.* mater defuncti unà cum fratribus ad legitimam hæreditatem vocetur, adeoque fratres consangvineos tantùm sive ὁμοπατρίους excludat, utrum nihilominus adhuc in casu proposito novissimo morienti substitutus bona etiam cæterorum integra consequatur, an mater partem eorum auferat, easque duntaxat partes ferat substitutus, quæ morte fratrum ad impuberem pervenissent nulla facta substitutione. Prius illud dicere non possumus. nisi fingamus, substitutionem novissimo factam ad omnes pertinere, singulosque invicem tacitè substitutos, & postremum morientem prædefuncto. At hoc vetat hic ipse locus. Ait enim Imp. cum novissimo tantùm substituitur, jus legitimarum hæreditatum inter fratres integrum custodiri. Si verò mutua hic fingatur substitutio, priorem morientium superstites non legitimi hæredes, sed ex testamento essent, omnesque decederent testati. Proinde dicendum, ut olim in casu proposito inter fratres, quippe qui soli à lege vocabantur, legitimæ hæreditates salvæ manebant, ita hodiè etiam matri, postquam ea unà cum defuncti fratribus admissa est, & jus legitimæ successionis integrum manere, atq; ad substitutum eas duntaxat partes pertinere, quæ in hereditate ultimi defuncti reperiuntur. Sed dixerit adhuc aliquis, quidni hic fideicommissum inducimus, ut ipsi fratres, si non directo, saltem per fideicommissum invicem substitui videantur? Ita enim Paulum in specie non dissimili respondisse *l. Titia 87. §. 1. de legat. 2.* Species hujusmodi est, de qua consulitur; Testator certum fundum legavit Titio & Mævio, fideique eorum ita commisit, *ut qui ex eis ultimus decessisset, eum fundum, cum moreretur, restitueret Sempronio.* Respondet Jurisconsultus, in eo fideicommisso testatorem duos videri gradus substitutionum fecisse, unum, ut is, qui ex duobus prior moreretur, alteri restitueret, quod colligit ex verbis, *qui ultimus decesserit*; alterum, ut novissimus restitueret Sempronio. Sed non est hæc species similis nostræ. Rectè Jurisconsultus in *d. l. Titia*, §. 1. ex eo, quod testator proponitur eum, qui ex duobus, quibus fundum legaverat, posterior moreretur, rogasse, ut eum fundum alii restitueret, colligit alterum fideicommissum: non enim rogatus proponitur de restituenda duntaxat parte sua, sed de toto fundo, ac proindè etiam de parte collegatarii præmortui. Jam verò, quia hoc facere non potest, nec implere fideicommissum expressum, nisi collegatarii quoque pars ad eum pervenerit, apparet, eam defuncti fuisse voluntatem, ut qui ex collegatariis prior moreretur, superstiti partem suam restitueret. In casu verò nostro nihil est, quamobrem præter substitutionem novissimi aliam aut fideicommissum inducamus: non enim in universa hæreditate, sed ultimi morientis tantùm bonis substitutio facta proponitur.

TEXTUS.

De substitutione nominatim aut generaliter facta.

7. Substituitur autem impuberi aut nominatim, veluti, Titius hæres esto: *aut generaliter,*

raliter, ut, Quisquis mihi hæres erit. *Quibus verbis vocantur ex substitutione, impubere mortuo filio, illi, qui & scripti sunt hæredes, & extiterunt, & pro qua parte hæredes facti sunt.*

COMMENTARIUS.

1. *Generali formula substitutionis solos illos vocatos intelligi, qui hæredes nominatim scripti sunt.*
2. *Ex eadem formula solos venire, qui patri hæredes extiterint.*
3. *Ejusdem formulæ hunc effectum esse ut substituti easdem ex substitutione partes consequantur, quas in patris hæreditate habuerunt.*

Substitutio pupillaris vel specialiter & nominatim concipitur, puta hoc modo, *Filius meus hæres esto. Si filius impubes decesserit, Titius hæres esto.* Vel generaliter veluti, si pluribus hæredibus institutis, testator his verbis filio substituat, *Quisquis mihi hæres erit, idem filio meo impuberi hæres esto, l. 3. l. 8. l. 10. hoc tit. l. ult. C. eod.* Ad quem modum vulgaris substitutio non recte conciperetur nam hæc formula, *Quisquis mihi hæres non erit*, &c. in infinitum producitur. Non est verò eadem vis generalis & specialis substitutionis, ut in calce exegesios hujus §. ostendemus, cum cognita nobis erit potestas clausulæ generalis sive horum verborum, *Quisquis mihi hæres erit*, &c. quam solam hic explicat Justinianus.

Qui & scripti sunt hæredes, & extiterunt, & pro qua parte] Paucissimis verbis triplicem comprehendit effectum horum verborum, *Quisquis mihi hæres erit.*
1 Primus hic est, quod is verbis vocati intelligantur illi soli, qui hæredes nominatim scripti sunt, non alii, qui fortè per eos, qui scripti sunt, hæredes extiterunt. Itaque nec dominus, qui per servum, nec pater, qui per filium hæres extitit, ex hac clausula ad hæreditatem impuberis admittitur: quippe quibus non judicio defuncti, sed vi potestatis vel dominicæ vel patriæ hæreditas obvenit, *l. 3. l. 8. §. 1. eod.* Eademque ratione nec hæredis hæres admittetur, *d. l. 8. §. 1.* licet aliàs hæredis appellatione etiam hæres hæredis contineatur, *l. hæredis 65. l. sciendum 70. de verb. sign. l. qui per successionem 194. de reg. jur. l. ult. C. de hær. inst.* nec is, cui ex fideicommisso hæreditas restituta est, ut rectè docet D. Vigl. hic. Cæterum quod diximus, dominum non admitti, id intelligendum est, si hoc solo obtentu hæreditatem pupilli ex substitutione ad se pertinere contendat, quod patris bona jam apud se per servum quæsita habeat. Non enim inspicitur, apud quem patris hæreditas sit, sed quis à patre expressè & immediatè ad hæreditatem vocatus. Ideoque si servus quæsita domino ex institutione hæreditate, antequam ex substitutione adiret, è potestate ejus exierit, non poterit dominus ex substitutione impuberi hæres effici: sed servus vel ipse sibi hæreditatem impuberis acquiret, si fortè manumissus fuerit; vel si alienatus, novo domino, cujus jussu adierit. At verò, si existente conditione pupillaris substitutionis adhuc in ejusdem domini potestate sit, nihil prohibet, quominus jussu ejus nunc item ex substitutione pupilli hæreditatem adeat, eamque novo hoc suo facto acquirat domino; ut post *Io. Fabr. hic, & DD. comm. in l. filiosfam. 11. de legat. 1.* docent *Vigl. & Bachov. hic. Duar. in comm. ad hunc tit. cap. 15. & fac. l. 3. hoc tit. junct. §. 1. sup. de hær. inst.* Simili igitur modo, si filiusfam. emancipatus fuerit, ipse ex substitutione hæres fiet; si in potestate manserit, patrem hæredem faciet. Alter effectus substitutionis generaliter factæ, est, quod ex ea soli veniant 2
illi, qui patri hæredes extiterunt: proindè, si hæres scriptus paternam hæreditatem repudiaverit, nihil ei proderit ad hæreditatem pupilli consequendam, quod testamento patris hæres scriptus est: nam aliàs horum verborum, *Quisquis mihi hæres erit*, &c. nulla vis esset, cum à testatore jam antè hæredes scripti sint, qui ea conditione substituuntur, *d. l. 8. in fin. pr. hoc tit.* Tertius effectus est, quod generali formula 3
substitui easdem ex substitutione partes consequuntur in bonis pupilli, quas in ipsius patrisfam. hæreditate habuerunt, *d. l. 8. §. 1. in fin.* Ut hic quoque locus sit regulæ traditæ in *§. 2. prec. tit.* testatorem eas videri in substitutione partes cuique dedisse, quas in institutione expressit. In substitutione nominatim facta, sive speciali, converso ferè modo hæc se habent. Nam primo necesse non est, ut is, qui nominatim substitutus pupilli hæreditatem vindicat, hæres à patre scriptus sit. Deindè, etsi hæres ex parte scriptus est, non eo tamen minus ex substitutione admittitur, quod patris hæreditatem repudiavit, modò utramque nunc amplectatur, nisi sub ea conditione substitutus sit, *Si hæres erit, d. l. 8. in pr. junct. l. 10. §. 3. eod.* Postremo nominatim substitui, non hæreditatis partes, id est, quæ singulis adscriptæ sunt in institutione, sed viriles sive æquales habebunt, per ea, quæ tradimus *sub. §. tit. praced.*

TEXTUS.

Quomodo substitutio pupillaris finitur.

8. Masculo igitur usque ad quatuordecim annos substitui potest: fœminæ usque ad duodecim annos. Et si hoc tempus excesserint, substitutio evanescit.

NOTÆ.

§. *Evanescit substitutio*] Quamvis longius tempus comprehensum fuerit, *l.14. eod.* quod autem evanescit, nec ad causam fideicommissi proficit.

COMMENTARIUS.

1. *Pupillarem substitutionem extingui anno quartodecimo aut duodecim completo, licet non superato.*
2. *Si longius tempus comprehensum fuerit, an post pubertatem substitutio valeat jure fideicommissi.*
3. *An ad causam fideicommissi trahatur, si demum à pubertate substitutio incipiat.*

DIctum supra est, pupillarem substitutionem introductum esse ex hac causa, quod cum liberi in ea ætate essent, ut ipsi sibi testamentum facere non possent, utile atque ex re ipsorum visum fuerit, ut parentes eis facerent. Quamobrem cum ad eam ætatem pervenerunt, qua jam ipsi testari possunt, cessante fine substitutionis, merito placuit, eam extingui: & alias, quod iniquissimum est, civi Romano puberi testamenti factio auferetur, *l. ex facto 43. hoc tit.*

Usque ad quatuordecim annos, &c.] Masculi enim anno quartodecimo, fœminæ duobus annis maturius puberes fiunt, *sup. quib. mod. tut. fin.* à qua ætate jam ipsi testamentum facere possunt, *l.5. qui test. fac.* Ait, *usque ad quatuordecim annos,* quibus verbis significat, omne spatium, quod est intra pubertatem, liberum esse patri ad substituendum filio; finem autem hujus arbitrii esse pubertatem. Quapropter si quis verbi causa ita substituit, *Si filius meus intra decimum annum decesserit,* &c. pupillusque ad eos annos pervenerit, expirat substitutio, licet postea decesserit intra annum decimum quartum, *l. si ita 21. d. l. ex facto 43. §. 1. eod.* At si in substituendo annos pubertatis egressus sit, finietur nihilominus substitutio pubertate, *l. in pupillari 14. eod.*

Si hoc tempus excesserint] Liberi nimirum, quibus facta est substitutio, masculi annos quatuordecim, fœminæ duodecim: neque enim patitur contextus, ut ad parentes, qui substituerunt, hæc referantur.

1 Quod vero ait, excesserint, id verbum non puto præcisè hic accipiendum esse, quasi non satis sit annum quartumdecimum aut duodecimum complesse, eoque non completo, sed superato demum extingui substitutionem? sed potius explicandum ex iis locis, ubi ex professo agitur de ætate, qua cives testamentum facere possunt. Atqui ex quo quis incipit testamentum facere posse, finem capere debet hæc substitutio, utpote quæ hoc uno fundamento nititur, quod ii, quibus fit, sibi non possint hæredem facere. Aliud tamen D. Viglio visum.

Evanescit] Etiamsi longius tempus comprehensum fuerit. *d. l. 14. hoc tit.* Sed longiore tempore comprehenso, an non saltem post pubertatem substitutio valebit jure fideicommissi? Finge ita factum, *Si filius intra annum vicesimum decesserit, Titius hæres esto.* Ex hac substitutione constat, filio intra pubertatem defuncto directo jure succedi, post id tempus non item. Sed quæritur, an non saltem post 2
pubertatem proficiat ad causam fideicommissi, ut perinde ex eo tempore haberi debeat, ac si filius post pubertatem intra annum vicesimum moriens rogatus esset hæreditatem patris substituto restituere. Communis sententia est, testibus *Zas. c.5. de substit. compend. Covar. in c. Raynut. de testam. §. 9. num.29. Ias. in l. precibus C. hoc tit. num. 11.* ejusmodi substitutionem pubertate ita finiri, ut nulla ejus vis amplius supersit. Quæ sententia mihi verissima videtur. Etenim inconveniens omnino est, ut una substitutio diverso jure pro diversitate temporis censeatur scilicet ut valeat intra pubertatem directo, & bona tam patris, quam filii, ex quibus una facta est hæreditas, complectatur, post pubertatem jure fideicommissi, & sola patris bona contineat. Nec Jurisconsultus *in d. l. 14.* scribit, substitutionem impuberis, in qua longius pubertate tempus comprehensum est, post pubertatem ad fideicommissum trahi, sed pubertate finiri: quod Justinianus hic expressit verbo significantissimo *evanescere.* Quod si ne illa qui- 3
dem substitutio, quæ demum à pubertate incipit, jure fideicommissi valet, multo minus ullo jure valere poterit, qua etiam ætas pupillaris comprehenditur: nam ut benè disputant *Mantic. 7. de conj. ult. vol. tit. 3. num. 6. Gomez 1. resol. 7. num. 2. Christin. vol. 4. decis. 16. num. 5.* facilius ad fideicommissum trahi potest post pubertatem facta verbis directis in secundum casum substitutio, quam ea, quæ annos pupillares simul complexa pubertatem certis annis excedit. Sed quoniam iidem Dd. & cum his comm. interpretes non concedunt, quod nos pro vero & certo assumimus, nimirum ne illam quidem substitutionem, quæ à pubertate incipit hoc modo, *Si filius meus post quartum decimum annum decesserit.* ad causam fideicommissi proficere, id nobis prius quam hinc abeamus, probandum est. Non valere quasi fideicommissum, argumento sit *l. si servus legat. 108. §. si servus alienus 9. de legat. 1. l. 9. Cod. de test. man.* quibus in locis servo alieno directa libertas frustra dari dicitur. Quod si favor libertatis verbum directum ad fideicommissum non trahit, nulla res omnino trahet. Et cur testatoris voluntatem, quæ contra leges est, adjuvemus, ut benigna interpretatione inducamus fideicommissum, de quo non apparet testatorem cogitasse? Neque enim ut quid valeat jure fideicommissi, sufficit, tale id esse, quod jure fideicommissi valere posset, si testator voluisset, nisi & voluerit.

xit, *l.1. l.13. §.1. de jur. Cod. l. ex ea scriptura 29. qui test. fac. l. quærebatur 19. de test. mil. l. cohæredi* 41. *§.3. h.tit.* Sed quid opus est argumentis? Papinianus *l.7. eod.* omnem dubitationem tollit, cum sic scribit, *Verbis civilibus substitutionem post quartumdecimum annum frustra fieri convenit*, neque enim frustra fieri diceret aut rectè diceret, si post id tempus quasi fideicommissum valeret, & verba directa inflecterentur. Non obstat huic sententiæ *l.Scævola 76. ad Trebell.* quoniam quod Scævola ibi respondet, id in casu illic proposito favore pupilli benignè receptum est, ut ipse significat, & tamen simul ex conjectura voluntatis paternæ. Proponitur enim substitutio facta in codicillis: qui locus est obliquarum non directarum dispositionum. Proponitur pupillus, cui ita substitutio facta, in ætate pupillari decessisse: atque in hac specie respondet Jurisconsultus benigna interpretatione, placere, ut quod valere non potest, ut testamentum pupilli, valeat saltem quasi codicillus ab intestato; cumque ratio juris non patiatur, ut ex hac substitutione, hæredem habeat directo, ut habeat saltem ex fideicommisso, postquam patri concessum, legitimum filii hæredem fideicommisso obstringere. Cæterum sustinebitur hoc fideicommissum usque ad tempus pubertatis; cum vero pupillus adoleverit, evanescet, ne, quod propter utilitatem impuberis introductum est, puberi jam facto obsit in libertate testandi, *arg. l.si fundum 92. §.2. junct. l. quod fideicommiss. 93. de leg.1. l. cohæredi 41. §.3. hoc tit. l. ex facto 43. §.1. eod. junct. d. l. Scævola*, ita fermè & plerique recentiores. *Cujac.11. obs.25. Govean. ad d. l.7. Paul. Bus. ad l. centurio 15. eod. Duar. comm. in hunc tit. c.16. Vasq. l.1. de succ. progr. §.1. num.118. Ant. Fab. 15. comm.12. & 14. Fachin. 4. cent.44. add. Menoch. de præsumpt. part.2. lib.4. tom.1. præs.34. & 55. & quæ nos sub §. seq.*

TEXTUS.

Quibus pupillariter non substituitur.

9. *Extrano verò, vel filio puberi hæredi instituto ita substituere nemo potest, ut si hæres extiterit, & intra aliquod tempus decesserit, alius ei sit hæres: sed hoc solùm permissum est, ut eum per fideicommissum testator obliget alii hæreditatem ejus vel totam vel pro parte restituere: quod jus quale sit, suo loco trademus.*

NOTÆ.

9. *Vel filio puberi*] *L. 7. eod.* ubi Papinian. scribit, verbis civilibus substitutionem post quartumdecimum annum frustra fieri: ac proinde talis substitutio, ne jure quidem fideicommissi valebit: nam quod frustra fit, nullo genere valere intelligitur.

Nemo potest] *Nemo* scilicet paganus: nam militi hæc concessa sunt, *l.5. l.41. §.4. de testam. milit. l.15. hoc tit. l.8. Cod. eod.* ut & alia, quæ in paganis non obtinent, *l.2. §.1. hoc tit. l.15. §. pen. de testam. milit.*

Suo loco Trademus] *Inf. hujus lib. tit.23.*

COMMENTARIUS.

1. *Militum privilegia circa directam substitutionem in casum pupillarem.*
2. *Apud Batavos & plerosque alios Belgii populos pupillarem substitutionem locum non habere, & an locus sit exemplari.*

Quæ hoc §. traduntur, omnia consequentia sunt iis, quæ relata sunt initio hujus tit. Nam si parentibus tantum permissum est, liberis impuberibus, & iis duntaxat, quos in potestate habent, ita substituere, ut si hæredes extiterint, & intra pubertatem moriantur, alius sit eis hæres; ex eo omnimo efficitur, neque parentes posse ita substituere liberis, quos in potestate non habent, nec si in potestate habeant, & puberes sint. Postremo nec omnino quenquam alium posse vel impuberi extraneo, vel puberi hoc modo substituere, ut si hæres extiterit, & intra aliquod tempus vita decesserit, alius ei hæres sit: in tantum, ut nec jure fideicommissi talis substitutio valeat, ut modo probavimus, & hic locus insuper confirmat, cum dicat Justinianus, neminem posse extraneo aut filio puberi, in casum quo hæredes futuri sunt, substituere: sed tantum permissum esse testatori, ut hæredem institutum per fideicomissum, obliget &c. Cur enim requireret expressum fideicomissum si ipsa directa substitutio in proposito jure fideicommissi defendatur, quod totidem verbis indicare poterat? ut bene disputat D. Viglius hic, & *Ant. Fab.15. conj.12.* contra Dd. vulgo: quos sequuntur *Gomez. & Mantic. ubi supra.* Solis mili- 1
tibus concessum est, ut etiam liberis emancipatis, aliisve extraneis qui hæredes extiterunt, directo substituant: sed hoc jus in his exercetur, quæ à milite ad eum, cui substituit, pervenerunt, non quæ aliunde, *l.5. l. miles ita §.4. de testam. milit.* Ejusdem privilegii est, quod miles liberis suis etiam post pubertatem directo substituere potest, sive compendio sive expressa certa post pubertatem ætate; ut utraque substitutio intra pubertatem valeat jure communi sive directo, *l. centurio 15. hoc tit.* post eam ætatem ex privilegio militis jure fideicommissi, *l. precibus Cod. eod.* & bona duntaxat patris contineat cum fructibus inventis in hæreditate, *d. l.15.* id est, ut rectè *Govean. & Bus. ibid. Perez ad tit. C. de imp. & al. subst.*

al. subst. num. 27. & 28. cum fructibus pendentibus, & maturis tempora mortis ipsius militis. Nam hi fructus augent hæreditatem *l. 9. ad l. Falc.* ac per consequens in fideicommissariam hæreditatis restitutionem venire oportet: neque ad hos fructus pertinet *l. in fideicommissaria* 18. *in pr. ad Sen. Trebell.* idque etiam crebrius placuit: licet *Anton. Fab. d. loc. Duar. d. comm. c.* 23. *Hotoman.* 1. *amicab.* 17. *Don. in d. l. precibus* contendant, hujusmodi substitutiones à milite factas etiam post pubertatem valere jure directo. Porro de fideicommissaria substitutione
2 tractatur *inf. hujus libri tit.* 23. Apud Batavos & Zelandos substitutioni pupillari locum non esse, utpote quæ originem trahit à singulari illa Romanorum in liberos potestate, quæ nobis incognita, tradit *D. Grot. lib.* 1. *manud. ad Batav. Iurispr. c.* 6. & *lib.* 2. *cap.* 19. *in fin.* & secundum eum judicatum est. De cætero quoque Belgio (excipienda tamen Frisia) idem refert *D. Gudelin. lib.* 2. *de jur. noviss. c.* 5. *sub fin.* Nam etsi nos quoque potestatem in liberos nostros habemus, qualem Romani, quæ etiam ad bona liberorum propria se extendat: atque inauditum est, tantam nunc esse patriam potestatem, ut pater filio hæredem dare queat, qui succedat in universa filii bona, non solum quæ à patre ipso, sed etiam quæ aliunde accepit, atque adeo dare etiam exhæredato: sed utimur substitutione fideicommissaria. Iidem quoque tradunt, pari ratione mores hodiernos nec quasi pupillarem substitutionem agnoscere, inauditumque esse, patrem filio mente capto ea substitutione, quam ad exemplum pupillaris Justinianus introduxit, testamentum facere, eique dare hæredem *Grot.* & *Gudelin. ubi sup. Groenvv. de leg. abr. hic.* Cæterum hoc non obstante nuper Curia Hollandia hujusmodi testamentum rescindere noluit, eo quod, ut allegabatur, exemplaris substitutio neque libera sit, nec à vi patriæ potestatis, ut superior illa, pendeat, sed in sola humanitate fundata sit: idemque matri & avo materno hic concessum, quod patri, nec patri minus circa liberos emancipatos, quam in potestate constitutos, *vid. sup.* §. 1. *eod.* Quanquam mores nostri totum hoc aversari videntur, dare alii, quantumvis filio, hæredem: & admissa exemplari substitutione in liberis mente captis, ex ratione constitutionis Justiniani eadem porrigenda erit etiam ad liberos impuberes, etiamsi sanæ mentis sint, per ea, quæ *d.* §. 1. *n.* 3. Curiam tamen pro testamento pronunciasse, postea intellexi. Sed & gentis nostræ simplicitati conveniens esse multi existimant, ut substitutiones directis verbis in secundum casum factæ, puta si hæredi instituto, & in casum, *si heres erit*, & intra certum tempus decesserit, alius directo substituatur, valeant jure fideicommissi, quasi factæ in codicillis, *arg. l. Scævola* 76. *ad Sen. Trebell.* & exemplo substitutionum militarium, *l. centurio* 15. *ff. junct. l. precibus* 8. *Cod. hoc tit.* Gudelin. *lib.* 2. *de jur. noviss. c.* 5. Cyprian. *cens. Belg. hic.* Groënew. *tract. de legib. abrog. eod.*

TITULUS XVII.

D. Lib. 28. Tit. 3.

Quibus modis Testamenta infirmantur.

Ratio ordinis.

Exposita sunt ea omnia, quæ ad constitutionem testamenti necessaria, diximus initio tractatus de testamentis ordinandis. Sunt autem hæc tria; ut persona testantis talis sit, quæ testamenti factionem habeat; ut testamentum fiat adhibitis solemnitatibus tum communibus & externis, videlicet præsentibus septem testibus idoneis, &c. tum internis & quorundam testatorum propriis, scilicet ut pater testaturus liberos, quos in potestate habet, hæredes instituat, aut nominatim exhæredet. His rebus aut una earum deficientibus testamentum ab initio nullum est, *l.* 1. *de injust. rupt. irr. fact. test.* Ubi autem hæc omnia concurrunt, habemus id, quod hactenus quæsitum est, justum sive jure factum testamentum, *l.* 4. *qui testam. fac.* Quia vero non satis est ad defendendam ex testamento hæreditatem, id ab initio justum esse, nisi & tale ad extremum perseveret, recte atque ordine Imperator facit, quod prius nobis proponat modos, quibus testamenta rite facta infirmantur, quam progrediatur ad disputationem de acquirenda vel omittenda hæreditate.

TEXTUS.

Quibus modis testamenta infirmentur.

Testamentum jure factum usque eo valet, donec rumpatur irritumve fiat.

NOTÆ.

NOTÆ.

Donec rumpatur aut irritum] *Rumpi & irritum fieri* privationem significant, & ideo propriè non nisi de iis, quæ jure subsistunt prædicantur, *l.5. hoc tit. de injust. rupto, &c.* privatio enim, ut in scholis dicitur, præsupponit habitum. Quæ vero testamenta non jure facta sunt, injusta & nulla dicuntur, veluti ubi solemnia desunt, aut filius in potestate præteritus est, *l.1. l.3. §.4. l.6. §.1. eod.*

COMMENTARIUS.

DOnec *rumpatur irritumve fiat*] Ratio infirmandi testamenti non una est: nam & sententia judicis rescinditur, si querela instituta inofficiosum pronuntiatum fuerit, de quo *tit. seq.* & à prætore data bonorum possessione contra tabulas, *tit. de bon. poss. cont. tab.* & citra factum judicis aut prætoris infirmatur sola potestate juris: idque iterum duobus, iisque discretis modis, quorum altero rumpi dicitur, altero irritum fieri. De testamento rupto disputatur usque ad §. 4. inde de irrito adjectis in calce aliquot declarationibus. Quia vero Justinianus rem totam non plenè explicat, nos operam dabimus, ut quicquid hujus rei est, penitus percipi possit ex nostra in singulos hujus *tit.* §§. explicatione. De bonorum possessione contra tabulas, qua & ipsa jure prætorio testamentum rescinditur, demum dicemus in secunda specie acquisitionis per universitatem, *inf. lib. 3. tit. 10.*

TEXTUS.

Quando testamentum dicatur rumpi. Primùm de adoptione.

1. *Rumpitur autem testamentum, cum in eodem statu manente testatore ipsius testamenti jus vitiatur. Si quis enim post factum testamentum adoptaverit sibi filium per Imperatorem eum, qui est sui juris, aut per prætorem, secundum nostram constitutionem, eum, qui in potestate parentis fuerit, testamentum ejus rumpitur quasi adgnatione sui hæredis.*

COMMENTARIUS.

CVm *in eodem statu manente testatore*] Totiens rumpi testamentum dicitur, quotiens evertitur manente testatore in eodem statu: cum vero statum mutat, id est, capite minuitur, non rumpi, sed irritum fieri testamentum propriè dicitur, §.4. *inf. eod.* Apparet igitur, *in eodem statu* hic dici oppositivè respectu ejus modi, quo testamentum infirmatur ob id, quod testator in eodem statu non mansit: quare expungenda est è paraphrasi Theophili negatio; & pro μὴ μείναντος, legendum μείναντος ἐπὶ τῆς αὐτῆς καταστάσεως: quomodo & in duobus regiis codicibus legi testatur Fabrotus. Porro ut testatoris statu non mutato testamentum infirmetur, uno verbo, ut rumpatur bifariam contingit, agnatione sui hæredis, & mutatione voluntatis: ille modus hoc §. alter sequenti, uno uterque exemplo, declaratur.

Adoptaverit sibi filium per Imperatorem] Id est, adrogaverit: est enim periphrasis adrogationis, quæ species adoptionis est, per quam interveniente Principis auctoritate eum in filium adsciscimus, qui sui juris est. Stante repub. populum auctorem fieri necesse erat, ut annotatum est *lib. 1. tit. de adopt.*

Secundum nostram constitutionem] *L. pen. C. de adopt. vide sup. §.2. eod.* qua disponit, ut si filius extraneæ personæ in adoptionem daretur, jura patris naturalis integra servarentur, si vero persona non extranea, puta avus, nepotem ex filia aut filio emancipato in adoptionem acciperet, solvi jus patris naturalis, & transire adoptatum in potestatem & familiam hujus patris adoptivi. Significat igitur, hoc casu per adoptionem testamentum rumpi, quasi agnatione sui hæredis; illo non item. cum olim indistinctè quavis adoptione, sicuti adrogatione rumperetur, *l.8. de injust. rupt. test.* Cæterum hi ita rumpunt, si præteriti sint: nam si qui hæres antea institutus erat, postea à testatore adrogetur vel adoptetur, potest dici, ei satisfactum esse, *l. si quis 18. eod. tit. l. filio 23. §.1. de lib. & posthum.* Quid si exhæredatus sit? Et Ulpianus Marcelli & papiniani sententiam probat, ut exhæredatio extraneo scripta ei postea adoptato non noceat, noceat autem filio emancipato, qui postea adrogatus sit, *l.8. §. si quis 7. & seq. cont. tab. d. l.23. in pr. de lib. & posth.* credo quia in persona extranei exheredatio inepta & nulla est, de quo consule Vigl.

Quasi agnatione sui hæredis] *L. verum 8. de injust. rupt.* multoque certius sui hæredis agnatione vera & naturali, cum scilicet post testamentum factum testatori filius ex uxore nascitur, *l.3. §.1. de injust. rupt.* Similiter si nepos, qui tempore testamenti facti suus hæres avo non erat, patre remoto in locum sui hæredis vivo avo successerit, quasi agnascendo testamentum avi, quo præteritus est. rumpit, *l. posthumorum 13. d. tit.* quæ species fortè hic ideo non repetuntur, quia alibi propositæ sunt, *§. 1. & 2. sup. de exhæred. lib.* Huc etiam pertinent liberi naturales suscepti ex concubina, & post factum testamentum legitimati, sive insequenti matrimonio sive curiæ oblatione sive per rescriptum Principis. Nam cum hi etiam jura suorum hæredũ consequantur, §. 2, *inf. de her. qua ab int. Nov. 89. c. 8. & 9,* necesse est, ut

& ipsi à patre præteriti testamentum rumpant quasi agnatione.

TEXTUS.

De posteriori testamento.

2. *Posteriore quoque testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur: nec interest, extiterit aliquis hæres ex eo, an non. Hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit. Ideoque si quis aut noluerit hæres esse, aut vivo testatore, aut post mortem ejus, antequam hæreditatem adiret, decesserit, aut conditione, sub qua hæres institutis est, defectus sit: in his casibus paterfamilias intestatus moritur. Nam & prius testamentum non valet, ruptum à posteriore; & posterius æquè nullas vires habet, cum ex eo nemo hæres extiterit.*

NOTÆ.

2. *Superius rumpitur*] Etiamsi nominatim non revocetur, *l. 1. l. 2. eod. l. 27. C. de testam.* ea quippe voluntas rata esse debet, quæ novissima, *l. 4. de adim. leg.* sic etiam leges posteriores & pacta novissima derogant prioribus. Rumpitur quoque testamentum corruptis tabulis, puta deletis, incisis, cancellatis, &c. *l. ult. h. t. l. 1. §. pen. §. 2. sce. tab.*

Aut conditione defectus] Etenim tam solemne riteque per omnia factum testamentum habetur, quo hæres institutus est sub conditione, quam quo purè, *§. 9. sup. de hær. inst.*

COMMENTARIUS.

1. *Vis & effectus incisionis testamenti, delationis scripturæ, cancellationis, &c.*
2. *Inciso, deleto, cancellato &c. testamento, utrum hæreditas fisco applicetur, an deferatur hæredibus legitimis.*
3. *An jura de incisione, inductione &c. agentia accommodari debeant & ad testamenta nuncupativa. de quibus instrumentum conficitur, ut nunc moris est.*
4. *Cur prius testamentum etiam tabulis manentibus integris semper rumpatur à posteriore.*
5. *Ad infirmandum prius testamentum necesse non esse, ut id in postoriore nominatim revocetur.*
6. *Error Bachovii notatur & corrigitur.*
7. *Quid si prius testamentum contineat clausulam derogatoriam posterioris voluntatis.*
8. *Prius testamentum per posterius tolli, etiamsi ex posteriore nemo hæres extiterit.*
9. *Quibus modis fiat, ut hæres deficiat, & testamentum destituatur.*

Secundus modus, quo testamentum, initio ritè factum postea rumpitur, est mutatio voluntatis testatoris. Hic modus iterum duplex est: nam & corruptis tabulis ita rumpitur, & integris manentibus. Corruptis, si testator testamentum inciderit, 1 laceraverit, scripturam induxerit, deleverit, cancellaverit, signa amoverit aut turbaverit, *tit. de his quæ in testam. delent. l. ult. de injust. rupt. test. l. ad testium 22. §. 3. qui test. fac. l. 1. §. pen. l. pen. §. 2. de bon. poss. sec. tab. l. 12. l. pen. C. de testament.* nisi fortè non consulto, sed incautè quid horum fecerit, aut ignorante eo contigerit: nam tunc si legi adhuc, quod scriptum est, utcumque poterit, ratum manebit testamentum, *l. 1. de his quæ in test. del. d. l. pen. C. de test.* Planè inductio aut cancellario non ultra operabitur, quam scriptura inducta aut cancellata est, *l. 2. & 3. d. tit. de his quæ in test. del.* Neque ex pluribus testamenti codicibus uno deleto aut inciso testamentum sublatum esse intelligitur, nisi hi, qui ab intestato venire desiderant, probaverint, id ideo à patrefam. factum esse, ut intestatus moreretur. *l. ult. eod. tit.* His autem modis testamento rupto, hæreditas non 2 applicabitur fisco, sed deferetur hæredibus ab intestato, *d. l. pen. C. de testam. l. 1. §. pen. unde liberi l. ult. de his quæ in test. del.* nisi speciali odio hæredum inductio facta probetur, quo in casu tanquam ab indignis hæreditatem fiscus aufert, *l. 3. d. tit. l. cum tabulis 16. §. 1. de his quæ ut indign. Clar. §. testamentum qu. 93. n. 2. Mantic. de conject. ult. vol. lib. 12. tit. 1. n. 31. Paul. Busi. ad l. 1. & seqq. de his quæ ut indign.* Quæ de incisione aut cancellatione testamenti dicuntur, ea constat ad testamenta nuncupativa, qua talia sunt, applicari non posse. Sed an his modis item 3 rumpantur, quæ, uti hodie moris est, per nuncupationem quidem fiunt, sed ita ut voluntas suprema jussu testatoris scripto comprehendatur à Notario in scheda, unde mox diligentius exscribatur & in formam redigatur instrumenti, quæsitum est. Julius Clarus *d. loc.* existimat, incisionem aut cancellationem instrumenti ad cassationem & annullationem talis testamenti non sufficere, si protocollum notarii integrum relictum sit; quod & Viglio placere videtur, *in §. pen. h. tit.* cum ait, non minus talia testamenta ex verbis & voce substantiam capere, quam quæ scripta non sunt, & ideo discerptis scripturis nihilominus permanere: cujus auctoritatem Senatus hujus provinciæ in judicando aliquando secutus est, *decis. Cur. Holl. 1.* eademque sententiam & Peckius probat, *lib. 1. de test. conjug. cap. 4.* Sed videamus an non & hæc testamenta in hoc, de quo quærimus, jure scriptorum censenda sint, cum *Paul. Castrens. in l. pen.*

l. pen. C. de testam. n.7. Vasq. lib.2. de success. creat. requis.8. num.62. & requis.17. n 63. Grass. §. testamentum quæst. 84. num. 2. Bachov. in Treutl. vol.2. disput. 10. thes.7. Utique enim ex incisione aut deletione certo colligitur, testatorem noluisse testamentum amplius valere: neque ratio patitur, ut destructo deletove instrumento, in quo tota vis probationis consistit, dicamus, testamentum nihilominus robur suum retinere. Sciendum namque, postquam ex voluntate testatoris, quæ schedula continebantur, in instrumentum collata sunt, simul omnem illius vim in instrumentum collatam censeri; ac proinde, cessante jam officio schedulæ, totam vim depositionis à solo instrumento dependere, adeo ut mortuo testatore nihil amplius ad probationem ultimæ voluntatis desideretur, uti post *Gloss. & Bart. in l. heredes 21. de testam.* plerique tradiderunt. *Sichard. in l. hac consultissima 21. §.per nuncupationem num.1. C.eod. Mantic. de conj.ult. vol. lib.1. tit.6. n.6. Afflic. decis. 166. n.2.* Neque obstat huic sententiæ *l. ult. de his quæ in testam. del.* quoniam textus ille procedit, quando ex pluribus unius testamenti instrumentis æquè principalibus unum fortè testator delevit aut incidit, non omnia, uti species proponitur, & in terminis respondet *Castr. ubi sup.* Etsi autem protocollum notarii integrum relictum sit, ex eo tamen voluntas ultima conservata intelligi non debet: quoniam protocollum nihil ad testatorem, sed notarius ex officio illud conficere tenetur fidei & collationis gratia, & quia instrumentum amitti potest. Cæterum priorem sententiam & Senatus Sabaudiæ probavit. *Ant. Fab. Cod. suo de testament. decis. ult.* Integris tabulis manentibus testamentum rumpitur ob mutationem voluntatis, si testator aliud testamentum fecerit: qui modus proponitur hoc §. & hanc rationem habet, quod unumquodque testamentum plenam universi juris successionem continet; ac proinde quicunque testamentum facit, censetur de omnibus bonis disponere, ut non magis duo testamenta simul consistere possint, quam duo domini ejusdem rei in solidum constitui. Igitur cum ex pluribus testamentis unum tantum consistere possit, id valere debet ex voluntate ipsius defuncti, quod novissimè factum est, per vulgata. Non obstat, quod sententia judicis prima, non postrema, rata habetur: non enim ut testantis voluntas ambulatoria est, ita & judicis: sed judex simul ac sententiam dixit, officio suo functus est; & ideo iterum de eadem re pronuntiandi potestatem non habet, *l. judex 55. de re jud.* Planè ut priores tabulæ jure factæ tollantur, oportet sequentes quoque jure ordinatas & perfectas esse, de quo plenius *sub §. pen. inf. eod.*

Superius rumpitur] *L.1. l.2. de injust. rupt. test.* & quidem ob hoc solum, quod aliud testamentum postea factum est, quod Justinianus significat. *l. sancimus 27. Cod. de testam.* cum ait, secundo testamento perfecto prius tolli ipso jure. Non est igitur necesse, ut posteriore testamento mentio fiat prioris, 5
nominatimve id revocetur, quod ipsius etiam rei natura satis demonstrat: ac proinde supervacua est notariorum clausula, quam posterioribus tabulis inserere solent, nimirum testatorem revocare, cassare & annullare testamenta antea à se facta. His autem consequens est, & codicillos, si qui facti fuerint, per posterius testamentum everti, quamvis expressè revocati non sint: cum enim testamento facto codicilli jus ejus sequantur, eo infirmato simul concidant necesse est, *l.3. §.ult. l. ab intestato 16. de jur. Cod. l.1. C. eod. tit.* Quamobrem non rectè Bachovius 6
scribit, generalem clausulam, qua revocatur omnis præcedens dispositio, supervacuam quidem esse, quod attinet ad infirmationem prioris testamenti, cum id hoc ipso, quod aliud conditum est, evertatur: non autem quoad codicillos antea factos: quippe qui alias cum testamento consisterent. Hoc enim falsum esse, & sublato priore testamento per consequentiam etiam codicillos corruere, etiamsi nulla revocatio prioris voluntatis facta sit, ex locis modo allegatis perspicuè patet. Planè si nullum testamentum, sed codicilli tantum antea facti proponantur, testamento postea facto hujuscemodi clausula otiosa non erit, postquam placuit, codicillos, qui testamentum præcedunt, facto postea testamento vim suam non amittere, nisi appareat, testatorem à voluntate, quam in codicillos expresserat, recessisse, *§.1. inf. de codicill.* Et fortassis hoc etiam sensit Bachovius. Sed quid si prius testamentum contineat clausulam derogatoriam posterioris voluntatis? Interpretes comm. censent, prius testa- 7
mentum habens talem clausulam per posterius, quantumvis numeris omnibus absolutum, non tolli; ac ne tunc quidem, quando posterius continet revocationem generalem præcedentium omnium dispositionum: sed omnino ad infirmationem primi testamenti derogatorii necessarium esse, ut illius specialis mentio & expressa revocatio fiat in secundo, per *l. si quis 22. de legat. 3. Gomez ad l. Tauri 3. num.92. Covar. de test. p.2. rubr. n.5. Vasq. de success. res. lib.1. §.1. num.29. & seqq. Clar. d. §. testamentum q.99. Mantic. de conj. ult. vol. lib.12. tit.8. Peck. 1. de testam. conjug. c.10. Grass. §. testamentum quæst. 86. & seq. Iac. Vervvey art. test. c.13.* Quæ sententia rationi juris parum convenire videtur, *arg. l. 6. §.2. de jur. Cod. l. ult. in pr. de legat. 2. d. l. 22. de legat. 3. l. 4. de adim. legat. cum simil.* Notatur à *Cujac. 14. obs. 7. Ant. Merend. lib.4. contr. cap. 49.* Ant. Faber eam numerat inter gravissimos errores, quos antiqui Glossatores invexerunt, *dec. 37. err. 7. & seq. & seqq. & dec. 38. err. 1. &*

dec. seq. In foro tamen recepta ac præjudiciis supremorum tribunalium comprobata est, *Guid. Pap. quæst.* 127. *Papon. lib. 2. tit. de testam. arrest. 4. & 5. Ant. Fab. Cod. suo tit. de test. defin. 9. & seqq. Ioan. à Sande lib. 4. tit. 1. defin.* 10. Nec deest color, quo tegi possit, *Grot. 2. manuduct. cap. 24.*

Nec interest, extiterit aliquis hæres ex eo &c.] Quæ sequuntur, continent ampliationem quandam regulæ initio positæ, nimirum prius testamentum tolli per posterius, non tantum cum ex posteriore hæres extiterit, sed etiam eo destituto, *l. 1. l 16. de injust. rupt. test. l. 9. de lib. & posth.* Quod hanc rationem habet, quod aditio hæreditatis ad substantiam aut perfectionem testamenti, quæ sola hic requiritur, non pertinet; nec prioris testamenti sublatio pendet ab eventu aliquo, aut casu contingente post mortem testatoris, sed illud statim vivo adhuc testatore, ipso jure per posterius rumpitur; ut proinde si posteriores tabulæ jure ordinatæ sint, ut ex iis hæreditas adiri potuerit, etiamsi contingat, ex iis hæreditatem non adiri, priores tamem tabulæ, utpote semel ruptæ, non restituantur. Pari ratione, si posthumus priori testamento institutus, vel exhæredatus sit, posteriore præteritus, & nato posthumo posterius rumpatur, nihilo magis restituetur prius: quod exemplum hic profert Bachovius.

Si quis aut noluerit &c.] Enumeratio modorum, quibus fit, ut hæres deficiat, & testamentum destituatur. Id fit in summa dupliciter, vel quia hæres scriptus non vult hæres esse, repudiatque hæreditatem; vel quia hæres esse non potest: quod contingit, si vel decesserit vivo adhuc testatore, aut post mortem ejus, antequam hæreditatem adiret, (neque enim hæreditas non adita ad instituti hæredes transmittitur, exceptis personis comprehensis *l. un. C. de his qui ant. ap. tab. l. un. §. in novissimo 5. C. de cad. toll.*) vel quia conditio, sub qua hæres institutus erat, defecit. Hinc autem apparet, prius testamentum non eo minus rumpi per posterius, quod in priore hæres purè, in posteriore sub conditione scriptus est, quamvis in uno eodemque testamento subjecta puræ institutioni conditio nihil operetur, *l. si te 27. §. 1. de hær. inst.* Etenim tam solemne riteque per omnia factum habetur testamentum, quo hæres institutus est sub conditione, quam quo purè, *§. hæres 9. sup. de hær. inst.* pendetque hoc totum à sola voluntate testatoris. Contractus verò puros per conditionales non resolvi, mirum non est, veluti si id, quod purè emi, rursus emam sub conditione: nam posteriore emptione ideò nihil agitur, quia jam mihi quæsita est actio ex emptione priore, *l. 7. in pr. de resc. vend.*

His casibus paterfam. intestatus moritur] id est, exitum intestati faciat, res redit ad causam intestati: nemine enim hæreditatem adeunte vis omnis testamenti solvitur, ut adeò nihil intersit, utrum aliquis testatus non sit, an hærede destituatur, *l. si nemo 181. de reg. jur.* Sed de hoc ex professo *inf. tit. de her. quæ ab int. def. in pr.*

TEXTUS.

De posteriore, in quo hæres certæ rei institutus.

3. *Sed & si priore testamento jure perfecto posterius æquè jure fecerit; etiamsi ex certis rebus in eo hæredem instituerit: superius testamentum sublatum esse, divi Severus & Antoninus Augusti rescripserunt: cujus constitutionis verba & hic inseri jussimus, quum aliud quoque præterea in ea constitutione expressum sit.* Imperatores Severus & Antoninus Augusti Coccio Campano. Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum hæres scriptus sit, perinde jure valere, ac si rerum mentio facta non esset; sed & teneri hæredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex lege Falcidia, hæreditatem restituat his, qui in priore testamento scripti fuerant, propter inserta fideicommissi verba, quibus ut valeat prius testamentum expressum est, dubitari non oportet. *Et ruptum quidem testamentum hoc modo efficitur.*

NOTÆ.

Ex certis rebus] Nam non minus rectè instituitur hæres ex re certa, puta ex fundo, quàm ex parte hæreditatis, *l. 1. §. 4. l. 9. §. 13. l. 10. de hær. inst.*

Ac si rerum mentio facta non esset] Rei enim mentio potestate juris detrahitur, *dd. ll.* quia contradictionem implicat hæredem esse rei singularis: itaque universa bona obtinebit, nisi cohæredem simpliciter aut ex parte scriptum acceperit, tunc enim legatarii loco est, *l. 41. in fin. de vulg. & pup. l. 13. C. de hær. inst.*

Vt valeret prius testamentum] Hæc clausula cum hoc efficere nequeat, ut prius testamentum in suo robore duret, & ita duo sint unius testatoris testamenta, sic accepta est, quasi vim prioris testamenti in causam fideicommissi & codicillorum convertere testator voluerit, *l. 19. de testam. milit.*

COM-

COMMENTARIUS.

1. *Appellatione quartæ Falcidiæ veteres, passim quartam Senatusconsulti intelligere.*
2. *Fideicommissa quandoque induci & sine verbis fideicommissorum propriis ex voluntate testatoris.*
3. *Doctrinam hujus §. ad testamenta militum non pertinere, uti nec superioris.*

ETiamsi ex certis rebus] Alia ampliatio præcedentis doctrinæ ex Mæciano, *l si quis 29. ad sen.Treb.* descripta; qua docemur, testamentum prius rumpi per id, quod secundo loco factum est, etiam tunc cum in posterioribus tabulis hæres ex certis rebus, aut unâ aliquâ re singulari, veluti fundo, institutus est: idque efficitur certissimâ juris ratione: nam non minus rectè instituitur hæres ex re certa, quâm simpliciter, aut ex parte hæreditatis; placetque hujusmodi institutionem valere, perindè ac si rei mentio facta non esset, ut si quis solus ita institutus sit, is omnium bonorum hæreditatem consequatur, *l. 1. §. 4. de hær. instit. l. cohæredi 41. in fin. de vulg. & pup.* Cum igitur tale testamentum jure consistat, necesse est, ut si secundo testamento hæres certæ rei scriptus fuerit, prius rumpatur juxta regulam.

Ac si rerum mentiò facta non esset] Si quis ex re certa hæres institutus sit, valet institutio, non ut ex ea re hæres fiat: nam hæredem esse rei singularis contradictionem implicat, cum hæres sine universitate bonorum intelligi non possit: sed ut rei mentione potestate juris detracta perinde habeatur, quasi simpliciter hæres scriptus esset, *l. 1. §. si ex fundo 4. l. 9. §. si duo 13. l. 10. de hær. inst.* & proindè nisi cohæredem habeat, universam hæreditatem obtinebit, *l. cohæredi 41. in fin. de vulg. & pup.* Vide, quæ scripsimus *sub. §. hæreditas 5. & §. & si plures 8. sup. de hær. inst.*

Suppleta quarta ex lege Falcidia] Id est, ex Senatusconsulto Pegasiano, quo quartæ ex fideicommisso hæreditatis retentio, aut suppletio, si minus relictum est, qui casus hic proponitur, permissa est; aut potius juxta mentem Justiniani, ex Senatusconsulto Trebelliano: postquam Pegasianum abolitum, & vis ejus omnis in Trebellianum translata est, *§. sed quia 7. inf. de fideicomm. hær.* Fa- 1
miliare autem & perpetuum veteribus est, ut etiam eam quartam, quæ ex Senatusconsulto deducitur, quartam Falcidiæ appellent, uti videre est in *l. in ratione 30. §. tametsi 7. l. Titia 86. l. acceptis 93. ad leg. Falc. l. mulier. 22. §. 2. l. deducta 58. §. 3. ad sen. Treb. l. 2. in fin. de jur. cod. l. 10. C. ad leg. Falc. cum simil.* Quamobrem nescio quid sibi velit Pacius, in margine lectorem monens, ne quartam Falcidiæ hoc loco pro quarta Trebelliani positam somniet. Quin illa potiùs somniculosi hominis monitio est. In analysi sua cautior fuit.

Quibus ut valeret prius testamentum] Propter hanc clausulam potissimum verba constitutionis Severi & Antonini jussu Justiniani hic inserta sunt. Certi juris est, posse testatorem ab eo, quem hæredem instituit, fideicommissum relinquere, eumq; rogare, ut hæreditatem alteri restituat: proindè etsi quis in re certa institutus est, quia valet institutio, etiam fideicommissum hæreditatis utiliter ab eo relinquetur. Ut autem fideicommissum utili- 2
ter relictum intelligatur, non præcise requirimus expressionem verborum, quæ fideicommissorum propria sunt, ut, *peto. volo, rogo, fidei tuæ committo*; sed plerumque etiam sine his verbis admittitur ex sententia & voluntate testatoris, *l. ubi 19. §. 1. ad sen. Treb.* quod etiam accidit in proposito, cum testator posteriore testamento cavet, ut prius quoq; testamentum valeat: desunt enim hic verba fideicommissi, sed optimâ ratione ex eo quod cautum est, colligitur. Voluit testator, cum secundum testamentum ordinaret, prius nihilominus valere. Id inutiliter hactenus cavetur, ut ad hæredes priore testamento scriptos directo hæreditas perveniat, ne duo sint testamenta ejusdem testatoris: sed ut manifesta voluntas defuncti, quoad per jus licet, conservaretur, verba directa istius clausulæ ad causam fideicommissi tracta sunt, & benignè sic accepta, quasi hæres posteriore testamento scriptus, rogatus esset hæreditatem restituere his, qui scripti sunt in prio- 3
re. Doctrina hujus & superioris §. ut hoc in transitu moneam, ad testamenta militum non pertinet. Nam militi licet plura testamenta facere; sive simul, sive separatim: nec prius per posterius rumpitur, si hoc animo miles fuerit, ut utrumque valeret. Quamobrem si in posteriore testamento expresse caverit, ut prius quoque valeat, per hoc efficitur, ut duo sint testamenta, & tam prior, quàm posterior voluntas valeat jure directæ institutionis: sed si posteriore testamento verbis precariis usus fidei hæredis commiserit, ut priores tabulæ valerent, in causam fideicommissi & codicillorum vim prioris testamenti intelligitur convertisse, *l. quærebatur 19. de testam. mil.*

TEXTUS.

De testamento irrito; & quibus modis fit irritum.

4. *Alio autem modo testamenta jure facta infirmantur, veluti cum is, qui fecit testamentum, capite deminutus sit: quod quibus modis accidat, primo libro retulimus.*

COMMENTARIUS.

HActenus de primo modo infirmandi testamenti ipso jure, quo scilicet infirmatur salvo statu testatoris, & rumpi in specie dicitur. Sequitur alter, quo infirmatur statu testatoris mutato; qua mutatione superveniente in usu juris proprie dicitur irritum fieri, *l.6.§. irritum 5. l.12. in fin. pr. de injust. rupt. test.*

Capite deminutus] Nec interest, qualis capitis deminutio intervenerit: omnibus enim modis capitis deminutionis status hominis mutatur, *sup. de cap. dem. lib.*1. & testamentum non est, nisi hominis liberi, civis Romani, & patrisfam. quæ tria duobus temporibus in testatore requiruntur, testamenti facti & mortis, *§. non tamen 6. inf. eod.* Si vero quid postea supervenerit, quod statum & conditionem personæ testatoris non mutet, veluti si post testamentum factum in furorem inciderit, aut bonis ei interdictum fuerit, aliud juris est, & testamentum ratum manet. De quo actum *sup. tit. quib. non est perm. fac. test.* Et primum igitur irritum fit testamentum capitis deminutione maxima, quia per eam testator in servitutem redigitur, *d. l.6. §. irritum* Excipitur tamen quod factum est ab eo, qui ab hostibus captus est, ante captivitatem: quippe quod juris postliminii aut legis Corneliæ commento sustinentur, *d. l.6.§. pen. l.12. qui test. fac. §. ult. sup. quib. non est perm. fac. test.* ibi latius hoc explicatur. Secundo capitis deminutione media, puta si testator in insulam deportatus sit; quoniam hoc modo è numero civium Romanorum tollitur, & ea omnia, quæ juris civilis sunt, amittit, *§.1. sup. quib. mod. jus pat. pot. solu. l. sunt quidam 17. §.1. de pœn.* Quod autem Jurisconsultus *d.l.6.§. ejus 7.* ait, testamentum ejus, qui deportatur, non statim irritum fieri, sed tunc demum cum factum Princeps comprobavit, id explicandum ex *l.2.§.1. de pœn. l.6. de interd. & releg.* atque ad præsidem referendum est, qui jus deportandi non habet: proconsul enim & præfectus urbi habent, *dd.ll.* Postremo & minima capitis deminutione testatoris testamentum ejus irritum fit, puta si se adrogandum dederit, *l. pen. §.2. de bon. poss. sec. tab. §. non tamen 6. inf. hoc tit.* quoniam filiusfam. nec facere testamentum, nec cum testamento decedere potest. An autem emancipatione filiusfam. veterani testamentum, de bonis castrensibus factum, irritum fiat, quod negat Jurisconsultus, *d. l.6. §. ult.* alibi tractatum est, *§. denique sup. de mil. test.* Atque hic casus à testatore venit. Est & alius, qui venit ab hærede, quo & ipso superveniente testamentum irritum fieri dicitur, scilicet si ex testamento nemo hæres extiterit: defectu enim hæredis etiam irritum dicitur fieri testamentum, *l.1. de injust. rupt. irrit. fact. test. l. filium 20. de bon. poss. cont. tab. & in fragm. Ulp. tit. 23. §.3.* & recte quidem: nam in hæredis aditione atque existentia consistit vis omnis atque effectus testamenti. Cæterum sæpius hoc casu testamentum dicitur destitui aut deseri, *§. cum autem 7. & seq. de hær. quæ ab int. l.9. §.2. de lib. & posth. l. ult. de cond. inst.* Nonnunquam etiam distinguitur hic casus à testamento irrito facto, restricto scilicet irriti vocabulo ad ea testamenta, quæ infirmantur statu testatoris mutato, *l.1. in pr. de suis & legit. hær. inf. de hær. quæ ab int. in pr.* Nec videtur hic modus proprius esse hujus loci, in quo id solum quæritur, an idoneum sit testamentum ad deferendam hæreditatem. Raro etiam hodie contingit, ut testamentum destituatur, postquam Justinianus aliis etiam personis potestatem adeundi fecit *Novell.1. cap.1.* de quo *D. Grot. lib.1. manuduct. cap.24. vers.* **300 wanneer.**

TEXTUS.

Cur dicatur irritum.

5. *Hoc autem casu irrita fieri testamenta dicuntur, quum alioqui & quæ rumpuntur, irrita fiant, & ea, quæ statim ab initio non jure fiunt, irrita sint. Sed & ea quæ facta sunt, & postea per capitis deminutionem irrita fiunt, possumus nihilominus rupta dicere. Sed quia sanè commodius erat, singulas causas singulis appellationibus distingui: ideò quædam non jure facta dicuntur, quædam jure facta rumpi vel irrita fieri.*

NOTÆ.

5. *Hoc casu irrita*] Etiam irritum fieri testamentum dicitur, si ex eo nemo hæres extiterit, *l.1. h. tit. l.20. cont. tab.* Ulp. *d. loc.*

COMMENTARIUS.

NON est novum in artibus & præsertim in hac nostra disciplina, ut verba, quæ vi sua generalia sunt, doctrinæ & distinctionis causa contrahantur ad significandam certam speciem, quo magis singulæ res singulis verbis ad certam speciem traductis intelligantur. Ut hic ostenditur exemplo rupti & irriti facti testamenti. Sic adoptio, cognatio, pactio, contractus, actio, &c. nomina sunt, quæ per se generalem significationem habent: sæpe tamen his certa species ex instituto loquentis denotatur; quod tunc maxime fit, cum junguntur nominibus cognatæ significationis.

Et quæ rumpuntur, irrita fiant.] Rarissimæ autem hæc à nostris confunduntur: quanquam tamen aliquando. Ita non attenta hac distinctione usuve

speciali horum verborum, irritum testamentum fieri dicitur, cujus tabulæ incisæ aut inductæ sunt, *l.* 3. *circa fin. l. ult. de his quæ in test. del. l. in fraudem* 15. §. 1. *de test. mil.* quo tamen casu testamentum proprie rumpi dicitur, si specialem verborum significationem spectamus.

Quæ ab initio non jure fiunt, irrita sint.] Testamentum, quod ab initio non jure factum est, injustum nostri appellant, ut apparet ex inscriptione & *l.* 1. *tit. de injust. rupt. irrit. fact. testam.* Hoc recte quidem & irritum dici potest, ac ruptum nequaquam. Et notandum quoque, quod ait, quæ ab initio non jure fiunt, irrita esse, non irrita fieri: nam irrita esse ea recte dicimus, quæ nunquam constiterunt; irrita fieri, ut & rumpi, ea demum, quæ cum antea constarent, eversa sunt. Privationem enim significant: privatio autem, ut in scholis loqvuntur, præsupponit habitum. Allegatur à nostris in eam rem *l.* 5. *de injust. rupt.*

Singulas causas] Ἕκαστον πάθος, *singula vitia*, ut hæc appellant juris auctores, *l.* 1. §. 3. *de tab. exhib. l.* 2. *Cod. de edict. D. Hadr. toll. l.* 11. *Cod. de probat.*

TEXTUS.

Quibus modis convalescit.

6. Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quæ ab initio jure facta, per capitis deminutionem irrita facta sunt. Nam si septem testium signis signata sunt, potest scriptus hæres, secundùm tabulas testamenti, bonorum possessionem agnoscere: si modò defunctus & civis Romanus, & suæ potestatis mortis tempore fuerit. Nam si ideò irritum factum sit testamentum, quia civitatem, vel etiam libertatem testator amisit, aut quia in adoptionem se dedit, & mortis tempore in adoptivi patris potestate sit, non potest scriptus hæres secundum tabulas bonorum possessionem petere.

NOTÆ.

6. *Irrita facta sunt*] Sed neque in causa testamenti rupti semper obstat vitium, quo minus ex eo bonorum possessio peti possit, veluti si posthumus præteritus vivo testatore decesserit, *l.* 12. *de lib. & post.* item si testator supremas tabulas incidit, ut priores supremas relinqueret, *l. pen.* §. 2. *sec. tab.* Sed & si filius præteritus abstineat, voluntas ex æquo & bono sustinetur, *l.* 17. *hoc tit.* Non idem est, si testamentum non consistat propter inhabilitatem personæ testatoris aut defectum solennium, *l.* 1. §. 8. *sec. tab. l.* 12. *Cod. testam.*

Et suæ potestatis] In eo qui testamento facto se adrogandum dedit, non satis est ad obtinendam ex eo bonorum possessionem, quod postea sui juris effectus decesserit, sed requiritur etiam nova aliqua voluntatis, à qua in alienam familiam transeundo recessisse videtur, confirmatio, *d. l. pen.* §. 2. *sec. tab.*

COMMENTARIUS.

1. *Notatur Triboniani negligentia.*
2. *Testamentum ruptum nativitate posthumi præteriti, eo ante patrem mortuo vires recipere.*
3. *Cancellatione incisioneve posterioris testamenti restitui prius, cujus tabulæ integræ manserint.*
4. *Testamentum irritum factum maxima & media capitis deminutione testatoris, eo restituto convalescere etiam absque nova voluntatis declaratione; secus si testator se adrogandum dederit, & postea sui juris factus decesserit.*

HIc locus declarationem continet §. quarti Meretur autem Tribonianus duplici nomine hic 1 reprehendi; primum quod quæ rupti & irriti facti testamenti communia sunt, ita tradit, quasi unius & nimirum irriti facti essent propria: deinde quia simpliciter scribit, testamenta per capitis diminutionem irrita facta, jure prætorio convalescere, si testator civis Rom. & sui juris decesserit; cum in quibusdam tantum hoc solum sufficiat, in quibusdam nova præterea declaratione voluntatis opus sit, uti mox demonstrabitur.

Per capitis deminutionem irrita facta] Quæ testamenta ab initio propter inhabilitatem personæ testantis non consistunt, ea ex postfacto vires nullo jure capiunt; veluti si impubes, aut furiosus, aut filiusfam. testementum fecerint, & deindè testamenti factionem habentes decesserint: hoc testamentum ne jure quidem prætorio sustinetur, ut ex eo bonorum possessio secundùm tabulas peti possit, *l.* 1. §. *exigit* 8. *sec. tab.* Idemque est, si testamentum nullum sit ob defectum solennium juris; puta quia pauciores, quam septem testes adhibiti, aut ex septem adhibitis quidam non signaverint, *l.* 12. *C. de testam.* De testamento autem, in quo filius, qui fuit in potestate, præteritus est, non convenit, an quemadmodum id jure civili nullius momenti, ita quoque omnino nullum sit & maneat jure prætorio. Sed verius est, tale testamentum jure prætorio omnino nullum non esse scriptosque in eo hæredes, si præteritus se bonis paternis abstinuit, posse accipere bonorum possessionem secundum tabulas, *arg. l. posthumus* 12. *in fin. pr. l. filio* 17. *de injust. rupt. l. si duobus* 12. §. 1. *cont. tab. l.* 2. *in pr. sec. tab.*, quod prolixe contra communem defendimus *sub. tit. de exher. lib.* Hæc autem non sunt propria hujus loci: quippe in quo agitur de testamen-

mentis, quæ ab initio recte facta, deinde infirmata sunt; quæriturque, an postea sublata causa infirmationis jure aliquo convalescant. Imperator quidem hoc in una tantum specie proponit, quando testamentum irritum factum est, sive infirmatum, ob id, quod testator capite minutus sit: attamen ad aliam quoque speciem eadem quæstio pertinet, cum scilicet ruptum est, seu eversum, testatoris statu non mutato. Videamus ergo de rupto, & de eo prius, postea cogituri de altera specie, qua de hic agitur. Didicimus, testamentum rumpi duobus modis, agna-
2 tione sui heredis, & mutatione voluntatis. Fingamus igitur, posthumum præteritum vivo patre decessisse: quæritur, an testamentum ruptum nativitate posthumi, eo vita deinde ante patrem functo, vires recipiat. Et responsum est, si testamentum signatum fuerit, posse hæredem scriptum bonorum possessionem secundum tabulas accipere, & cum effectu, ut rem obtineat, licet scrupulositas juris refragetur, *l. posthumus* 12. *de injust. rupt.* Unde intelligimus, jure quidem civili testamentum non restitui, sed tamen prætorem ex bono & æquo voluntatem testatoris tueri. Additur in responso, hoc ipsum etiam confirmatum esse rescriptis Imperatorum: quæ confirmatio ideo fortassis accessit, quia potestatem prætoris excedere videri poterat, quod ex testamento intrinsecus vitioso defenderet hæredi scripto bonorum possessionem cum re, contra eos, qui alioqui rem ab intestato auferrent. Planè si posthumus præteritus nascatur post mortem testatoris, licet illico decedat, testamentum non restituitur nec omnino cum decedit patre jam mortuo: nam cum suus hæres sit patri, statim patri ipso jure hæres existit, & moriens hæreditatem sibi jure quæsitam transmittit ad quosvis hæredes legitimos: ad cujusmodi speciem pertinet *l.2. Cod. de posth. hær. inst. Cujac. ad l.7. de lib. & posth.* Fingamus rursus, testatorem testamentum, quod secundo loco fecerat, ac proinde quo prius ruptum erat, incidisse aut cancel-
3 lasse. Quæritur, an restituatur prius, cujus tabulæ integræ manserunt. Papinianus respondit, si id hoc animo à testatore factum sit, ut priores tabulas supremas relinqueret, voluntatem, quæ defecerat, recenti judicio rediisse, & posse secundum tabulas priores bonorum possessionem peti *l.pen. §.2. sec.tab.* At, inquies, an non sic testamentum citra ullam solennitatem nuda voluntate constituitur? Negat hoc Jurisconsultus *d. loc.* atque hanc objectionem sic removet, ut dicat, non quæri hic de jure testamenti, sed de viribus exceptionis. Quo significat, recenti isto judicio & simplici voluntate testatoris non constitui novum testamentum; sed si scriptus priore testamento hæres agat & hæreditatem vindicet, eique objiciatur exceptio mutatæ voluntatis, posse eum hanc exceptionem elidere replicatione voluntatis reversæ, si constet, testatorem hoc animo posterius testamentum incidisse, ut prius iterum valere vellet. Utique enim hic animus ab hærede scripto omnino probandus est, per codicillos puta aut alias literas, quibus testator palam declaraverit, se velle priores tabulas valere, alioqui eum, tanquam quem utriusque voluntatis pœnituerit intestatum potius decedere voluisse interpretabimur, *d. pen. §.2.* Unum tamen adhuc obstat, quod prius testamentum dicitur rumpi ipso jure, *l. sancimus* 27. *Cod. de testam.* Quomodo ergo agi poterit ex eo, quod ipso jure ruptum est? Resp. quod ipso jure prius rumpi dicitur, id dici certo respectu, quoniam rumpitur hoc solo, quod aliud factum est, etiamsi testator prius non revocaverit. Et licet quatenus posterius testamentum consideratur, ut adhuc consistens & validum, prius ita sublatum intelligatur, ut nihil in eo scriptum valeat, nec quisquam ipso jure agere aut quid petere ex eo possit: non ideo tamen absurdum videri debet, quod posteriore inciso aut deleto ea mente, ut prius iterum valeat, prius quoque vires recipiat: quippe cujus tabulæ integræ relictæ sunt, & utique jam postremæ: nam quod jus extinctum reviviscere negatur, id non obtinet, cum à re, quæ, ut Dd. nostri loqvuntur, essentiam suam formalem & materialem retinuit, removetur impedimentum. *D. Menoch. cons.* 176. *lib.2. Fachin.* 5. *cont.* 93. *D. Tulden. comm. hic cap.* 5. *Io. Deckher.* 2. *Diss.* 3. *num.* 30. Ac proinde putarem, testamentum hoc casu valere etiam jure civili. Jam tempus est, ut ad textum §. nostri accedamus, in quo tractatur de convalescentia testamentorum, quæ per capitis deminutionem testatoris infirmata sunt, uno verbo, irrita facta.

Si septem testium signis signata] Hoc enim solum, semper tamen, in danda bonorum possessione juxta tabulas prætor spectat, an testamentum septem testium civium Romanorum signis signatum sit, *l. posthumus* 12. *in pr. de injust. rupt.* Ulp. *tit.* 23. §.5. & *tit.* 28. §.5. ita enim obsignatum esse oportet, ut jure prætorio valeat, seu eo jure, quo obsignatio introducta est, §.2. *sup. de test. ord.*

Si modo civis Romanus & suæ potestatis mortis tempore] Nihil amplius exigit ad petendam bonorum possessionem ex eo testamento, quod per capitis deminutionem irritum factum erat, quam ut testator mortis tempore civis Romanus & sui juris fuerit, omissa eleganti distinctione, quam nobis suppeditat Papinianus *l.pen.* §.2. *sec.tab.* Etenim interest, an ei, 4
de cujus, integri capitis postea mortui, testamento quæritur, maxima mediave, an minima contigerit capitis deminutio. Si maxima aut media, verbi gratia si capite damnatus sit, & Princeps damnatum in

in integrum restituerit, quia nullum hic factum intervenit, ex quo colligi possit mutatio voluntatis testatoris, nihil causæ est, cur ad convalescentiam testamenti plus desideremus, quam ut testator pristinam statum receperit, *l.6. §. pen. de injust. rupt.* Putarem etiam, testamentum damnati capitis, & indulgentia Principis postea restituti, ita convalescere, ut non solum jure prætorio valeat, sed jure etiam civili, propter comparationem horum testamentorum cum eorum testamentis, qui capti ab hostibus postliminio redeunt, aut ibi decedunt, quorum testamenta jure civili vires recipere beneficio postliminii aut confirmatione legis Corneliæ constat, *d. l.6. §. pen.* nisi quis putet, comparationem istam pertinere duntaxat ad ipsam convalescentiam, non ad modum convalescendi. At vero si minima capitis deminutio intervenerit, puta si quis testamento facto se adrogandum dederit, non satis est ad restitutionem testamenti, obtinendamque ex eo bonorum possessionem, quod postea sui juris effectus decesserit: sed præterea requiritur, ut recenti aliqua voluntate testamentum confirmatum sit. Et merito: quoniam qui se dat in adrogationem, non obscure à priori voluntate recedit, cum sciat, se una cum capite fortunas quoque suas in alienam familiam transferre, ut disputat Papin. *d. l. pen. §.2. sec. tab.* ex quo loco explicandum quoque & supplendum est, quod simpliciter item Paulus scripsit, testamentum valere, *l. 8. §. 3. de jur. Cod. eod.* ita ferme & *Bart. in d. l.6. §. pen. Mynf. & Schneid. hic. Connan. 9. comm. 7.*

Et tempore mortis in adoptivi patris familia] Supple, *aut in servitute aut conditione peregrinitatis.* Omnino enim prætor exigit, ut is cujus bonorum possessio datur, utroque tempore jus testamenti faciendi habuerit, & cum facit testamentum, & cum moritur: intermedium autem tempus non curat, *l.1. §. exigit 8. de bon. poss. sec. tab.* Ulp. *in fragm. tit. 23. §. 5.*

TEXTUS.

De nuda voluntate.

7. Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quod posteà testator id noluerit valere: usque adeò, ut & si quis post factum prius testamentum, posterius facere cœperit, & aut mortalitate præventus, aut quia eum ejus rei pœnituit, id non perfecerit, divi Pertinacis oratione cautum sit, ne alias tabulæ priores jure factæ, irritæ fiant, nisi sequentes jure ordinatæ & perfectæ fuerint: nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est.

NOTÆ.

7. *Id noluerit valere*] Nisi post lapsum decennii à condito testamento voluntatem revocaverit ad minimum coram tribus testibus, *l. 27. Cod. de testam.*

Usque adeo] *L.2. h.t. l.18. de leg. 3. l.21. §.2. Cod. de testam.* excipe imperfecta testamenta militum & parentum inter liberos, item nisi in posteriore testamento imperfecto scripti, qui ab intestato veniunt, *d. l.2. h.t. d. l.21. §.1. cum auth. seq. & §.2. Cod. de testam.*

COMMENTARIUS.

1. *Nuda contraria voluntate testamentum rite factum non infirmari, quantumvis coram septem testibus declarata.*
2. *Redditur hujus juris ratio.*
3. *An plus hic operetur revocatio causata, quam simplex.*
4. *Cur ne novi quidem testamenti inceptio vim prioris corrumpendi habeat.*
5. *Temperamenta superioris doctrinæ.*

HIC §. rectius in continenti subjectus fuisset §. secundo aut tertio, quorum continet declarationem. Docuit ibi Imp. prius testamentum rumpi per posterius, quod jure perfectum est. Unde etsi per se satis intelligitur, neque nudam revocantis voluntatem ad infirmationem testamenti sufficere, neque adeo prius rumpi, etiamsi secundum fieri cœptum sit, nec absolutum: latius tamen utrumque explicare voluit, & omnino latius adhuc à nobis explicandum est.

Quod testator id noluerit valere] Si quem prioris voluntatis pœniteat, malitque nunc intestatus decedere, parata ei est expeditissima ratio, tabulas incidat, deleat, cancellet, signa revellat, *l.1. §. pen. unde lib.* majorem enim vim facta habent, quam verba, integrisque tabulis relictis nuda contrariæ voluntatis declaratio testamentum solenniter factum non infirmat, *l. militis 36. §.3. de testam. mil. l. sancimus 27. Cod. de testam.* In tantum, ut etiamsi testator 1 coram septem testibus dixerit, nolle se testamentum, quod fecit, valere, nihilo tamen magis illud infirmetur, ut ex recepta sententia tradunt *Clar. §. testam. quæst. 91. Graff. § testamentum, quæst. 84. num. 2. Iac. Vervvey. art. test. cap. 13. Angel. Vigl. Mynf. Schneid. hic.* Et recte. Nam si ne tunc quidem testamentum antea factum infirmatur, cum ad aliud 2 faciendum testator processit, quod tantum non consummavit, quanto minus infirmabatur sola revocatione verbali: utique enim factum accedens ad voluntatem potentius operari debet simplici voluntatis declaratione. Hoc ipsum quoque manifeste probat *l. sancimus 27. C. de testam.* ubi Justinianus sancit, ut demum post lapsum decennii, seu cum à condito testamento decem anni effluxerint, revocatio-

catione voluntatis testamentum infirmetur. Neque hic mihi quis dixerit, pertinere istam constitutionem ad eum casum, quo tribus tantum testibus revocatio munita est, nam ex hoc ipso, quod Justinianus exigit, ut non pauciores, quam tres testes ad revocationem adhibeantur, ut valida sit ad infirmationem testamenti post fluxum decennii, satis intelligitur non aliud eum esse voluisse, si forte plures testes intervenerint, sive quinque sive septem: quo enim plures adhibentur, eo verius est non esse pauciores tribus adhibitos. Et sciendum est, Imperatorem illic abrogare constitutionem Honorii & Theodosii, quæ extat in *l.6. C. Theod. de testam.* qua cautum erat, ut solo lapsu decennii testamentum revocatum intelligeretur, hoc est, si testator post conditum testamentum integros decem annos supervixisset, quamvis nulla secuta esset contraria voluntas: hoc enim Justinianus hactenus mutavit, ut noluerit ex solo lapsu decennii testamentum evanescere, sed tunc, cum ad lapsum tanti temporis expressa accederet revocatio; quam etiam revocationem non paucioribus,quam tribus testibus muniri voluit cum alias ad probationem voluntatis,quæ testamentum non est, ordinarius testium numerus sufficiat. Quotquot igitur testes intervenerint, adhuc cursus decennii necessarius est ad sustinendam verbalem

2 testamenti solennis revocationem. Quæritur autem hujus juris ratio. Nam iniquum videtur eum bona defuncti obtinere, quem ea habere noluit: ac proinde etsi concedamus, ex summi juris ratione hæredes scriptos bona vindicare posse, cur tamen non dicimus, eos repelli posse exceptione finitæ defuncti voluntatis? Resp. Periculosum est æquitatem prætexere contra expressam juris auctoritatem: quod haud dubie hac ratione nititur, quod non videatur satis serio improbasse voluntatem solenni testamento comprehensam, qui nude eam revocavit, tabulis testamenti integris servatis. Si enim testamentum omnino valere noluisset, poterat tabulas incidere, delere, poterat aliud testamentum condere; quod cum non fecerit, præsumere licet, eum revocationis pœnituisse; ut non sine ratione defendatur, majorem oportere vim esse testamenti, quod integrum & in suo statu testator reliquit, quam nudæ illius declarationis contrariæ, *fac. l. militis 36. §. 3. de test. mil.* Ex quo loco simul discimus, ita jus esse, cum quæritur de institutione hæredem: legatorios autem revocata voluntate exceptione doli mali removeri. De cujus loci sententia *vid. Ant. Fab. dec. 39*

3 *err. 8.* His ita constitutis, videamus, an non falsa sit opinio Bartoli in *l. si jure 18. de legat. 3. & DD.* quos allegant & sequuntur *Clarus §. testam. quæst. 92. Vigl. Mynsing. Schneid. hic.* qui interesse putant, qua formula testator in revocando testamento usus sit, utrum simpliciter dixerit, *nolo testamentum à me factum valere*, an causam adjecerit & hæc verba, *quia volo decedere intestatus.* Nam etsi simplicem revocationem non sufficere fatentur, causatam tamen valere volunt, modò facta sit coram septem testibus. Quo jure etiam nos uti refert *Grot. l. 2. introd. cap. 24.* Verùm nihil interesse, hac an illa formula testator utatur, apertè evincit *d. l. militis 36. §. 3. de test. mil.* Et vero si hoc ipso, quod quis testamentum revocat, tacitè & per quandam necessariam consequentiam intelligitur velle decedere intestatus, causæ illa adjectio (quippe quæ non impedit, quo minus aliud testamentum postea condatur) facere non potest, ut majorem vim revocatio habeat, quam si causa adjecta non esset. Et rectè Mantica *lib. 2. de conj. ult. vol. tit. 15. n. 19.* ex Socino refert, distinctionem istam Bartoli capitosam esse vulgaribus testatoribus, qui causam nesciunt dicere, *quia intestatus decedere volo*, arbitranturque, id necessariò ex hoc ipso sequi, quod testamentum revocant. Sed non debebat vir alias incomparabilis hoc argumento moveri, ut statuet cum eodem Socino, Bald. Salic. in *d. l. sancimus, C. de testam.* & aliis, quos allegat, ad revocandum testamentum sufficere quamlibet simplicem voluntatis contrariæ declarationem factam coram septem testibus: quam sententiam abundè jam confutavimus. Unicum supradictæ distinctionis firmamentum affertur, *l. 1. §. pen. si tab. test. null. ext.* ex verbis, *Vel quia aliâ ratione voluntatem testator mutavit, voluitque intestato decedere.* Sed nemo, opinor tam infans est, qui non videat, Jurisconsultum ibi loqui non de simplici mutatione voluntatis, sed quæ declarata sit facto aliquo simili illis, quæ antea expresserat, incisioni autem cancellationi, puta si testamentum induxerit, laceraverit, resignaverit, &c. Habemus hujus sententiæ defensores *Ant. Fab. dec. 39. err. 6. Bachov. in Treutl. vol. 2. disp. 10. thes. 7. Ant. Merend. 3. cont. 45.* Planè ad infirmationem testamenti nuncupativi putarem sufficere simplicem voluntatis revocationem factam coram legitimo testium numero, *arg. l. nihil 35. de reg. jur. cum Connan. 9. comm. 7. Wesemb. in hunc §. Groënem de legib. abrog. hic.*

Usque adeò] Amplificatio. Dixerat modò, nudâ voluntate testamentum infirmari non posse: id nunc usque adeò verum esse pronuntiat, ut nec cum voluntate revocandi concurrens novi testamenti inceptio vim corrumpendi prioris habeat: sed ita demum superius testamentum ritè factum tollatur, si inferius æquè jure perfectum fuerit. Hinc verò itidem ut in casu præcedenti, æquum esse videri potest, 4
ut saltem hæredibus ab intestato detur exceptio adversus priore testamento scriptos hæredes, quos utique voluntate testatoris, aliud testamentum facere aggressi, mortuique antequam illud perficeret, destitui

stitui constat, *per l. pen. §. 2. sec. tab.* Verum obstat hic quoque legum auctoritas, *l. 2. l. 11. de injust. rupt. l. si jure 28. de legat. 3. l. hac consultissima 21. §. 2. Cod. de testam. & hic text.* Quid quod in proposito nec voluntatem defuncti ab intestato venientes habent: ponimus enim, in secundo testamento, quod imperfectum est, scriptos esse extraneos. Quamobrem cum illi, quos postremo testator voluit, hæreditatem ex imperfecto testamento obtinere non possint, ne convellantur jura omnia, quæ de ordinandis testamentis tam diligenter constituta sunt, & quævis voluntas vim testamenti habeat, quos aliquando hæredibus ab intestato prætulit, eos etiam adhuc iisdem præferri voluisse existimandus est; atque in hunc eventum tabulas priores integras reliquisse, ut si posteriores non consisterent, ex prioribus hæreditas adiri possit. Atque hoc est, quod scribit Pomponius *d. l. si jure 18. de legat. 3.* credibile esse, testatorem ita demum à priore testamento velle recedi, si posterius valiturum sit.

Mortalitate præventus] Hujusmodi testamentum imperfectum dicitur ratione voluntatis. Quippe duplex est imperfectio testamenti; una, ratione solennium, puta si pauciores, quam septem testes intervenerint, aut si testes non signaverint subscripserintve, vel quid aliud, quod ad solennitatem ordinationis pertinet, omissum sit: altera, ratione voluntatis, veluti si cum plura ordinare testator vellet, morte interceptus fuerit, aut in ipso actu testandi furore correptus, *l. si is qui 25. qui test. fac. l. 9. C. eod. Bald. in l. hac consultissima 21. §. 1. num. 1. 2. 3. Cod. de testam. Sichard. ibid. num. 2.* quo loco uterque etiam notat, testamentum quod ratione voluntatis & dispositionis imperfectum est, nec inter liberos valere. Quod & *Cujac. in d. l. 25.* notavit ex Accursio: estque communis hæc & recepta sententia *Vasq. lib. 3. de succ. creat. §. 21. num. 62.*

Divi Pertinacis oratione] Solebant olim Principes orationes in Senatu habere, aut scriptas ad Senatum mittere, in quarum sententiam Senatusconsulta concipiebantur: *l. oratione 16. de rit. nupt. Tacit. lib. 1. Oratione principis secuto patrum consulto primi Ædui senatorum in urbe jus adepti sunt.* Atque hæ Principum orationes etiam Senatusconsulta nominantur, quandoque etiam leges. Sic oratio Divi Hadriani de petitione hæreditatis, *l. si & rem 22. de hæred. pet.* Senatusconsultum passim appellatur, *l. item veniunt 20. §. præterea 6. & multis seqq. eod. tit.* Jul. Capitolinus hanc ipsam orationem Pertinacis legem, mox etiam Senatusconsultum nominat in Pertinace. *Legem sane tulit*, inquit, *ut testamenta priora non prius essent irrita, quam alia perfecta essent, neve ob hoc fiscus aliquando succederet.* Et paulo post; *Addiditque Senatusconsulto, &c.*

Iure ordinatæ & perfectæ fuerint] Quæ legitimo modo fiunt, legitime quoque solvi debent; *l. 35. de reg. jur.* Hac ratione utitur etiam Harm. 5. *tit. 5. §. 17.* Ab hac tamen regula excipienda sunt ea testamenta, quæ quamvis imperfecta, jure tamen singulari valent, ut testamenta militum & parentum inter liberos. Testamentum factum jure militiæ inter imperfecta numeratur, *l. 2. de injust. rupt.* atque ideo etiam imperfecto quovis posteriore solvitur, *l. ejus 34. §. 1. de test. mil.* & tamen per id, quod jure militari secundo loco factum est, rumpitur præcedens perfectum, hoc est, factum jure communi, *d. l. 1. & d. l. 34. §. ult.* Sed nimirum hoc ex eo est, quod testamentum militis jure privilegiario pro perfecto est, aut vim perfecti testamenti habet: quod autem rumpitur posteriore jure communi non rite facto, mirum videri non debet, quia etiam post missionis annum, irritum constituitur. Testamentum imperfectum factum à parente inter liberos & ipsum non minus ex privilegio valet, quam militis, *l. hac consultissima 21. §. 1. C. de testam.* Quare si pater, qui testamentum prius jure fecerat, postea aliud fecerit inter liberos, quamvis posterius hoc imperfectum fuerit, tamen rumpitur prius. Illud etiam favore liberorum Justinianus constituit, ut tale testamentum non aliter rumpatur posteriore, quam si posterius modis omnibus perfectum fuerit, & prius nominatim revocatum. *Nov. 107. auth. hoc inter C. de testam.* Præterea si cum in priore testamento perfecto scripti essent extranei, in posteriore autem imperfecto instituti sint, qui ab intestato venire possunt, dummodo non minus quam quinque testes intervenerint, placet, infirmato priore testamento posteriorem hanc scripturam valere, non tamen tanquam testamentum, sed tanquam voluntatem ultimam isiteſtati, *d. hac consultissima §. 2.* cuius voluntatis hic erit effectus, ut nulla quarta deducta ab hæredibus, priore testamento, quod infirmatum est, scriptis, ad hæreditatem admittantur scripti posteriore, easque portiones per arbitrum familiæ erciscundæ singuli consequantur, quæ cuique adscriptæ sunt. Sed quid est, quod Jurisconsultus in *d. l. 2. de injust. rupt.* simpliciter scribit, prius testamentum per posterius imperfectum rumpi, si in eo scriptus est, qui ab intestato venire potest; Nimirum si in posteriore imperfecto, in quo scripti, qui ab intestato rem habere possunt, omissa sit aliqua solennitas, quæ tantum jure civili præcise requiritur, non item jure prætorio, veluti si testes non subscripserint, si filius institutus aut exhæredatus non sit: nam etiam hac ratione testamentum imperfectum recte dicitur. Atque ita appellatur in *l. 12. §. 1. cont. tab.* quoniam inter cætera, quæ testamentum jure civili perficiunt, etiam hæc requiruntur. Rumpi

igitur eo casu testamentum prius dicimus, non jure civili, sed honorario dato secundum tabulas posteriores, quæ modo septem testium signis signata sunt, cum re & effectu bonorum possessione *arg. d. l.* 12. §. 1. *cont. tab.* quem locum diligenter & accurate hic interpretatus est D. Bachovius.

TEXTUS.

Si Princeps litis causa, vel in Testamento imperfecto institutus fuerit.

8. *Eadem oratione expressit, non admissurum se hæreditatem ejus, qui litis causâ Principem reliquerit hæredem: neque tabulas non legitimè factas, in quibus ipse ob eam causam hæres institutus erat, probaturum: neque ex nuda voce hæredis nomen admissurum; neque ex ulla scriptura, cui juris auctoritas desit, aliquid adepturum. Secundùm hoc divi Severus & Antoninus sæpissimè rescripserunt.* Licet enim, *inquiunt*, legibus soluti simus, attamen legibus vivimus.

NOTÆ.

Litis causa Principem, &c.] Capitol. *ubi sup.* hoc enim invidiosum est, *l. pen. de hær. inst.* Plin. Paneg. *Non tu falsis, non tu iniquis tabulis advocaris.*

Ob eam causam] Quod tabulæ non essent legitimæ factæ, ut rectè Cujac. & Fabrot. quod non percepit Th. nec Accurs. nam Princeps nec legitimè factas probat, in quibus ipse litis causa hæres scriptus est.

Legibus soluti] Princeps legibus civilibus solutus est, *l.* 31. *de legib. l.* 3. *C. de testam.* Dio *lib.* 53.

Attamen legibus vivimus] Impp. *l.* 2. *C. Th. de cond. & hom. dom. Aug. Scribimus quidem leges, sed sequimur.* Plin. Paneg. *Ipse te legibus subjecisti.* vid. *& l.* 23. *de leg.* 3. *l.* 4. *C. de legib. d. l.* 3. *C. de testam.*

COMMENTARIUS.

1. *An Principes Romani legibus soluti fuerint: & in universum, an & quatenus sint Principes, qui absoluta jura majestatis habent.*

EAdem oratione expressit] *Ipseque*, inquit de pertinace loquens Capitolinus d. loc. *professus est, nullius se aditurum hæreditatem, quæ aut adulatione alicujus delata esset, aut lite perplexa, ut legitimi hæredes & necessarii privarentur.* Addiditque Senatusconsulto hæc verba: *Sanctius est, P. C. inopem rempublicam obtinere, quam ad divitiarum cumulum per discriminum atque dedecorum vestigia pervenire.* Procul dubio hac oratione sanctissimus senex senatui declarare voluit, se longè aliâ ratione rempublicam temperaturum, quam antecessor ejus Commodus Princeps flagitiosissimus fecerat; quem credibile est exemplum secutum fuisse sui simillimi Imperatoris Domitiani, de quo Sveton. *cap.* 12. sic scribit; *Confiscabantur alienissimæ hæreditates, vel existente uno, qui diceret, audivisse se ex defuncto, cum viveret, hæredem sibi esse Cæsarem.* Extat adversus hujusmodi improbitatem edictum Honorii & Theodosii *in l. sancimus* 20. *C. de testam.*

Qui litis causa Principem] Lex est, non debere cujusquam conditionem deteriorem fieri facto alieno, nec cui quam objici duriorem aut potentiorem adversarium, *tot. tit. de alien. jud. mut. ca. & tit. C ne lic. potent.* Huic legi se submisit Imperator Pertinax, professus hoc amplius, se non admissurum hæreditatem, quæ litis causa Principi delata esset, minus hic sibi permittens, quam cuiquam privato, *l.* 8. §. 2. *de alien. jud. mut. ca.* Quippe invidiosum esse existimavit, Principem litis causa, hoc est, in re controversa & perplexa hæredem institui, quo alii, nomine Principis territi jus suum indefensum relinquant, ac nefas esse, calumniæ facultatem ex Principali majestate capere, *l. pen. de hær. inst. Paul.* 5. *sent.* 12. Plinius *Panegyr. Non tu falsis, non tu iniquis tabulis advocaris.*

Neque tabulas non legitimè factas] Lex est, hæredem justo testamento instituendum esse, neminemque posse ex tabulis non legitimè factis hæreditatem obtinere. Hanc legem etiam adversus se valere optimus Princeps voluit, atque in sua etiam persona tabulas non legitimè factas improbavit. Secundum quod sæpissimè constitutum est, ex imperfecto testamento nec Imperatorem hæreditatem vindicare posse, *l.* 3. *C. de testam.* Ait, *in quibus ipse ob eam causam.* Nempe quod tabulæ non essent legitimè factæ, ut rectè Cujac. Quod non percepit Theoph. nec Accurs. nam Princeps nec legitimè factas probat, in quibus ipse litis causa scriptus est. Ait, *Neque ex nuda voce.* Non quasi Princeps hæres nuncupari non possit, aut hæres esse ἐκ τῆς ἀγράφου διαθήκης, ut somniat Theoph. sed *ex nuda voce*, id est, ex nuda voluntate sine juris solennibus.

Neque ex ulla scriptura, cui juris auctoritas desit] Clausula generalis, legata quoque & fideicommissa, non legitimo testamento relicta complectens. Ex imperfecto testamento, ait Paulus *l.* 23. *de legat.* 3. legata vel fideicommissa Imperatorem vindicare inverecundum est. Huc etiam referendum, quod idem *Paul.* 4. *sent.* 5. *& Vlpian. l.* 8. §. 2. *de inoff. testam.* scribunt, testamentum, in quo Imperator hæres scriptus est, inofficiosum argui posse.

Licet legibus soluti simus] Principes Romanos legibus solutos esse, scribit Dio *lib.* 53. atque id ipse sic

sic interpretatur, ut dicat, eos liberos esse ab omni legum coactione, nec ullâ scriptâ lege teneri. Apparetque ex eodem loco, quemadmodum temporibus liberæ reipublicæ aliquando usurpatum, ut populus aut senatus civem aliquem ob heroicam indolem ac singularem virtutem unâ aliquâ lege solveret, puta, ut ante ætatem legitimam magistratum gerere, aut intra tempora constituta eundẽ repetere liceret, sicut de Pompejo, Africano, Octaviano, aliisque permultis factum legimus: ita Principem posteà, cum civibus omnium excellentior haberetur, legibus omnibus solutum fuisse, lege in eam rem semel expressè lata; quæ lex regia *in l. 1. de const. Princ.* lex imperii *in l. 3. C. de testam.* appellatur. Quod etiam significare arbitror Ulpianum *in l. Princeps 31. de legib.* Quanquam necesse non erat, hoc caput legi regiæ inserere; quandoquidem ex hoc ipso, quod alio capite ejusdem legis populus jura majestatis omnia abdicative in Principem transtulit, *d. l. 1. de const. Princ.* necessariò sequitur, Principem legibus non obligari. Etenim Princeps, qui absoluta jura majestatis habet, nihil suprà se cernere potest, neque hominem neque legem, ut ait Alber. Gentilis in quæstionib. regiis. *Deus*, inquit Justinianus, *leges ipsas Principi subjecit, eumque legem animatam misit hominibus. Nov. 105. c. 2. in fin.* Jam verò qui suprà leges est, cui leges subjectæ sunt, is necessariò legibus est solutus, id est, legibus non tenetur; alioqui non illi leges, sed ille legibus subjicitur, & qui ipse lex est, in eum lex ferri non potest. Unde Plinius in *panegyr. Leges*, inquit, *Principi nemo scripsit.* Neque, cum hoc dicimus, intelligimus solum cum D. Thoma *q. 96. art. 5. part. 1.* quem multi sequuntur, Principem legibus solutum esse, quoad vim coactivam, sed etiam quoad vim directivam. Quin ad hanc solam quæstio pertinet; cum si neges, secundum vim dirigentem Principem legibus solutum esse, statuas, Principem legibus obstringi, tanquam quæ ipsi quoque latæ sint. Alia autem quæstio est de modo coërcendi & puniendi nec obedientes. Cæterum totum hoc pertinet ad leges civiles duntaxat, non ad leges naturæ aut divinas, quibus cum omnes homines subjiciantur quatenus homines nati sunt, omnino efficitur, aut Reges homines non esse, aut illos etiam his legibus teneri. Non pertinet etiam hoc axioma ad leges imperii fundamentales, maxime cum in eas quoque ipsi Principes regnum ineuntes jurare solent. De quibus legibus Bodinus *lib. 1. de repub. c. 8.* sic scribit: *Quantum ad leges imperii attinet, cum sint cum ipsa majestate conjunctæ, Princeps nec eas abrogare, nec iis obrogare potest, Cujusmodi*, inquit, *est lex Salica, regni hujus firmissimum fundamentum.*

Attamen legibus vivimus] Etsi hoc jus Principis est, si dignitatem spectes & imperii potestatem, ut legibus omnibus civilibus sit solutus: tamen officium imperantis est, legibus vivere, iisq; parendo suo exemplo præire illis, quibus solis latæ sunt. Quod significat Paulus *l. ex imperfecto 23. de legat. 3.* his verbis: *Decet enim tantæ majestati, eas servare leges, quibus ipse solutus esse videtur.* Et Imp. Alexander *l. 3. C. de testam.* cum ait, *nihil tam proprium imperii esse, quam legibus vivere*, eodemque modo explicanda *l. digna vox C. de legib.* & illud Plinii *in Panegyr. ad Trajan. Legibus te subjecisti, quas nemo Principi scripsit*, item illa, *Non esse Principem supra leges, sed leges supra Principem.* Nimirum Princeps *imperio maximus major est exemplo*, ut ait Paterculus *lib. 1. & Plin. d. loc. Vita Principis*, inquit, *perpetua censura est: ad hanc dirigimur: nec tam imperio nobis opus est, quam exemplo.* Τίς γὰρ ἂν ἠθέλησεν ἀπειθεῖν, ὁρῶν τὸν βασιλέα πειθόμενον; inquit Xenophon. *in laudib. Agesilai.* Claudianus *in Panegr. de quarto consulatu Honorii*, his versibus Principem hujus officii commonefacit;

In commune jubes si quid, censesve tenendum,
Primus jussa subi: tunc observantior æqui
Fit populus, nec ferre negat, cum viderit ipsum
Auctorem parere sibi. Componitur orbis
Regis ad exemplum: nec sic inflectere sensus
Humanos edicta valent, ut vita regentis.

TITULUS XVIII.

D. Lib. 5. Tit. 2. Cod. Lib. 3. Tit. 28.

De inofficioso Testamento.

Continuatio, & argumentum tituli. Unde nomen inofficiosi: tum, quorum de hac quæstione cognitio.

Explicatur hic altera ratio infirmandi testamenti, cum scilicet non ipso jure, sed per sententiam judicis rescinditur, ex causa de inofficioso contra testamentum pronuntiantis: quod est illud adminiculum, quod superius dixit paulo post nobis manifestum fore, initio, *tit. de exhæredatione lib.* Locus hic latè patet, quanquam concisus est Justinianus, ut passim in hoc libello. Initio indicat ille causam introducendæ de inofficioso querelæ,

relæ, & quo colore proponatur; mox quibus ea competat, aut non competat, ostendit: sequuntur postremo nonnulla, quibus intervenientibus testamentum inofficiosum argui atque ex ea causa rescindi non potest. Nobis, quibus propositum est rem totam planam facere, licebit in explicando esse prolixiores. Memini etiam, nonnulla me recepisse interpretantem *§. ult. d. tit. de exh. lib.* quæ in hoc temp9 dilata, nunc exolvenda sunt. De nomine inofficiosi hoc primum monendi sumus, quamvis omne testamentum inofficiosum rectè dicatur, in quo testator contra officium, quod alteri debeat, facit, quemadmodum scimus, hominem inofficiosum dici, qui officium prætermittit, aut contra officium, quod alteri debet, facit; & ideo si verbi causa testator cognatis suis aut personis de se bene merentibus, quibus ob id remunerationem debet, nihil in testamento suo reliquerit, huic etiam testamento appellatio ista conveniat: tamen per excellentiam ea demum testamenta inofficiosa dicta sunt, quibus officium in liberos, parentes & fratres neglectum est, seu in quibus liberi, aut parentes, aut fratres, vel exhæredati sunt immerito, vel immerito præteriti. Quocirca his etiam solis potestas permissa de inofficioso querendi, postulandique, ut, si officium violatum esse constiterit, testamentum rescinditur. Cognitionem hujus quæstionis ad centumviros pertinuisse constat ex *Cic. lib. 1. de orat. Val. Max. lib. 7. c. 7. & 8. l. Titia 13. l. qui repudiantis 17. h. tit.* uti & simplicis petitionis hæreditatis, *l. ult. in pr. C. de pet. hær.* quod tamen non usque adeo perpetuum fuit. quin partes aliquando negotio ita ferente à prætore remissæ fuerint ad judicem pedaneum: ut liquet ex *l. 8. §. pen. hoc tit. l. 3. §. si emancip. 5. de bon. poss. cont. tab.*

TEXTUS.
Ratio hujus querelæ.

Quia plerumque parentes sine causa liberos suos exhæredant, vel omittunt, inductum est, ut de inofficioso testamento agere possint liberi, qui queruntur, aut iniquè se exhæredatos, aut iniquè præteritos: hoc colore, quasi non sanæ mentis fuerint, cum testamentum ordinarent. Sed hoc dicitur, non quasi verè furiosus sit, sed rectè quidem testamentum fecerit, non autem ex officio pietatis. Nam si verè furiosus sit, nullum testamentum est.

NOTÆ.

Sine causa] Ex justis causis permissa exheredatio, *l. 7. de bon. damn.* quas causas ex arbitrariis certas fecit & nominatim ad 14. complexus est, Just. *Nov. 115. c. 3.* voluit autem unam saltem ex his inseri testamento, eamque ab hærede probari; secus ac jure veteri, *l. 5. §. 1. hoc tit. l. 28. C. eod.*

Exhæredant vel omittunt] Illud ad parentes omnes & propriè ad patrem pertinet, hoc ad matrem cujus silentium pro exhæredatione est, *§. ult. sup. de exh. lib.* & ita intellige *l. 3. h. t. d. Nov. 115. c. 3.* Exhæreditatis igitur omnibus, à matre etiam præteritis hoc remedium necessarium. Ex privilegio autem est, quod de inoff. militis testamento nemo queri potest, *l. 8. §. 4. l. 27. §. 2. hoc tit. l. 9. l. 24. C. eod.*

Quasi non sanæ mentis] *l. 2. l. 5. §. 1. eod.* ac proinde quasi testamentum facere non potuerint, *l. 17. §. 1. eod.* Hoc colore seu titulo quæsito tegitur iniquitas exhæredationis: & quidem ob hanc causam olim rescisso per querelam testamento nihil ex eo valebat, *l. 8. §. pen. l. 28. eod.* hodie autem quantum ad institutiones solummodo evertitur; legata & cætera capita salva manent, *Nov. 115. c. 3. in fin. auth. ex causa C. de lib. præt.*

COMMENTARIUS.

1. *Quibus liberis & quando querela necessaria.*
2. *Etiam ob causas non nominatim expressas,* Nov. 115. *c. 3. dummodo æquè graves aut graviores, exhæredationem rectè fieri.*
3. *Quamvis exhæredatio facta sit sine elogio, tamen testamentum adhuc ipso jure hodieque subsistere, atque ad id rescidendum opus esse querela, contra comm.*
4. *Præteritionem matris & avi materni etiam jure novissimo vim exhæredationis habere.*
5. *Contraria obiter repulsa; addito jure patrio.*
6. *Vtrum querela ipsa sit actio sive petitio, an remedium aliquod actione separatum.*
7. *An liberis à patre præteritis, legata & cætera capita, præter institutionem beneficio novæ legis conserventur.*
8. *Cur querelæ inofficiosi colorem dementiæ veteres prætexuerint: & num idem adhuc hodie.*

QVia plerumque] Rectè monet D. Pacius in margine, particulam *plerumque* non afficere verbum *exhæredant*, sed verbum *sine causa*: ut hic sit sensus; cum parentes liberos suos exhæredant vel omittunt, id eos plerumque facere sine causa: puta falso instimulatos, novercalibus delinimentis instigationibusque corruptos, *l. 3. & 4. hoc tit.*

Sine causa liberos suos exhæredant vel omittunt] Ait, *sine causa*: nam ex justis & meritis causis exhæredatio semper permissa fuit, *l. 7. de bon. damnat.* Ait, 1
exhæredant vel omittunt, illud ad parentes omnes, & propriè ad patrem avumque paternum, hoc ad matrem & avum maternum pertinet: nec supervacuo hic expressum, ut censet D. Wesemb. etsi enim matris præteritio vim & effectum exhæredationis

habet;

habet; non est tamen revera exhæredatio, §. *ult. sup. de exhær. lib.* In patre exhæredatio necessaria est, ut querelæ locus sit: si enim pater filium, quem in potestate habett præterierit, testamentum ipso jure nullum est; si emancipatum, datur præterito bonorum possessio contra tabulas, *sup. d. tit. in pr. & §. 3. & 5.* Quin nec quævis exhæredatio quærelæ locum facit, sed ea demum, quæ ritè facta est: quæ secus facta, id est, non nominatim, non pure, non à tota hæreditate, pro præteritione censetur *l. 8. §. non quævis de bon. poss. cont. tab.* Matre autem sive prætereunte, sive quovis modo exhæredante, semper ad infirmandum testamentum querela opus est, cum & jure civili firmum sit, nec à prætore infringatur: quippe qui exhæredatione, cujus vicem etiam præteritio matris obtinet, notatos non putavit ad contra tabulas bonorum possessionem admittendos *d. l. 8. in pr. cont. tab. d. §. ult. sup. de exhær. lib.* Et igitur exhæredatis omnibus, à matre etiam præteritis, hoc remedium necessarium est. Causæ exhæredationis jure antiquo certæ legibus definitæ erant, sed ab arbitrio pendebant judicum, qui de inofficioso cognoscebant, quorum erat merita exhæredati perpendere, *l. 3. §. si emancipatus 5. cont. tab. Val. Max. lib. 7. c. 8.* Justinianus ex arbitrariis eas certas fecit, & nominatim *Nov. 115. c. 3.* complexus est ad quatuordecim: cumque antea etiam simplici exhæredatione facta, permissum esset hæredi instituto allegare & docere ingratitudinem, id idem Imp. primum hactenus mutavit, ut non aliter liceret hæredi ingratitudinis quæstionem movere, quam si testator expresse addidisset, se ideo filium exhæredare, quia fuerit ingratus, *l. omnimodo 30. in pr. C. hoc tit.* Postea ne hoc quidem satis ei visum, sed insuper voluit, testatorem justam aliquam ingratitudinis causam, & saltem unam ex illis, quas ipse recenset, testamento exprimere, imposito quoque hæredi onere elogium probandi, cum olim ita jus esset, ut nisi hæres ultro probationem suscepisset, causam aliquam certam allegando, (quo refert *l. 22. & d. l. 30. Cod. eod.*) ipsi liberi docere tenerentur, se morigeros atque obsequentes semper fuisse, *l. 5. §. 1. eod. l. liberi 28. C. eod.* Hinc duplex exorta quæstio. 1. An nullas alias ob causas, quantumvis pares aut majores, quam quæ *d. Novell. 115. c. 3.* expressæ sunt, exhæredatio permittenda. 2. Utrum si exhæredatio facta sit sine causæ expressione, testamentum ex d. constitutione ipso jure nullum fit, an jure adhuc subsistat, atque ad illud rescindendum querela etiamnum sit opus. Primam quæstionem quod attinet, quamvis sententia Connani, *lib. 9. comm. 10.* Viglii *ad §. ult. sup. de exhær. lib.* aliorumque, qui eos sequuntur, negantium, ob alias causas, licet æque graves aut graviores, exhæredationem fieri posse, verbis *d. Novell.* convenire videatur: tamen mihi persvadere non possunt, eam fuisse mentem Justiniani, quam illi esse censent: & summa ratio svadet, ut contra sentiam. Etenim si verbi gratia manus parenti filius ipse non intulerit, secundum *d. Nov. cap. 3. §. 1.* sed inferre passus sit, cum facile prohibere posset; idemque finge de injuria, §. 2. Patrem ipse non accusaverit, juxta §. 3. sed accusationem instruxerit, juverit pretio, consiliis, probationibus. Insidiatus ipse patri non, fit, §. 4. insidias autem, cum posset, non detexerit. Falsum testimonium ipse non dixerit, *sec. §. 8.* at qui dicerent, subornarit. Quid si thorum fratris violare ausus sit; Quid si lenocinio palam quæstum faciat? &c. Quis hæc aut atrociora filium patrantem dignum neget, qui fulmine feriatur exhæredationis? At inquis, odiosa est exhæredatio, ac proinde interpretatione non est adjuvanda, *l. cum quidem 19. de lib. & posth. c. odia de reg. jur. in 6.* Imo contra vel magis odiosum, patrem cogi ut impio & indigno filio bona sua relinquat. Equidem concedo, ubi de hypothesi quæritur, de scriptura testamenti, de facto exhæredati, de voluntate exhæredantis, cum similibus, exhæredationem adjuvandam non esse: cæterum ubi θετικῶς de legis vi atque interpretatione disputatur, hoc semper legibus inesse, ex mente conditorum, credi oportet, ut quia omnes casus, qui quandoq; incidere possunt, comprehendere nequeunt, ad eas quoq; res & causas pertineant, quæ quandoque similes erunt, *l. 10. cum 3. seqq. l. ideo 27. de legib.* Neque hinc excipiuntur leges pœnales: nam & illæ utique leges sunt; & obvia passim responsa Jurisconsultorum, etiam leges publicorum judiciorum, ad hunc, quem diximus, modum interpretantium, *l. 11. de pœn. l. 13. de testib. l. 7. §. 2. de jurisd. l. 7. ad leg. Iul. mai. §. 3. Tuld. 2. jurisp. extemp. c. 5. pag. 202.* ubi distinguit utrum par & eadem sit ratio, an similis tantum, *l. 3. de leg. Pomp. l. 2. §. 28. & seqq. ad Tertul. junct. l. ult. §. ult. qui pet. tut. l. 8. de sepulcr. viol. l. 1. de aleat.* Dixeris, hoc admisso, Imperatorem non assequi scopum suum, sed caussas adhuc incertas manere, nec quatuordecim tantum, sed infinitas fore. Respondeo, ex his constitutionis verbis, *ut præter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere nisi quæ in hujus constitutionis serie continentur,* satis patet quis Justiniano scopus propositus fuerit. Horum enim verborum non alius sensus, quam quod non liceat ex legibus antiquis causas opponere, quæ in d. constitutione non continentur. At tales causæ non sunt, quæ vel majores sunt, vel pares expressis, sed leviores duntaxat, aut dispares: quippe cum de similibus semper ut de expressis habendum: facit huc *c. 1. §. 2. vers. sed quia natura lib. 2. feud. tit. 24. quæ fuit prim. ca. bon. amitt.* Atque hæc sententia etiam

etiam communis est, usuque apud omnes recepta *DD. in auth. non licet C. de lib. præt. Clar. §. testamentum quæst.*41. *n.*2. *Gomez.*1. *resol.*11. *Schneid. hic n.*15. *Gudelin.lib.*2.*de jur. noviss. cap.*8. *Christin. vol.*4. *decis.* 19.*n.*5. *Grot.lib.*2.*manud. cap.*18. ubi notat, in his regionibus illud quoque semper obtinuisse, ut filia minor 20.annis, nubens citra consensum patris aut matris, ab eodem patre aut matre ob hanc causam exhæredari possit: convenit *art.*25.*cap.*2.*statut. Zeland.* In altera quæstione numero vincunt, qui ad validitatem testamenti negant sufficere exhæredationem simplicem seu factam sine causæ insertione, & ad hoc omnino requirunt qualificatam: quod si verum est, nullus usus querelæ relinquitur in linea recta, præterquam uncio illo casu, cum exheredationi aut præteritioni additum est elogium: quæ sententia fuit Johannis, relata à Glossa in *l.* 5. *h. tit.* probata plerisque interpp. *in auth. ex causa C.de lib. præt.Clar. d.* §. *testam. quæst.*40. *Gomez. d. c.*11. *Covar. in c.Raynutius p.*1.*n.*7. *cap.*16. *Wesemb. par. hoc tit. n.*7. & novissimè latè defensa *à D. Bachovio hic.* Cæterum 3 ut pluribus hæc sententia placeat, non desunt tamen, qui eam taxent, ut constitutioni Justiniani minimè consentaneam: & sanè non immerito, meo quidem judicio. Nam qui diligenter eam constitutionem evolvet, comperiet ex tenore, Imperatorem non agere de iis, quæ ad internam testamenti solennitatem ritumque exhæredationis pertinent, sed de causis, ob quas facta exhæredatio justè vel injustè facta intelligatur: at injustitia exhæredationis non vitiat testamentum ipso jure. Et vide quæso, quæ isti sententiæ sint consequentia. Efficitur ex ea, ut testamentum nullum sit, etiamsi præteriti sint liberi emancipati; etiamsi præteriti sint liberi sine elogio, qui nunquam in potestate fuerunt; ut posthumi exhæredati nativitate rumpatur testamentum; ut infantium atque adeo impuberum ferè omnium exhæredatio nullius momenti sit: denique ut tantum non liberi matribus, parentes liberis suis hæredes fiant. Atque ita deletur bonorum possessio contra tabulas: deletur §. *mancipatos* 3. *item* §. *sed hæc quidem* 5. *&* §.*ult. sup. de exhær. lib.* Delentur maxima ex parte *tit. Pand.C.& Inst. de inoff.testam.*item *l.ult.C.de lib.præt.* Quis vero credat, tot capita juris veteris à Justiniano tacitè abrogata, qui nunquam solet quicquam ex jure veteri mutare, nisi cum expressa mentione ejus juris, quod abrogare constituit, & commendatione novi? Refragantur etiam verba *d. constitutionis cap.*3. *circa fin. & cap.*4. ubi cum jussisset Imperator, si exhæredatio aut præterito facta esset cum elogio, idque elogium probassent hæredes, firmum manere testamentum, sive, ut est in authentico, ἐν τῇ ἰδίᾳ ἰσχύϊ διαμένειν, τὴν ἰδίαν ἔχειν ἰσχύν, subjicit, si hoc observatum non fuerit, testamentum irritum reddi atque everti: utitur enim verbis ἀκυροῦσθαι & ἀνατρέπεσθαι: quæ de iis tantum prædicari constat, quæ ab initio constiterunt: & quod notandum, everti non in totum, sed quoad institutionem duntaxat, cætera capita firma manere. Ergo in totum ab initio subsistit. At quo remedio evertetur? Non alia haud dubiè, quam querela inofficiosi, quæ una exhæredatis supererat. Arguit hoc accurata illa causarum ingratitudinis, de quibus in querelæ judicio agitur, definitio; quæ causam novæ constitutioni dedit. Ad hæc si dicimus, liberis omnibus, sine elogio exhæredatis aut præteritis, testamentum potestate d. constitutionis nullum esse, non liberis tantum consulimus, sed extraneis etiam defuncti legitimis hæredibus: quippe ad quos tum, liberis aut repudiantibus, aut ante parentem, aut priusquam hæreditatem adierint, mortuis, hæreditas defuncti ab intestato perventura sit, exclusis scriptis hæredibus, qui alioqui ex testamento iisdem rebus intervenientibus venturi essent. Justinianus autem liberis duntaxat prospicere voluit, ne his noceret exheredatio, nō consulere aliis contra scriptos testamento heredes. Postremo ut ex dictis liquet, non fuit ei propositum tollere inofficiosi querelam, sed proniorem atque expeditiorem ei viam facere; unique potissimum rei affert remedium, ne scilicet liberi exhæredati aut præteriti, ob difficultatem probandi se semper officiosos fuisse, parentem hæreditate exciderent. Cum ergo duplicem effectum exhæredatio jure veteri habeat: unum hunc, ut absolvat internam testamenti paterni solennitatem, ut nullum sit ob præteritionem, ad quod sufficit ritè factam esse, etiamsi injusta sit: alterum, ut exhæredatum submoveat ab hæreditate, ad quod insuper exigitur, ut facta sit justis de causis: posteriorem effectum tantum Justinianus restringere voluit, priori in suo statu relicto. Sive igitur nulla causa à testatore expressa sit, sive aliqua, quæ tamen non sit ex iis, *d.Nov.*115. *cap.*3. continentur, aut ex iis quidem, sed in cujus probatione hæres deficiat, utiliter & cum effectu exhæredatus de inofficioso hodieque aget, & postulabit; ut testamentum rescindatur, resque redigatur ad causam intestati. Idemque erit, si liberi præteriti sint, ab iis sc. paren- 4
tibus, quorum præteritio pro exhæredatione est, ut matris & avi materni, licet causa adjecta non sit: & falsum est, quod plerique pro vero nobis obtrudunt, præteritionem maternam pro exhæredatione amplius non haberi, sed ex hac causa æquè nullum esse testamentum, ac si pater præteriisset, nisi præteritioni addita sit causa ingratitudinis; necessitatem quodammodo exhæredandi contra rationem

nem

tiem juris illic introducentes, ubi non est suitas, *l.* 11. *de lib. & posth. l.* 4. §. 2. *cont. tab.* Ita concludimus cum *Fulgos. & Donell. in d. auth. ex causa. Vigl. ad rubr. hic Duar. c.* 3. *ad hunc tit. Cujac. ad Novell.* 18. *Fachin.* 4. *contr.* 9. *Vasq. lib.* 2. *de succ. creat.* §. 20. *n.* 162. *& seqq. Perez. ad Cod. de lib. præt. num.* 13. *Gudelin. lib.* 2. *de jur. nov. c.* 4. Atque ita in utraque Curia Hollandiæ judicatum refert *Neostad. decis. supr. sen.* 99. contra quam Curia Frisiæ apud Sand. *lib.* 4. *tit.* 2. *def.* 2. Argu-
5 mentis, quæ pro contraria sententia afferuntur, ex his, quæ dicta sunt, nullo negotio occurri potest; & sunt pleraque ex eorum genere, quæ Græci ἀντιστρέφοντα vocant, id est, quæ in ipsos auctores retorqueri possunt. Postremo minimi pretii sunt, quæ illi putant esse maximi; quale est, quod sexto loco adducit Bachovius, frustraneam ajens esse eam actionem, in qua actor non potest succumbere, &c. Ergo frustra est, quod posthumis aut infantibus exhæredatis, §. 2. *inf. l. si quis* 33. §. 1. *C. h. tit.* item ex constitutione Justiniani *l. omnimodo* 30. *C. eod.* liberis omnibus exhæredatis, non addito, quia ingrati fuerunt, actio de inofficioso datur: quoniam nunquam non possunt vincere. Considerare debuerant, non frustra esse, quod leges testamentum consistere volunt, ut saltem iis casibus, quos modo commemoravi, incidentibus voluntas defuncti exitum habeat. Ejusdem ponderis est argumentum, quod Bachovius producit vice corollarii, nempe legitimam relinquendam esse liberis titulo institutionis. Ne sit relicta isto titulo, an propterea sequitur, testamentum ipso jure nullum esse? Sed de eo plura inferius. In hisce regionibus passim necessitatem exhæredandorum liberorum, si hæredes non instituantur, non agnoscimus; utpote quæ suorum tantum hæredem propria est, quales hæredes nos non habemus: sed præteritio non matris tantum, verum etiam patris pro exhæredatione habetur, exemplo militarium testamentorum. §. *sed si* 6. *sup de exhær. lib.* Intelligo ut ipso jure valeat testamentum, non quin tanquam inofficiosum rescindi possit, & res ad causam intestati pronuntiatione judicis redigi. Nam querelam inofficiosi modis omnibus etiam nos retinemus, si inique & contra officium pietatis exhæredatio facta proponatur, *vid. Gudelin. lib.* 2. *de jur. noviss. cap.* 5. *Grot. lib.* 2. *manuduct. ad jurispr. Bat. cap.* 18. *Christ. vol.* 4. *dec.* 20. *n.* 8. *Groen. de ll. abrog. hic.*

Inductum est] Verbum *inducere* plurimum refertur ad jus non scriptum, aut ad id jus, quod ex interpretatione prudentum profluxit, *l.* 2. §. 5. *de orig. jur. l. de quibus* 32. *de legib. l. Gallus* 29. *de lib. & posth. l.* 2. *de vulg. & pup.* Unde existimare licet, querelam inofficiosi testamenti non lege aliqua scripta introductam esse; sed moribus, aut, quod probabilius est, interpretatione consultorum. D. Cujacius *lib.* 2. *obs.* 21. ex lege Glicia eam deducit: sed hoc ideo probabile non est, quoniam nullis certis personis nominatim potestas experiundi hoc judicio concessa fuit, *l.* 1. *hoc tit.* à lege autem si foret, certæ personæ expressæ essent, quibus hæc actio competeret. Adhæc si lex aliqua de hoc judicio lata esset, nihil opus fuerat, colorem aliunde quærere, cujus prætextu testamentum, quasi ab homine non sanæ mentis factum, everteretur: quippe quod tunc vigore & auctoritate solius legis rescindi oportuerit. Color autem iste dubium non est quin inventus atque excogitatus sit ab iis, à quibus alia id genus commenta & fictiones omnes manarunt, hoc est, à jureconsultis. Deniq; si lege aliqua hoc judicium constitutum esset; procul dubio mentionem illius legis fecisset *Val. Max. lib.* 7. *c.* 7.

Ut de inofficioso agere possint] Pro eodem Jurisconsulti dicunt, agere, queri de inofficioso, arguere, accusare, dicere inofficiosum; quæ legentibus passim in tit. hujus argumenti occurrunt, ut & nomina querelæ, actionis, accusationis: nullo tamen nomine frequentius hoc judicium designatur, quàm querelæ. Estne ergo querela & ipsa actio, an remedium aliquod ab actione separatum, sive imploratio tantum officii judicis nobilis, ut loqvuntur, eo pertinens, ut testamentum rescindatur, quo rescisso demum agi & hæreditas peti possit; Non est, quod dubitemus affirmare, quod tot locis manifestè traditum est, querelam ipsam actionem & petitionem esse, perque eam sic impugnari testamentum, ut simul vindicetur hæreditas. Qui dicit inofficiosum, eum Papinianus ait hæreditatem petere, *l.* 8. §. *quoniam hoc tit.* Scævola petitionem hæreditatis exercere, *l. qui de* 20. *eod.* Paulus *l. eum qui* 21. §. *ult. eod.* ait, per querelam inofficiosi evinci hæreditatem. Ulpianus vindicari facultates, *l. si instituta* 27. §. 3. *eod.* Triphoninus *l. pen. cont. tab.* filium exhæredatum ex causa querelæ inofficiosi movendæ admitti ad petitionnem hæreditatis. Justinianus hæreditatis petitionem ex nomine de inofficioso constitui, *l. si quis* 34. *C. eod.* Unde quoque est, quod is, qui querelam moturus est, agnoscere debet bonorum possessionem litis ordinandæ gratia, *l.* 6. §. *ult. l.* 7. *l.* 8. *in pr. eod.* l. 2. *C. eod.* Hoc enim non alio pertinet, quàm ut is, qui ex causa inofficiosi hæreditatem petit, hæres esse videatur: quanquam in suis hæc possessio non est necessaria, *d. l.* 7. uti nec aditio, *l.* 14. *de suis & legit.* de quo consule *Vigl. in rubr. &* §. 2. *hoc tit. Duar. cap.* 8. *ad hunc tit. Goveam.* 1. *var. lect. c.* 5. *Vasq. lib.* 3. *de succ. resol. ad l.* 2. *C. eod. Vaud.* 2. *quæst.* 24. *Don.* 19. *comm. cap.* 3. Interpretes comm. & cum his *Sibart. in rubr. C. hoc tit. num.* 3. existimant, querelam esse judicium præparatorium, quo aditus patefiat ad judicium universale seu petitionem hæreditatis, sicut actio ad exhibendum præparatoria est rei vindicationis; atque ita duo hic es-

se

se judicia; quorum alterum, scil. querela, præcedat; alterum, repetitio hæreditatis, sequatur; quod falsum est: nam ipse titulus inofficiosi causa est, ex qua vindicatur hæreditas, *l.3. C. de pet.hær.* neque duo hic judicia sunt, sed unum, quo & testamentum impugnatur & simul petitur hæreditas; sicut per actionem usucapionis rescissoriam & usucapio rescindi petitur & simul res vindicatur: de quo sub *§.5. inf. de actionib.* Planè etsi querela quoque petitio hæreditatis est, in multis tamen differt à petitione hæreditatis simplici, de qua post *tit. de inoff. test. in Pand. & Cod.* generalis titulus datur, quæ hic congerere nimis longum foret. Duo solum argumenta refellam, quibus effici videtur querelam inofficiosi hæreditatis petitionem non esse. Primum tale est: Petitio hæreditatis datur solum adversus eum, qui cum hæres non sit, pro hærede prove possessore possidet, nunquam adversus hæredem, eumve, qui pro hærede sit, bonorum scilicet possessorem aut fideicommissarium, *l.9. cum seqq. de hær. pet.* At querela datur adversus hæredem scriptum, contra fideicommissarium, *l.1. Cod. hoc tit.* contra præteritum, qui accipit bonorum possessionem contra tabb. *l.pen.cont.tab.* Respondeo, scriptum testamento inofficioso hæredem, heredem non esse, utiq; cum eo agi, tanquam qui hæres non sit, utpote scriptus ab eo, qui testamenti factionem non habuisse judicatur, *l. qui repudiantis* 17. *§.1. h. t.* & proinde eum teneri, quasi pro hærede aut pro possessore possideret, ut disertè rescriptum est de eo, cui ex testamento inofficioso restituta est hæreditas, *l.1. C. eod.* Alterum est hujusmodi: Omnis petitio hæreditatis aut ex testamento fit oportet, aut ab intestato, *l.1.2. & 3. de hær. pet.* querela autem inofficiosi ex neutra causa est; non ex testamento, quia datur iis, qui testamento exclusi sunt: non ab intestato; quia quamdiu testamentum extat, causæ intestati non est locus, *l. quamdiu 39. de acq.hær.* Sed patet ex responsione ad objectionem præcedentem, querelam inofficiosi esse petitionem quandam hæreditatis ab intestato, quia prætenditur color dementiæ testatoris; uti & revera si judex contra testamentum pronuntiaverit, res ad causam intestati redit, retroque versus perinde omnia habentur, ac si hæreditas nunquam adita fuisset, *l.6. §.1. l. eum qui 21. §.2. hoc tit.* Stet igitur hæc sententia, querelam etiam ipsam esse actionem, & nimirum speciem quandam petitionis hæreditatis, qua vindicatur hæreditas, tanquam ab intestato delata, ex causa inficiosi testamenti: cum qua sententia ferè vi ipsa convenit, quod Jo. Fab. & alii hic notant, posse querelam cum petitione hæreditatis cumulari. Obiter addo, & per modum contradictionis seu exceptionis querelam induci posse, veluti si exhæredatus sit in possessione hæreditatis, & hæres scriptus hæreditatem petat, *l. 8. §. si filius 13. eod.* adeoque liberum etiam esse exhæredato, simplici petitione hæreditatis experiri, deque titulo excipienti reponere, se queri de inofficioso, atque ita querelam inducere per modum replicationis. *Paul. 4. sent.5.*

Aut iniquè se exhæredatos, aut iniquè præterites] Rursus hæc duo conjungit, exhæredare, & præterire, ut paulo ante, & *Marcell. l.3. eod.* nimirum quia non exhæredatis solum, sed etiam præteritis de inofficioso agere licet; præteritis sc. ab iis parentibus, quorum præteritio vim exhæredationis habet. Et igitur horum alterum, *exhæredatos*, nemo est, qui non videat ad patrem referri alterum, *præteritos*; ad matrem & avum maternum. Quod ideo iterum hic moneo, ut appareat, nullam esse causam, cur interpp. vulgo ex eo, quod auth. *ex causa C. de lib. præt.* generaliter & indefinitè ab Irnerio concepta est, hoc modo, *Ex causa exhæredationis vel præteritionis irritum est testamentum, quantum ad institutionem: cætera namque firma manent*, collegerint, id jus ad præteritionem quoque paternam pertinere, ut quamvis tale testamentum ab initio nullum sit etiam jure novo, tamen hoc jure duntaxat nullum esse quoad institutionem, non quoad cætera capita puta legata, libertates, dationem tutorum: atq; hactenus etiam in proposito jus vetus mutatum, *l. 1. l. filio 17. de injust. rupt. cum similib.* Etenim animadvertere debuerant, Justinianum in *Nov. 115. c.3.* unde dicta *auth.* sumpta est, non aliter loqui, quam hoc ipso loco. Sancit enim, non licere patri vel matri liberos suos exhæredes facere aut præterire, nisi forsan probabuntur ingrati, &c. quæ prædicata propriis subjectis attribuenda sunt, ut exhæredes facere non liceat patri, matri non liceat præterire; quemadmodum hoc loco alterum propriè ad patrem, alterum ad matrem referri constat. Liquet hoc ex eo, quod *d. Novell. c.5.* apertè profitetur, hoc solum sibi propositum esse, ut injuriam exhæredationis & præteritionis à liberis avertat. Jam vero injuria ea propriè est, quæ vel exhæredatione vel ea præteritione infligitur, quæ vim exhæredationis habet, *l.8. in pr. hoc tit. l.4. vers. quod si fuisset circa med. Cod de lib. præt.* Præteritis à patre cum effectu non inferebatur injuria; quippe qui testamentum nullum dicebant: exhæredatis & à matre præteritis inferebatur; quæ etsi vindicabatur judicio de inofficioso, tamen si legitima portio quovis titulo relicta fuerat, quantumvis liberis obsequentissimis, injuria illa manebat. Cui rei occurrere voluit Justinianus, atq; ea de causa constituit, ut non sufficeret in posterum ad excludendam querelam, legitimam quolibet titulo relictam esse: sed necesse esset liberos vel hæredes institui vel exhæredari. Cæterum quia illata per

per exhæredationem aut præteritionem injuria satis tollitur rescissa institutione, sufficere etiam ei visum fuit, institutionem solam rescindi salvis cæteris capitibus, cum olim querela omnia rescinderet. Nihil hoc pertinet ad præteritionem paternam, ex qua causa testamentum aut ab initio nullum est, aut rumpitur agnatione sui hæredis, aut per bonorum possessionem contra tabulas evertitur; neque ad eam produci sine insigni liberorum læsione potest. Atque hanc sententiam Azoni & plerisque veterum probatam fuisse, testatur *Ias. in d. auth. ex causa n.* 1. sequitur *Cajac. in l. filio* 17. *de injust. rupt. Govean. in l.* 1. *de vulg. & pup. n.* 27. *Wesemb. ad §.* 5. *sup. de exhær. lib. diss. vulgo Dd.* & ex recentioribus *Duar. in tit. de injust. rupt. c.* 3. *Donell. in d. auth. n.* 6. *&* 7. *Connan.* 9. *comm.* 8. Sunt, qui interesse existimant, utrum præteritio ignoranter à patre facta sit, an scienter: illo casu totum testamentum corruere, nisi adjecta sit clausula codicillaris: hoc autem sive posteriore casu legata & fideicommissa firma manere: quæ sententia præjudiciis curiarum supremæ jurisdictionis robur accepit, *Ant. Fab. C. suo de lib. & posth. defin.* 1. *Christin. vol.* 4. *decis.* 9. & probatur D. Tuldeno *in comm. hic c.* 1. Cæterum vide, quæ sup. *num.* 5.

Hoc colore quasi non sanæ mentis fuerint] *L.* 2. *l.* 5. *§.* 1. *l. Titia* 13. *eod.* ac proinde quasi testamenti factionem non habuerint, *l. qui repudiantis* 17. *§.* 1. *eod.*
8 Unde etiam est, quod cum contra testamentum pronuntiatum esset, nihil ex eo testamento valebat, *l.* 8. *§. pen. d. l. Titia l. cum mater* 28. *eod.* Quæsitus autem hic color fuit, ne sani hominis testamentum impugnari videretur contra auctoritatem legis duodecim, quæ liberam undiquaque potestatem testandi patrifam. concedit, *l. verbis* 120. *de verb. sign.* Maximè autem liberis hoc colore iniquitatem exhæredationis tegere convenit ob verecundiam. Bartolus in *d. l. Titia* putat colorem istum dementiæ jam non amplius prætexi posse, quia demens videri non potest, qui filium ex justa causa exhæredat: præsupponit enim, non aliter querelæ locum esse. Sed ut ita sit, quid si falsum sit elogium? quod præsumitur, si ab hærede non probetur. Nunquid falsam causam objicere filio immerenti contra officium pietatis propè furiosi hominis esse videtur? Planè dicendum hodie est, colorem istum furoris tantum prætendi ad rescindendam institutionem, quod testamenti principale est, cum cætera capita tanquam à sano homine facta beneficio novæ legis conserventur, *d. auth. ex causa*, ita contra Bart. Viglius & Myns. hic disputant.

Non quasi vere furiosus sit] Cujus testamentum inofficiosum arguitur, quasi demens, non verè demens dicitur, *l.* 2. *l.* 5. *§.* 1. *h. t.* nam qui filium immerentem exhæredat, patrem qui præterit, prope à furioso abesse fingitur, eo quod non sentiat, sibi se esse injurium, cum liberis aut parentibus injuriam facit. Quod vero testamentum à vere demente factum est, id inofficiosum accusari non potest, quia nullum est, factum quippe ab eo, qui testamenti factionem non habet: ac proinde hoc non attento recta succeditur ab intestato.

Nec ex officio pietas] Καὶ αὐτῆς τῆς φύσεως σχεδὸν ἐξελθὼν ἀπώλεσε τὸ πατέρα, τὸ φιλόστοργον, τὸ ἥμερον, &c. *ipsamque deserens naturam, exuit nomen patris*, &c. quod probe à furore abest.

TEXTUS.

Qui de inofficioso agunt.

1. *Non autem liberis tantùm permissum est, testamentum parentum inofficiosum accusare, verùm etiam liberorum parentibus. Soror autem & frater turpibus personis scriptis hæredibus prælati sunt. Non ergò contra omnes hæredes agere possunt. Ultra fratres igitur & sorores cognati nullo modo aut agere possunt, aut agentes vincere.*

NOTÆ.

1. *Inofficiosum accusare*] Pro eodem dicunt nostri, agere, queri de inofficioso, arguere, accusare, dicere inofficiosum. Una autem eademque actione & rescindi testamentum petitur, & vindicatur hæreditas tanquam ab intestato, *l.* 8. *§.* 8. *l.* 20. *l.* 21. *§. ult. l.* 27. *§.* 3. *eod.* Cujac. *par. C. eod.*

Etiam parentibus] *l.* 1. *eod.* quippe quibus turbato ordine mortalitatis, non minùs, quàm liberis piè relinqui debet, *l.* 15. *eod. l.* 7. *§.* 1. *si tab. test.* Datur autem querela non patri solùm, sed etiam matri, *d. l.* 1. *l.* 14. *& seq. eod.* nec interest, exhæredati sint, an præteriti, dummodò iujustè. Nam ex justa causa, una illarum octo, quæ enumerantur *Nov.* 115. *c.* 4. cum effectu exhæredari possunt, modò exhæredationi addatur elogium.

Soror & frater] Hæbreorum jure uterini pro fratribus non habebantur. *Mos. Maimonid.*

Aut agentes vincere] Si tamen egerint, & nemine eos repellente obtinuerint, prodest eorum victoria proximis ab intestato, *l.* 6. *§.* 1. *eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Qui liberi de inofficioso agere possint.*
2. *Cur placeat etiam parentibus querelam dari, & quibus quando detur.*
3. *Contra rationem juris tàm veteris, quàm novi, esse videri, quod statim post liberos ad querelam admittantur parentes; quam difficultatem pauci cernant.*
4. *An jure novissimo fratres unà cum parentibus ad querelam*

lam admittendi, aut illis saltem prosit horum victoria.

5. *An fratres uterini hodiè cum consangvineis concurrere debeant, aut his vincentibus illi quoque ad successionem ab intestato venire.*

6. *An spurii in quæstione proposita pro turpibus personis habendi.*

NOn *autem liberis tantum*] Querela inofficiosi testamenti primo competit liberis: & merito; quoniam prima eorum causa est in successione ab intestato: utpote quibus ratio naturalis, quasi lex quædam tacita, parentum hæreditatem addicit, velut ad debitam successionem eos vocando, 1 *l.7. de bon. damnat.* daturque liberis omnibus cujuscumque sexus aut gradus sint, & tam emancipatis, quam in potestate constitutis, *l.7. hoc tit. l.8. in pr. cont. tab.* item qui nunquam in potestate fuerunt, *§. ult. sup. de exhær. lib.* tam adoptivis, quam ex nuptiis quæsitis; servata tamen distinctione, *l. pen. C. de adopt.* In impubere arrogato speciale est, quod queri non potest, quia quartam habet ex constitutione D. Pij. *l.8.§. si quis 15. hoc tit.* Datur & legitimatis per *§.2. inf. de hær. quæ ab int. Nov.89.* Datur non tantum liberis jam natis, verum etiam posthumis & tam alienis quam suis, *l.6. in pr. eod. §. seq. in fin.* ubi plura. Illud pene supervacuum, monere, querelam competere iis liberis duntaxat, qui jus succedendi habent: nam qui non habent, cum iis neque legitima debeatur, de inofficioso queri non possunt. Proinde liberi illegitimi, sive vulgo quæsiti sive nati ex concubina patris, testamentum inofficiosum non dicunt: de matris autem agere possunt, *l. si suspecta 29. §. 1. eod. vid. Bart. Salic. Castr. in l. pen. C. ad sen. Orfic.* Ex privilegio est, quod de inofficioso testamento militis nemo queri potest, *l. Papinianus §. si quis 4. l. si instituta 27. §.2. eod. l.9. l. testamentum 24. C. eod.* DD. plerique *in d. l.9.* tradunt, hodie etiam militum testamenta querelæ esse obnoxia, & ita usu servari. Autumn. *ibid.*

2 *Liberorum parentibus*] Post liberos secundo loco querela datur parentibus. Nam etsi parentibus non debetur filiorum hæreditas propter votum parentum & naturalem erga filios caritatem: turbato tamen ordine mortalitatis non minus parentibus, quam liberis pie relinqui debet; ut bene & pie Papinianus in *l. nam etsi 15. hoc tit.* Id autem hanc habet sententiam: etsi naturæ ordo parentumque affectio & votum hoc sit, ut liberi supervivant & succedant parentibus, atque idcirco non sic parentibus, quos sola ratio miserationis admittit, liberorum debeatur hæreditas, uti liberis parentum, quos admittit naturæ simul & commune parentum votum, ut idem Papinianus scribit *in l.7. §.1. unde lib.* tamen turbato ordine mortalitatis, id est, si contingat liberos prius ex hac vita evocari, & præpostera atque immatura morte abripi vivis adhuc parentibus, rationem pietatis seu miserationis exigere ut ne parentes à luctuosa liberorum suorum hæreditate excludantur. Ex quo porro intelligimus, contra officium pietas facere liberos, qui parentes suos sine causa exhæredant aut prætereunt, atque ob eam causam parentibus quoque actionem de inofficioso dari. Datur autem parentibus itidem omnibus sive masculis sive fœminis, *l.1. l.14. & seq. eod. l. cum filium 17. Cod. eod.* qui modo ad successionem liberorum vel legitimo jure vel honorario venturi fuissent; de quo statuendum ex iis, quæ de liberis dicta sunt. Exhæredati sint parentes, an præteriti, nihil interest: nam hæc in linea adscendentium & collateralium non differunt. Cæterum ut effectum habeat exhæredatio aut præteritio, tutumque sit testamentum ab expugnatione, cum elogio hic quoque facienda est, & vel una saltem ex causis, ob quas parentes exhæredari aut præteriri permisit Justinianus, testamento inferenda, *Nov.115. c.4.* Causæ autem hujusmodi admissæ octo tantum, quæ ordine enumerantur *d.c.4.§.1. & seqq.* nimirum pauciores hic causæ sunt, quam in liberis, propterea quod parentibus multa conceduntur in liberos, quæ à liberis in parentes commissa pœnam merentur. Illud difficultate non caret, quod parentes statim post liberos ad querelam admittimus, sive veteris juris rationem consideramus, sive novi Justinianei. Nam ante novellam Justiniani legem fratrum prior atque potior in querela, quam parentum causa fuisse videtur, *arg. l.4. Cod. de bon. quæ lib. l.2. Cod. ad Tertull. l. ult. Cod. comm. de success. princ. sup. quib. non est perm. fac. testam. vers. si vero*, quibus locis ad successionem ab intestato demum post fratres patrem vocari legimus. Jam vero ratio juris postulat omnino, ut quo quisque ordine ad successionem à lege vocatur, eodem ordine admittatur ad querelam, per quam res ad causam intestati redigitur: quo enim quisque potiore jure est in causa successionis, eo majorem exhæredatus aut præteritus patitur injuriam. Fac ergo, verbi causa, Titium, cum patrem & fratrem haberet, utroque præterito hæredem instituisse in bonis castrensibus: quid tam absurdum est, quam si dicamus, patrem solum queri de inofficioso posse, exclusoque fratre hæreditatem consequi, ad quam testamento non facto solus frater venisset excluso patre? *d. princ. vers. si vero sup. quib. non est perm. fac. testam.* Ego non dubito, quin à posteriobus Principibus istud constitutum sit, non animadvertentibus, quæ inde consecuta esset veteris juris perturbatio. Nam si de jure, quod in Pand. relatum est, quæratur, filiusfamil. hæredem ab intestato habere non poterat, sed pater jure peculii bona, quæ filii fu-

eiant

erant, (alia autem, quam castrensia & quasi castrensia non erant) occupabat, *l. 2. l. 9. de castr. pec.* Quod si filius de his bonis, quod ipsi permissum erat, testamentum fecisset, id testamentum querelæ non erat obnoxium; atque id jus etiam Justinianus confirmavit, *l. ult. C. hoc tit.* Cæterum sustulit *Nov.* 115. *cap.* 4. *in pr.* ut verba illa, *in quibus habent testandi licentiam,* manifestè ostendunt. In successione autem filii emancipati pater manumissor præferebatur defuncti fratribus, & omninò jure patris potior erat, ut mirum non sit, in querela quoque fratribus prælatum fuisse: quæ omnia à me copiosius tractata sunt sub §. *ultim. infr. de leg. agn. success.* Mater ex Senatusconsulto Tertulliano ad legitimam hæreditatem liberorum vocata fuit, ita tamen, ut fratres consangvinei matrem excluderent, §. 3. *infr. de sen. Tertull.* Unde sequi videtur, eos etiam ad querelam ante matrem admissos fuisse. Nihil tamen definio.

4 Novissimo jure, postquam placuit fratres defuncti unà cum parentibus admitti ad hæreditatem, *Nov.* 118. *cap.* 2. dicendum videtur, etiam simul eos cum parentibus admitti ad querelam: aut si hoc minus placet, dicam, fratres saltem admittendos parente repudiante, utique si turpis persona instituta sit: quippe cum tunc ex sua persona frater querelam movere possit. Utut est, illud extra controversiam positum esse debet, victoriam parentum fratribus quoque prodesse, cum nulla sit ratio, cur rescisso testamento, & re ad causam intestati deducta, fratres excludantur. Et ita quoque sentiunt *Ioan. Fabian. Ang. Baro & Mynsing. hic* licet aliud Viglio & D. Tuldeno *ad tit. de hæred. quæ ab int. cap.* 8. videatur, putantibus, hoc pacto fraudem legi fieri: sed falso; cum maximè sit ex sententia legis, ut fratres unà cum parentibus ab intestato succedant, *d. Nov.* 118. *cap.* 2. Neque novum est, ut quis aliquid commodi propter tertium percipiat, quod per se ipse non habuisset, *l. cum hæreditate* 55. *de acquir. hæred. l.* 10. *§. ult. contr. tab. l.* 3. *in fin. quæ res pign. dar. l.* 10. *quemad. serv. am. l.* 5. *§.* 2. *ad SC. Tertull.* Apud nos iis demum in locis parentes ad querelam admittuntur, ubi vocantur ad successionem: de quo *sub d. tit. de hær. quæ ab int. add. D. Coren. observ.* 10. *num.* 8. *& seqq.*

Soror autem & frater] *l.* 1. *hoc tit. l. fratris* 21. *C. eod.* Fratres autem & sorores hic intelliguntur germani aut consangvinei sive ὁμοπάτριοι; nam uterini ab actione de inofficioso contra testamentum fratris aut sororis penitus arcentur, *l. fratres* 27. *C. eod.* Hodie vero cum fratres uterini in successione concurrant cum fratribus consanguineis, consequens est, ut etiam in querela cum iisdem concurrant, aut saltem vincentibus illis simul ad successionem intestati veniant.

Turpibus personis] *d. l. fratres* 27. *C. hoc tit. l.* 3. *C. Theod. eod.* Itaque fratribus querela datur, non simpliciter; ut præteritis, sed ut postpositis turpi personæ; atque adeo odio scripti hæredis. Cum autem turpis persona definiatur à Constantino, *quæ vel turpitudinis vel infamiæ vel levis notæ macula aspergitur, d. l. fratres.* Quæsitum est de spuriis, num & illi talium personarum numero habendi. Spuriorum causam 5 cum DD. comm. defendunt Gabriel Paleot *tract. de nothis spuriisq. lib. c.* 55. *& seqq. Hartm. Pistor. lib.* 1. *quæst.* 30. *n.* 26. *& seqq. D. Tuldem. hic, c.* 3. quia ajunt, neque jure infames sunt, neque ipsi quicquam admiserunt, quod existimationem eorum lædat apud bonos viros: *crimen autem paternum nullam maculam filio infligere posse, l. crimen* 26. *de pœn. nativitatem, quæ vitio aut culpæ verti nemini potest, pœnæ esse non debere: undecunque homines nascuntur, si parentum vitia non sectentur, honestos esse. Augustin. cap. undecunque, dist.* 56. Cæterum ut hæc vera sint, negari tamen non potest, quin labes aliqua & macula spuriis adhæreat, non quidem ex facto sic nascentium, ceu pœna iniusta; sed ex vitio ac defectu natalium contracta: unde eos opprobria per omnem vitam comitantur, quæ nullo modo elui possunt, ut scribit Plut. *lib. de educ. lib.* vixque est, ut defendi possit, eum, qui ex vulgivaga Venere & improbata gentibus omnibus conjunctione natus est, qui nec gentem, nec familiam, nec patrem habet, pro integra & legali persona, ut loqvuntur, habendum esse. Qua de re eleganter disserit vir doctissimus Arnisæus *lib.* 2. *de repub. c.* 2. *sect.* 13. Illud equidem minime concedo, quod *Cov.* 2. *de spons.* 8. *n.* 11. *Card. Tusc. concl.* 454. *n.* 17. statuunt, meretricem, quæ postea nupsit, pro persona infami habendam non esse, propterea quod præcedens dedecus purgetur matrimonio. Non enim aboletur turpitudo, quæ postea intermittitur, *l.* 43. *§.* 4. *de rit. nupt.* utique manet adhuc litura prostitutæ quondam pudicitiæ; at excluduntur à fratre, qui vel levis notæ macula adsperguntur. Pœnitentia quidem & vitæ emendatio abolent delicti notam coram Deo: at non in hujus seculi tribunalibus, *l.* 56. *de furt. l.* 5. *vi bon. rapt.* Ut autem turpis persona instituta sit, non tamen statim frater ad querelam admittitur. Quid enim si ipse eadem turpitudine, qua hæres scriptus laboret? Nihil hic habet frater, quod hæredi objiciat, *arg. l.* 11. *C. hoc tit. l. cum mulier* 47. *sol. matr.* Removet præterea fratrem & ingratitudo ex tribus causis expressis *Nov.* 22. *c.* 47. easque causas opponi ab hærede & probari sufficit, etiamsi à testatore objectæ non fuerint. Nihil enim juri veteri in hoc derogatum est. *Gudelin. de jur. Nov. lib.* 2. *c.* 8.

Ultra fratres & sorores, &c.] Cognatos, qui sunt ultra fratrem, Ulpianus in *l.* 1. *hoc tit.* hortatur, ne se sumptibus inanibus vexent, eo quod in lite de inofficio-

officioso obtinere spem non habeant. Ex quo explicandum est, quod Justinianus hic simpliciter ait: eos nullo modo agere posse aut agentes vincere: item quod Dioclet. & Maxim. rescribunt, *in l. fratris 21. C. eod.* neminem eorum qui ex transversa linea veniunt, exceptis fratre & sorore, ad inofficiosi querelam admitti; nimirum non admitti, agere aut agentes vincere, suoque jure testamentum evertere non posse, si exceptio iis objiciatur non competentis querelæ. Plane enim si egerint, & nemine forte eos repellente obtinuerint, testamentum jure rescissum manet, remque proximi ab intestato auferunt, *l.6. §.1. eod.* Similem superioribus quæstionem peperit constitutio Justiniani *Nov.118. c.3.* ubi cum fratribus defuncti ad successionem admittit fratrum demortuorum filios: de hac autem quæstione idem, quod de præcedentibus, judicium esto.

TEXTUS.

Qui alio jure veniunt, de inofficioso non agunt.

2. *Tam autem naturales liberi, quam secundum nostræ constitutionis divisionem adoptati, ita demum de inofficioso testamento agere possunt, si nullo alio jure ad defuncti bona venire possint. Nam qui ad hæreditatem totam vel partem ejus alio jure veniunt, de inofficioso agere non possunt. Posthumi quoque, qui nullo alio jure venire possunt, de inofficioso agere possunt.*

NOTÆ.

1. *Naturales liberi*] Id est, justis nuptiis quæsiti; *v. sup. de adopt. in pr.* quibus exæquati & qui postea facti legitimi. *Nov.89.* Matris autem testamentum etiam spurii inofficiosum dicunt, *l.29. §.1. eod.*

Nostræ constitut. divisionem] Adoptati ab ascendente queri possunt, ab extranea persona non possunt. Constitutio est *l.pen. C. de adopt.*

Alio jure veniunt] Igitur impuberes adrogati queri non possunt, quia quartam habent ex constitutione D. Pii, *l.8. §.15. h.t.* nec sui nec emancipati præteriti à patre, quia illorum præteritio patrem intestatum facit, hi habent contra tabb. *sup. de exh. lib.* quam ob causam querela dicitur ultimum adjutorium, *l.ult. Cod. de lib. præt.* ἐσχάτη βοήθεια. Th.

Posthumi qui nullo alio jure] Ac proinde non aliter, quam si sint exhæredati: nam & posthumi sui & quasi posthumi præteriti, agnascendo aut quasi agnascendo testamentum rumpunt: ex filio concepti post emancipationem bonorum possessores efficiuntur, *l.1. §.1. l.3. pr. cont. tab. §.1.2. & 5. sup. de exhib. lib.* Cæteri post humi alieni aliud remedium non habent, *l.6. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1. *Quam rationem habeat, quod qui alio jure venire possunt, ad querelam non admittantur.*
2. *Cur parenti manumissori querela detur, cum contra tabulas petere possit.*
3. *Quando posthumis querela necessaria: & num idem adhuc hodiè.*

S*Ecundum nostræ constitutionis divisionem*] Intelligit constitutionem, quæ extat in *l. pen. C. de adopt.* cujus crebra in hisce libris mentio, *§.2. sup. de adopt. §.5. sup. de exhær. lib. §.1. tit. præc. §. sed ea. 14. inf. de hær. quæ ab int.* Significat autem, ex sua constitutione eos duntaxat liberos à patre naturali in adoptionem datos queri de inofficioso patris testamento posse, qui dati sunt personæ non extraneæ, puta avo aut proavo materno. Illud sæpe monuimus, perpetuum esse in jure nostro, ut cum liberi naturales opponuntur liberis adoptivis, per eos significentur liberi ex justis nuptiis procreati, *l. 1. §. liberos 6. unde lib. l. 1. §.2. de suis & legit. sup. de adopt. in pr. §. 2. inf. de hær. quæ ab int.* quanquam matris testamentum etiam naturales illegitimi, adeoque spurii, inofficiosum dicunt, *l. si suspecta 29. §. 1. hoc tit.*

Qui ad hæreditatem, &c. alio jure veniunt, de inofficioso agere non possunt] Hoc, credibile est, introductum esse, ut quoad fieri posset, salvo jure exhæredati aut præteriti, existimationi testantium parceretur, quos querela dum quæsito colore cæcitatem mentis obtendit, revera nec humane, nec piè fecisse arguit. Estque querela remedium extraordinarium & subsidiarium; cujusmodi concedi non solet ei, qui communi & ordinario auxilio munitus est, *l. in causæ 16. de minorib.* Proindè, qui testamentum nullum, ruptum aut irritum dicere potest, inofficiosum non dicet; nisi fortè justâ causâ sit dubitandi, an alio remedio æquè cautum sit agenti: tunc enim eligere licet, *l. 8. §. si quis 12. hoc tit. fac. l. 7. §. 3. de dol.* & si quis, exempli gratia, nullum dixerit, nec obtinuerit, non prohibetur posteà de inofficioso queri, *l. contra 16. & ibi Sichard. Cod. eod.* Pari ratione liberi emancipati præteriti, quia jure honorario ad bonorum possessionem contra tabulas admittuntur, de inofficioso agere non possunt, *l. si ponas 23. eod.* In summa de inofficioso agere non potest, nisi qui omni alio auxilio tum civili tum prætorio destitutus est: quam ob causam querela inofficiosi ultimum dicitur adjutorium, *l. ult. vers. nam cum ultimum, C. de lib. præt.* ἐσχάτη βοήθεια, Theoph. Sed hic jam quæret aliquis, cur igitur patri à fi-

lio emancipato præterito querela datur inofficiosi, cum *bonorum filii possessionem contra tabulas* petere possit? *tit. si à par. quis man.* In promptu responsio est, hanc bonorum possessionem non dari patri, tanquam patri, sed tanquam manumissori & patrono: nam emancipatus à parente in ea causa est, ut in contra tabulas bonorum possessione liberti exitum patiatur, *l. 1. in pr. d. tit.* ut patronus igitur contra tabulas agit; ut pater, querela inofficiosi. Et longè diversa est ista bonorum contra tabulas possessio ab ea, à qua excluduntur exhæredati & similes exhæredatis præteriti, *l. 8. in pr. cont. tab.* quæ ad parentes non pertinet, sed tantùm ad liberos à patre præteritos & maximè emancipatos, *l. 1. & pass. d. tit.* Considerandum quoque est, bonorum possessionem, quæ ad exemplum patroni patri datur, non esse remedium ejusdem potestatis, nec æquè plenum, ac querela: cum querela totum testamentum rescindat, bonorum autem ista possessio constitutæ tantùm partis plerumq; detur, *l. 3. si à par. quis.* Nocere autē parenti non debet, quod jura patronatus habeat, cum sit & pater, uti disputat Jurisconsultus *d. l. 1. §. ult.* & tralatitium apud nostros est, posse cum ordinario remedio concurrere extraordinarium, quoties hoc plenius est, atque expeditius. Plane qui de inofficioso acturi erant, accipiebant quidem etiam bonorum possessionem, sed eam, quæ litis ordinandæ gratiâ querentibus erat necessaria, ut justo titulo niti, & hæreditatem petere viderentur, *l. 6. §. ult. l. 7. l. 8. in pr. hoc tit.* Cæterum ea bonorum possessio sine re & effectu erat: neque enim ideò scriptis hæredibus bonorum possessio auferebatur, *l. 2. C. eod.* cujus rei etiam supra meminimus *ad §. pr. hujus tit.*

3 *Posthumi quoque, qui nullo alio jure.*] Constat, jure veteri liberos omnes exhæredatos pari hac in re conditione fuisse, ut nec jure civili nec prætorio testamenta parentum turbarent, unamque tantùm illis superfuisse querelam inofficiosi testamenti, *l. 8. in pr. cont. tab.* Idque ita erat, sive causæ ingratitudinis testamento adscriptæ essent, sive non essent; sive constaret liberos ingratos non fuisse, sive constaret ne ingratos quidem esse potuisse: ideoque in infante quoque exhæredato valebat testamentum, necessariaque erat exhæredato inofficiosi querela: quod jus à Justiniano quoque confirmatum, *l. si quis 33. §. 1. Cod. hoc. tit.* Posthumo non tantùm exhæredato, verùm etiam præterito valebat ab initio testamentum: sed præteritus alio jure veniebat, quia nativitate ejus rumpebatur testamentum: exhæredatus non rumpebat, sed ad rescindendum testamentum non ei minus, quàm cæteris liberis exhæredatis; querela opus erat. Hoc itidem jus confirmavit Justinianus *l. omnimodò 30. §. 1. Cod. eod. & hoc nostro §.* Pro exhæreditatione reputamus etiam eam præteritionem, quæ à matre aut avo materno facta est, *§. ult. sup. de exhær. liber.* Cæterum non perstitisse in eo jure Imperatorem, totumque hoc abrogasse, *Nov. 115. c. 3.* plerisque interpretum nostrorum visum fuit. Qui sic ratiocinantur: Si ex *dict. Nov.* testamentum ipso jure nullum est; cum liberi, in quos cadere potest ingratitudo, exhæredati sunt sine expressione justæ causæ ingratitudinis, multò magis ubi nulla esse potest exhæredationis causa, ut in infante & posthumo, testamentum his exhæredatis nullum erit, aut agnatione posthumi rumpetur: ac proinde cum alio jure ex *d. Nov.* veniant, ad querelam non debent admitti. Mihi verò contra videtur sententia ista constitutioni Justiniani planè adversari. Jubet quidem Justinianus, liberos exhæredari justis de causis, easque adscribi; cæterum non ut testamentum ab initio constet, sed ut si contra factum sit, rescindatur, ne exhæredatio noceat; caveatque nominatim, ne noceat solis liberis, non ut aliis ea prosit; quod futurum est, si, testamentum non rescindi, sed nullum esse, dicimus. Quamobrem statuimus etiam, post *d. Nov.* dummodò liberi, quicunque erunt, ritè sint exhæredati secundum formam juris veteris, quantumvis nulla sit causa exhæredationis, aut non sit adscripta, jus antiquum manere, & querelam solam exhæredatis dari, etiam posthumis & infantibus. Pluribus argumentis, quibus hæc sententia stabilitur, usus sum *ad pr. hujus tit.*

TEXTUS.

De eo, cui testator aliquid reliquit.

3. Sed hæc ita accipienda sunt, si nihil eis penitus à testatoribus testamento relictum est. Quod nostra constitutio ad verecundiam naturæ introduxit. Sin verò quantacunque pars hæreditatis, vel res, eis fuerit relicta, de inofficioso querela quiescente, id quod eis deest, usque ad quartam legitimæ partis repleatur; licet non fuerit adjectum, boni viri arbitratu debere eam compleri.

NOTÆ.

3. *Nostra constitutio ad verecundiam naturæ.*] Ipsorum parentum gratia: nam cujus testamentum a inoffi-

inofficiosum dicitur, ejus opinio læditur & pudor suggillatur, dum insimulatur dementiæ. Plin. 5. *Epist.* 1. constitutio est, *l.* 30. *C. hoc tit.*

Quod deest repleatur] Condictione ex *d. l.* 30. quæ actio diversa est ab illa de inofficioso. Condictio illa perpetua est, atque ad hæredes transmittitur; querela finitur quinquennio, *l.* 8. §. *ult.* & *l. seq. eod. l.* 34. *C. eod.* nec transmittitur, nisi præparata, *l.* 6. §. *ult.* cum 2. *ll. seqq. eod* illam excludit agnitio relicti, hanc non item.

Licet non fuerit adjectum] Quod adjicit olim ad excludendam querelam necessarium, *l.* 25. *eod. l.* 4. *C. Th. eod.* Alioqui etiam hæres in minore parte institutus queri poterat *l.* 3. *C. eod.* excepto quod fratribus cohæredibus adjectis quartæ petebat suppletionem. Paul. 4. *tit.* 5.

COMMENTARIUS.

1. *Ius vetus, & quatenus ab eo paulatim recessum constitutionibus Iustiniani.*
2. *Auctio portionis legitimæ, & an ea quoque ad parentes & fratres pertineat.*
3. *An ut augeri & minui legitima potest, ita & in totum tolli.*
4. *Si minus legitima relictum, quâ actione, quod deest, petatur: & quibus rebus ea actio differat à querela inofficiosi.*

IN hoc loco explicando multum operæ Wesembecius posuit; alii, ut Vigl. Myns. Hotom. leviter tantùm eum perstrinxerint. Difficilem
1 sanè reddit crebra juris mutatio. Veteres juris auctores putaverunt, testamentum, in quo debita legibus portio iis, qui queri possunt, relicta esset, pro inofficioso aut contra pietatem facto habendum non esse. Cæterum, ut id ab expugnatione immune esset, totam legitimam, id est, quartam integram debitæ portionis ab intestato, ex judicio defuncti, eos habere voluerunt, sive in hæreditate, sive in legato aut fideicommisso, *l.* 8. §. *si quis* 6. & §. 8. *hoc tit.* Si minus relictum esset, querela iis non denegabatur, nisi judicium defuncti agnitione relicti aut quavis ratione comprobassent, *d. l.* 8. §. *conditioni* 10. *l. si pars* 10. §. *ult. l. nihil* 12. *l. filius* 22. *l. pen.* §. 3. & 4. *ult. eod.* Planè si expresse in hoc aliquid datum fuisset, ut in quartam haberetur, neque id quartam æquaret, boni viri arbitratu repleri poterat, *l. si non mortis* 25. *eod.* Paulus quoque *lib.* 4. *sent.* 5. scribit, filium ex minore parte institutum, cui fratres cohæredes dati sint, jure desiderare, ut portio debita suppleatur, citra inofficiosi quærelam. unde simul apparet, adjectis extraneis secus fuisse, *fac. l.* 3. *C. hoc tit.* Illud omninò certum est, quando testator nominatim cavisset, ut si minus relictum esset, suppletio ad modum quartæ fieret, tunc cessante querela, id ipsum boni viri arbitratu hæredem supplere debuisse, *l.* 4. *C. Theod. eod.* Illud igitur hic apprimè notandum, olim ita jus fuisse, ut non tam ipsa exhæredatio aut præteritio querelæ faceret locum, quam quartæ sive legitimæ portionis per exhæredationem aut præteritionem ademptio: atque hinc evenisse, ut & is, cui exhæredato pars legitima relicta esset, à querela repelleretur; & is, qui ex minore parte, quam quæ legitimam conficeret, hæres institutus esset, datis cohæredibus, admitteretur ad querelam, ut perspicue probat d. locus Pauli, & Ulpiani quoque in *d. l.* 8. §. *quarta* 9. quod quia in principio omissum est, hic annotare libuit. Videamus nunc quatenus Justinianus ab hoc jure recesserit ea constitutione, cujus hic meminit, & quæ extat in *l. omnimodo* 30. *Cod. hoc tit.* Is vetera jura intacta servari expresse voluit, id est, querelam inofficiosi locum habere, cum nihil exhæredatis aut præteritis testamento relictum est, §. 1. *d. l. omnimodo* & *l. seq.* At si ei, qui queri poterat, aliquid relictum sit vel in hæreditate, vel in legato aut fideicommisso, id satis Imperatori visum est ad excludendam querelam confirmandumque testamentum; jubetque hoc casu id quod deest, usque ad portionem legitimam suppleri, licet testamento adjectum non fuerit, ut boni viri arbitratu suppleretur, *d. l. omnimodo, in pr.* quod etiam repetit *l. quæ nuper* 31. & *aliquot seqq. C. eod.* & exprimit hoc §. Loquitur generaliter, profiteturque se hoc constituisse, ut amputaret innumerabiles occasiones subuertendi ultimas hominum dispositiones, atque in eo respexisse ad verecundiam naturæ. Ac proinde Wesembecio assentiendum non est, qui arbitratur, in una tantum specie, cum scilicet nominatim aliquid in quartam seu pro legitima relictum est, correctioni constitutionis & suppletioni locum esse: sin autem simpliciter quid relictum sit, queri etiamnum exhæredatis licere, nec d. constitutionem refragari. Alia constitutione Imperator sancivit, ut etsi quis relictum aut inter vivos sibi donatum, ut id ei in quartam imputaretur, post obitum defuncti agnoverit, aut retinuerit, non idcirco tamen impediretur actione expletoria id, quod legitimæ deest, persequi; nisi agnoscens adjecerit, nullam sibi superesse de repletione quæstionem *l. si quando* 35. §. 2. & 3. *C. eod.* Novissimo jure non tam debitæ portionis per exhæredationem ademptio, quam ipsa exhæredatio per se querelam inducit: adeo ut quamvis quartam liberi aut parentes habeant, si tamen immerenter reperiantur exhæredati, conqueri non prohibeantur. *Novell.* 115. *cap.* 3. 4. & 5. de quo accuratius sub §. *ult. inf. eod.*

Ad

Ad verecundiam naturæ] Ne scilicet temere atque irreverenter liberi prosiliant ad impugnanda ac rescindenda testamenta parentum, quorum ut persona, ita & voluntas sancta iis esse debet: & in universum, ut aliorum quoque pudori consulatur, nec tam crebra sit occasio suprema hominum judicia evertendi, tanquam impia atque inhumana, quæsito colore ac prætextu furoris, *d. l. omnimodo in pr. Cod. hoc tit.* Nam is, cujus testamentum inofficiosum dicitur, dementiæ videtur insimulari: ejus certe opinio læditur, & pudor suggillatur. *Plin. 5. epist.* 1. Igitur post introductam actionem ad supplementum neque institutis in parte aliqua hæreditatis, neque iis, quibus exhæredatis per legatum aut fideicommissum aliquid relictum esset, quantumvis minus legitima portione, querela amplius competiit; sed iis solis, quibus nihil omnino relictum erat neque in hæreditate, neque in re alia, *d. l. omnimodo, & l. seq. Cod. eod.* Nemo vero putet, si testator filio, quem in potestate habet aut habuit, præterito, quartam partem, verbi causâ, legaverit, prohiberi constitutione Justiniani testamentum nullum dicere, aut bonorum possessionem contra tabulas accipere: nam ad ea tantum patrum testamenta constitutio pertinet, quibus filii in potestate constituti aut emancipati legitime exhæredati sunt, ut alio remedio attentari aut infirmari non possint, quam subsidiario querelæ, §. 2. *prec.*

Ad quartam legitimæ partis] Legitimam partem hic vocat totam illam portionem, quæ jure legitimæ successiones ex bonis defuncti liberis, parentibus, fratribus debetur. Plerumq; tamen ipsa quarta, ad quam in proposito repletionem fieri vult, legitima dicitur; item debita portio, & debitum bonorum subsidium, *l. 8. §. unde 11. h. t. l. 5. C. de inoff. don.* Græcis
2 τὸ νόμιμον μέρος. Atque adhuc hodie quarta passim appellatur, nimirum quia jure antiquo quarta pars fuit ejus, quam dixi, portionis, scilicet quæ ad eum, qui queritur, perventura fuisset, si paterfamilias intestatus decessisset, *l. 8. §. si quis mortis 6. eod.* Quo primùm tempore aut quâ lege modus hujus portionis sic definitus sit, non liquet. Justinianus quantitatem auxit in liberis, proque quarta substituit tertiam, in liberis pluribus quatuor etiam semissem, *Nov.* 18. quod augmentum, etiam ad parentum legitimam ratione trientis pertinere statuunt comm. DD. hic & in *auth. novissima, C. hoc tit. Graff.* §. *legitima, quæst.* 9. & Magister apud *Harmen. lib. 5. tit. 9. §.* 14. Nonnulli etiam ad fratres totum incrementum proportionaliter porrigunt. Quos sequitur *Fachin. 4. contr.* 28. quanquam neutrum horum aut inscriptioni tituli, aut præfationi constitutionis, aut ratione constituentis menti've convenit; neque temere admittenda videtur extensio, cum utique major sit ratio liberorum. Neque verò verbis generalibus, quibus clauditur *c. 1. d. Nov.* 18. comprehenduntur parentes & fratres, sed diversæ liberorum personæ designantur, videlicet filii, nepotes, pronepotes, posthumi omnes, tum in paterna tum in materna linea, adeoque in hac etiam liberi naturales, uti titulus apertè significat, & benè observavit Vaudus *lib. 1. var. quæst.* 50. 3
Usus tamen augmentum admisis in parentibus. Porrò hæc constitutio Justiniani occasionem DD. dedit quærendi, utrum quemadmodum legitima augeri & minui lege civili potest, ita possit & in totum tolli. Vulgò sic censent, liberorum & parentum legitimam mutare tantùm posse, tolli non item; fratrum posse & tolli: utunturque hoc argumento, quod liberis & parentibus legitima debeatur jure naturæ, fratribus ex sola dispositione juris civilis. *Mynf. 5. obs. 43. & 6. obs. 44. Gail. 2. obs. 122. Covar. in 4. decretal. p. 2. cap. 8. §. 6. num. 5. Graff. §. legitima, quæst. 2. Chiflet. de port. leg. cap. 3. Schneid. hic, numero* 10. Sed primùm insubtile est, quod quæstionem proponunt de ipsa legitima: siquidem quod legitima propriè & formaliter dicitur, nempe certa illa & definita quantitas, cum sit ex jure civili, eodem jure quoque tolli potest, id est, sanciri, ut nomine legitimæ non amplius talis portio, sed alia veniat: ideoq; potius de jure succedendi in universum quærendum. Quod etiam ipsos sensisse existimo, sive, quod res ipsa ostendit, cum legitimam ajunt humanis legibus tolli non posse, id sic capiendum est, quatenus in legitima insunt alimenta necessaria. Nam utiq; quod supra est, tolli potest, nõ repugnante natura. Deinde male in proposito parentes liberis exæquãt. Tota igitur disputatio & quæstio huc redit, an lege civili effici possit, ut ne liberi parentibus, parentes liberis, fratres fratribus succedant; idque duobus modis intelligi potest; primo an effici possit, ut non succedant omnino, id est, etsi quis ex his personis intestatus decesserit; secundo, an posito, quod ab intestato succedant, à successione ista excludi possint per exhæredationem aut præteritionem. In utroque autem alia liberorum, alia parentum & fratrum ratio est. Et ad primum quod attinet, perspicue palam est, liberis naturæ lege parentum deberi hæreditatem. *Ratio naturalis,* inquit Paulus Jurisconsultus, *quasi lex quædam tacita liberis parentum hæreditatem addicit, velut ad debitam successionem eos vocando, l. 7. de bon. damnat.* cui simile est, quod Plutarchus in libello elegantissimo de prolis amore scriptum reliquit, liberos hæreditatem, ut sibi debitam, ὡς ὀφείλημα, exspectare. *Sanguini honorem reliquit,* ait Val. Maximus de Q. Hortensio, qui filiam sibi minus probatam hæredem scripserat, *lib. 5. cap. 9.* Papinianus in *l. 7. in fin. unde lib.* scribit, liberis parentum hæreditatem deberi *propter naturæ*

stimulos

simul & parentum commune votum; id est, liberos sequi hæreditatem partim ob præcisum debitum naturale, partim ex conjectura naturali, quia parentes creduntur id velle, ut liberis quam optime prospectum sit: nimirum creduntur parentes liberis, ut corporis sui partibus, non tantum de necessariis, sed & de his, quæ ad vitam suavius honestiusque transigendam pertinent, quam uberrime voluisse prospectum. Quæ cum ita sint, lex civilis efficere non potest, ut liberi in totum & simpliciter à successione parentum excludantur. Cæterum non est iniqvum, ut hic tribuatur aliquid rationi civili & studio familiarum conservandarum, ac propterea alii aliis potiore conditione in successione censeantur, & masculi fœminis agnati liberis emancipatis, & liberis in successione matris anteponantur, dum ne liberi fraudentur necessariis alimentis, quæ præcise natura debentur. Parentes vero, quos ad bona liberorum non naturæ & liberorum commune votum, sed sola ratio miserationis admittit, *dict. l.* 7. *in fin. unde lib. l.* 15. *in pr. de inoff. test.* facilius excludi possunt. Nam & ante Senatusconsultum Tertullianum mater non admittebatur, & post id Senatusconsultum eam excludebant fratres consanguinei, & parentibus omnibus aliquando fratres prælati, non consanguinei tantum, verum etiam uterini, *l.* 4. *Cod. de bon. qua lib. l.* 2. *Cod. ad Senatus. Tertull.* & apud nos in parte Hollandiæ Australi, altero parente mortuo, parens superstes excluditur à successione liberorum à cognatis per defunctum parentem, juxta illud, quod vulgo dici solet, *Paterna paternis, materna maternis.* Similiter & fratres removeri à successione possunt, admissis aliis, sicut pater olim non tantum ut manumissor, sed etiam ut pater, in successione filii emancipati fratribus prælatus fuit, qua de re uberius agemus *inf. lib.* 3. *tit.* 1. *&* 3. *seqq.* De altero sic censeo, posse tale jus constitui, ut parentes & fratres, quamvis ad successionem ab intestato vocentur, impune præteriri aut summoveri possint, neque necesse esse his aliquid pro legitima aut in alimenta relinquere, nisi lex aliqua humana id jubeat: quippe cum hæc non sic parentibus & fratribus, uti liberis, debeantur; sed tantum ratione officii & commendatione pietatis. Neque verum est, quod post Dd. vulg. *Mynsing.* 6. *obs.* 44. asserit, parentum legitimam ita causam habere radicatam in jure naturali, ut lege humana tolli nequeat. Liberorum vero legitima civili lege in totum tolli nequit, hoc est, jus civile efficere non potest, ut liceat parentibus liberos suos sine justa causa à tota sua successione repellere, ad quam lex naturalis, quasi debitam, & quidem præcise ratione alimentorum, eos vocat, *arg. d. l.* 7. *de bon. damn. junct. l.* 6. *de just. & jur. add. Oswald. Hillig. in lib.* 19. *comm. Donell. cap.* 4. *& ibi alleg. Paul. Bus. ad l.* 8. *§. si quis mortis, numero* 11. *& sequentib. hoc titul. Grot.* 2. *de jur. bell. & pac. cap.* 7. *numero* 4. *& sequentib.*

Repleatur] Qua vero actione repletio ejus quod deest, petetur, utrum actione ex testamento, an qua alia, puta petitione hæreditatis, aut judicio familiæ erciscundæ, an potius condictione ex lege Justiniani? Et si quidem filium ponimus exhæredatum adscripto legato, certum est actionem familiæ erciscundæ aut petitionem hæreditatis hic competere non posse. Probabiliter autem defendi potest, agi posse ex testamento, & quod deest tanquam legatum peti, maxime si testator id suppleri jusserit: quanquam etsi nihil dixerit, idem probari potest, quasi id potius voluerit, quam testamentum rescindi. At si institutus sit filius, quod ad excludendam querelam hodie necessarium esse docebimus *§. ult. inf. eod.* hic si ex parte aliqua hæreditatis institutus sit, poterit & petitione hæreditatis & judicio familiæ erciscundæ nomine supplementi experiri, quia scilicet pro parte hæres est: sin institutus sit in certa, quod eodem loco ostendemus nunc sufficere ad excludendam querelam, hic non videtur locus esse judicio petitionis hæreditatis aut familiæ erciscundæ, sed tantum actioni ex testamento: quoniam qui certæ rei hæres scriptus est, dato cohærede, legatarii loco habetur, *l.* 13. *C. de hær. inst.* Cæterum dubitationis omnis tollendæ causa, tutius fortassis erit admittere condictionem ex lege. Quod etiam crebrius placuit. Vulgo condictionem hanc actionem ad supplementum vocant, notantque triplicem inter eam & querelam de inofficioso differentiam. Prima est, quod querela taciturnitate quinquennii, ab adita hæreditate computandi, extinguitur, *l.* 8. *§. ult. & l. seq. hoc tit. l.* 16. *l. si quis* 34. *l. pen. §.* 2. *Cod. eod.* hæc actio sive condictio ex lege, ut favorabilis, perpetua est, id est, durat annos triginta; qui terminus est actionum omnium in personam *l.* 3. *Cod. de præscr.* 30. *an. decis.* 3. *Cur. Holland.* Altera, quod querela (quippe quæ instar est actionis injuriarum, *l.* 8. *in pr. hoc tit*) excepto casu *d. l. si quis.* 34. *Cod. eod.* in hæredem non transmittitur, nisi præparata; actio hæc etiam non præparata transeat. Tertia, quod qui agnoscit, quod sibi testamento relictum est, querelæ renunciasse intelligitur, *l.* 10. *§.* 1. *l.* 12. *in pr. eod.* non autem huic actioni ad supplementum, *l. si quando* 35. *§.* 2. *C. eod.* Primam differentiam non admisit Bartollus, sed reliqui omnes admiserunt, testibus. *Vigl. Mynsing. & Wesemb. hic, Gail. lib.* 2. *obs.* 120.

4

TEX-

TEXTUS.

Si tutor cui nihil patre relictum, pupilli nomine legatum acceperit.

4. Si tutor nomine pupilli, cujus tutelam gerebat, ex testamento patris sui legatum acceperit, cum nihil erat ipsi tutori relictum à patre suo: nihilominus poterit nomine suo de inofficioso patris testamento agere.

Si de inofficioso nomine pupilli agens succubuerit.

5. Sed si è contrario pupilli nomine, cui nihil relictum fuerat, de inofficioso egerit, & superatus est: ipse tutor, quod sibi in testamento eodem relictum est, non amittit.

NOTÆ.

4. SI TUTOR, &C. LEGATUM ACCEPERIT] Repellitur ab inofficiosi querela, qui exhæredatus legatum ex testamento percepit aut petenti advocationem præbuit. Agnovisse enim judicium defuncti videtur, *l. 8. §. 10. l. 10. §. 1. l. 12. l. ult. eod. l. 8. §. 1. C. eod.* Tutorem autem necessitas officii excusare debet, qui id totum alii administravit, *d. l. 10. §. 1. l. 22. de his qua ut indign.*

SED SI E CONTRARIO] Qui voluntatem defuncti sive suo sive alieno nomine dicit inofficiosam, legatum sibi relictum perdit: impugnavit enim judicium defuncti, *l. 8. §. 14. h. t.* sed necessitas officii & fides tutoris hic etiam excusata, *l. 30. §. 1. eod.* Qui negat testamentum patris jure factum esse, non intelligitur judicium impugnare, & ideo retinet defuncti voluntatem, *l. 24. de his qua ut ind.*

COMMENTARIUS.

1 *Effecta agnitionis & oppugnationis judicii defuncti.*

2 *Hac effecta ad eos non pertinere, qui ex necessitate officii alieno nomine agnoscunt aut impugnant.*

3 *Collatio juris veteris & novi, atque in hac parte differentia.*

1 QUi judicium defuncti agnoscit, puta quod sibi datum est, percipiendo, hoc ipso testamentum comprobare intelligitur & querelæ renuntiare, *l. 8. §. si conditioni 10. l. 10. §. 1. l. 12. l. si ponat 23. l. pen. §. 3. & 4. l. ult. hoc tit. l. 8. §. 1. Cod. eod. l. 5. in pr. de his qua ut indign.* Atque ex contrario, qui voluntatem defuncti impugnat, ut inofficiosam, is legatum sibi relictum perdit, & id fisco vindicatur, quasi indigno ablatum, *d. l. 8. §. meminisse 14.* Nec interest, utrum quis nomine proprio judicium agnoverit, inofficiosumve dixerit, an alieno, dummodo id fecerit sponte, nec ulla necessitate officii cogente, veluti si advocationem præbuerit, *dict. l. ult. in pr.* Cui non obstat, quod filius patroni, qui advocationem accusatori liberti præstitit, non repellitur à bonorum possessione liberti, *l. qui cum 14. §. si patroni 9. de bonor. libert.* nam jus bonorum possessionis liberti, quod patrono & liberis ejus ex edicto competit, non aliter patronus aut liberi ejus amittunt, quam si ipsi libertum accusaverint. Quod intelligitur ex ratione, qua Jurisconsultus d. loco utitur; neque enim, inquit, advocatus accusat. Legatum vero amittit advocatus exhæredati, non quia accusare testamentum intelligitur, sed quia accusationem opera juvando intelligitur improbare judicium defuncti; quod satis esse visum est ad amissionem legati, advocato relicti ab eo quem furoris arguit. Cur vero non similiter placeat, eum, qui legatum accepit, non admitti ad arguendum testamentum falsum, aut non jure factum, & qui non jure factum contendit, nec obtinuit, non repellatur ab eo quod meruit, *l. 5. in pr. & §. 1. de his qua ut indign.* Hanc rationem reddit Papinianus *l. si testamentum 24. eod. tit.* quoniam qui testamentum jure factum negat, de jure disputat, non impugnat aut accusat judicium. Quod si quis ex necessitate officii ea, quæ diximus, fecerit nomine alieno, excusatus est. Exemplum hoc §. proponitur in tutore: sed ad omnes hoc pertinet, qui ex officio alios defendere, aut agentes consilio & opera sua juvare tenentur; ac proinde etiam ad advocatum, cui clientis causam agere publice impositum, *argum. dict. l. 5. §. advocatum 13. de his qua ut indign.* Sive 2 igitur tutor, cum ipse exhæredatus esset à patre, legatum petierit aut perceperit ex testamento nomine pupilli, cujus tutelam gerit, sive è contrario pupilli exhæredati nomine de inofficioso egerit & victus sit, neque hoc casu, quod ad se attinet, testamentum improbasse, neque illo probasse intelligitur, sed hæc fecisse ex necessitate officii & fide, quæ excausata esse debet: ac proinde illo casu non prohiberi suo nomine de inofficioso agere, hoc casu legatum sibi relictum petere, *l. adversus 32. §. 1. hoc tit. l. tutorem 22. de his qua ut indign.* Similis priori casus est in *l. cum quidam 26. Cod. de adm. tut.* Porro autem quod ante diximus, agnitionis judicii defuncti hanc vim esse, ut querela amittatur, hoc etiam pertinet ad petitionem reliqui. Sed tenor juris antiqui novis

subinde constitutionibus mutatus est. Quod miror neminem interpretum hoc loco annotasse. Olim quacunque in re judicio defuncti agnito & querela amittebatur, & jus petendi reliqui, non solum in hæredis institutione, sed etiam in legato, sive id tanquam sibi legatum exhæredatus peteret, sive relictum alii, illius nomine, peteret defenderetve, sive relictum à legatario acciperet, aut etiam aliquid caperet mortis causa: nec referebat, per se caperet, an per alium, per textus supra allegat. Constitutionibus Justiniani nihil quidem mutatum in institutione hæredis, sed si is, qui queri potest, hæredem scriptum pro hærede agnoverit, puta res hæreditarias ab hærede emendo conducendove, aut solvendo quod defuncto debuit; cujus generis item est, si quid conditionis implendæ causa ab hærede acceperit; (quibus omnibus factis hæres scriptus pro hærede agnoscitur, *l. 8. si conditioni 10. l. si penas 23. hoc tit.*) querelam & jus petendi, quod sibi relictum, aut quod reliquum est, perinde amittit, ut jure antiquo. In legato vero prioribus Justiniani constitutionibus jus vetus hactenus immutatum, ut quicunq; alias queri potuissent, hoc ipso excludantur, quod legatum illis relictum sit, quamvis illud non agnoverint: cæterum accepto eo, quod relictum est, ad supplementum ejus, quod legitimæ deest, agere possunt, *l. omnimodo 30. cum seqq. Cod. eod.* Itaque jam non agnitio legati, sed ipsum legatum querelam excludebat. Novissimo autem jure ad excludendos à querela liberos & parentes iterum agnitio legati desiderari cœpit, si nihil iis titulo institutionis relictum esset, salva tamen, si quid debitæ portioni deesset, actione ad supplementum. *Nov. 115. cap. 5. D. Tulden. hic cap. 5. & 6.* Ut igitur semel complectar omnem juris veteris & novi in hac parte differentiam, triplex discrimen observetur. Primum hoc est. Olim, si minus legitima relictum esset, licebat repudiato legato agere de inofficioso: hodie non licet, sed legato admisso agitur ad suppletionem. Secundum est. Olim agnitio legati etiam rei minimæ excludebat non tantum querelam, sed omnem etiam petitionem reliqui: hodie ita querelam excludit, ut salva maneat ejus, quod legitimæ deest, petitio; nisi agnoscens profiteatur, se relicto contentum de reliquo quæstionem remittere, *l. si quando 35. §. pen. & ult. Cod. eod.* Postremum est. Olim qui rogatus erat legatum alteri restituere, non prohibeatur eo agnito & restituto de inofficioso queri: Hodie quiescente querela id onus subducitur, proinde quasi ad modum legitimæ nec restituere jussus sit, *l. 10. in fin. hoc tit. junct. l. quoniam 32. C. eod.* Quod si quis in eo quod alteri relictum erat, voluntatem defuncti approbasset, puta advocationem præstando aut aliis modis, placebat olim cessare querelam, quasi judicio defuncti etiam in institutione comprobato: quippe qua sublata, ut tunc jus erat, cætera quoque corruebant, *l. pen. §. 3. l. ult. in pr. & §. 1. hoc tit. junct. l. 9. de test. tut. l. eam quam. Cod de fideic.* Verum commutata est ratio juris, posteaquam placuit, rescisso quoad institutionem testamento, legata posse consistere, *auth. ex causa, Cod. de lib. præt.* Hoc enim jure posito, dicendum omnino videtur, sola legati, quod alii relictum est, agnitione non comprobari institutionem hæredis, *argum. l. 10. Cod. de probat.* ac proinde non prohiberi eum, qui in alieno legato judicium agnovit, de inofficioso suo nomine queri, ut bene disputat *Don. 19. comm. 6.*

TEXTUS.

De quarta legitimæ partis.

6. Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso agere non possit, sive jure hæreditario, sive jure legati vel fideicommissi, vel si mortis causa ei quarta donata fuerit, vel inter vivos in iis tantummodo casibus, quorum mentionem nostra facit constitutio, vel aliis modis, qui in nostris constitutionibus continentur. Quod autem de quarta diximus, ita intelligendum est, ut sive unus fuerit, sive plures, quibus agere de inofficioso testamento permittitur, una quarta eis dari possit, ut ea pro rata eis distribuatur, id est, pro virili portione quarta.

NOTÆ.

5. QUARTAM QUIS DEBET HABERE] Id est, portionem legitimam, quæ olim erat quarta debitæ ab intestato portionis, *l. 8. §. 8. eod.* Justinianus quantitatem auxit, substituto pro quarta triente, in liberis pluribus, quam quatuor, semisse. *Nov. 18.* qua constitutione & parentum quoque legitimam ad trientem auctam censet Magister apud Harmen. *lib. 5. tit. 9. §. 14.* Theodorus Diaconus auctam καὶ ἐπὶ ἀδελφῶν. *arg. cap. 2. d. Nov. 18.*

SIVE JURE LEGATI, &c.] Novissimo autem jure ut testamentum ab omni impugnatione tutum sit, necesse est, ut boni liberi & parentes honorentur titulo hæredis. *Nov. 115. c. 3. 4. 5.* Unde vulgo ajunt, legitimam titulo institutionis esse relinquendam, in qua sententia & Græci ad *l. 8. h. t.* Sufficit autem vel in particula aliqua assis vel etiam in re certa institutos esse, & si quid ad portionem legitimam deerit, id que-

id querela cessante condicetur actione suppletoria, *d.* §. 5.

IIS TANTUMMODO CASIBUS] Cujac. huc trahit duos casus *l. pen.* §. 1. *C. de collat.* sed ex vitiosa, ut Bachovio videtur, collectione, Constitutio est *l. 30. C. h. t.*

IN NOSTRIS CONSTITUTIONIBUS] Non extant. Et forte *nostris* irreptitium est, fac. *l. 17. C. de collat.* junct. *l. 29. C. h. t.* quarum altera Leonis, altera Zenonis est.

PRO VIRILI PORTIONE QUARTA] Hodie tertia, aut dimidia pro numero liberorum. *Nov. 18.* Igitur si verbi causa duo sint liberi, singulorum portio legitima erunt duæ unciæ: si sex, uncia.

COMMENTARIUS.

1 *Refellitur insignis quorundam error.*

2 *Jure Digest. & Cod. querela locum non patuisse, legitima quocunque titulo relicta.*

3 *Jus novum à veteri discrepare in casu, quo quid inter vivos donatum est ea contemplatione, ut in quartam habeatur.*

4 *Jure novissimo legitimam titulo institutionis relinquendam: & quomodo hoc accipiendum.*

5 *Quid intersit, titulo institutionis legitima relinquatur, an quo alio.*

INtolerabilis eorum error est, qui ex hoc §. colligunt, filium, etiam non legitime exhæredatum, modo ei quocunque titulo legitima relicta esset, jure antiquo queri debuisse de inofficioso, nec alio jure ad 1 bona patris venire potuisse. Quid enim certius, quam præterito filio, qui erat in potestate, testamentum ipso jure nullum fuisse; emancipato præterito datam bonorum possessionem contra tabulas? Nec eo minus pro præterito habebatur, testamentumve nullum erat, aut per bonorum possessionem everti poterat, quod quartæ debitæ portionis, aut etiam multo amplius, præterito legatum fuerat, Nam utrum filius præteritus esset, necne, non ex legati datione: sed ex institutione aut exhæredatione æstimabatur, omnesque præteriti censebantur, qui neque hæredes instituti erant, neque ut oportet, exhæredati, §. *eadem 12. inst. de hær. quæ ab int.* Itaque quod Ulpianus ait, in *l. 8.* §. *si quis 6. hoc tit.* securè eum testari, qui mortis causa filio quartam donavit, non sic accipiendum est, posse patrem isto casu securè filium præterire, sed posse securè exhæredare, hoc effectu, ut & testamentum jure consistat, nec per querelam rescindatur. Atque ex hoc jure nihil mutavit Justinianus: tota enim hæc disputatio, ut apparet, pertinet ad liberos, quibus jure civili & prætorio è patris hæreditate exclusis unicum remedium superest, querela inofficiosi; ac proinde non ad alios, respectu patris, quam qui legitimè exhæredati sunt; matris enim & per matrem adscēdentium præteritio pro exhæredatione reputatur, ut sæpe dictum est.

Sive jure hæreditario, sive jure legati, &c.] In explicatione hujus tituli excusata esse debet ejusdem rei inculcatio. Jure veteri liberis exhæredatis aut præteritis, non tam ideo querela dabatur, quia exhæredati aut præteriti, quàm quod per præteritionem aut exhæredationem privati quarta seu legitima portione. Ea autem relicta, ut nulla amplius censebatur iniquitas, ita cessabat querela, manebat efficax exhæredatio & firmum testamentum. Cui erat consequens, ut querela excluderetur non tantum si quarta relicta foret titulo hæreditario, sed etiam si titulo legati aut fideicommissi. Et quia mortis causa donationes legatorum instar obtinent, *l. & si 17. in fin. de mort. ca. don. sup. de donat.* §. 1. placebat etiam, si quis ei, qui queri poterat, quartam mortis causa dedisset, eum secure testari, *d. l. 8.* §. *si quis 6.* quod jus in codice suo item *Nov. 18. c. 1.* unde *auth. novissima C. hoc tit.* Justinianus integrum reliquit: novissime vero ab eo recessit *Nov. 115. c. 3. &* 4. Cæterum de eo plura inferius. 2

Vel inter vivos iis tantummodo casibus, &c.] Si quid inter vivos simpliciter donatum fuerat, etiamsi quartam adæquaret, per hoc non excludebatur querela; contra vero si hac contemplatione datum erat, ut in quartam haberetur, *l. si non mortis 25. hoc tit.* Hoc abrogavit Justinianus ea constitutione, cujus hic meminit, nimirum *l. si quando 35.* §. 2. *C. eod.* 3 Sanxit enim, ut si quid liberis à patre inter vivos donatum sit, etsi ea lege ut hoc in quartam reputent, atque adeo ut renuntient querelæ, & renuntiaverint, nisi tamen patris judicium post mortem ejus agnoverint, aut cum scriptis hæredibus transegerint, manere nihilominus jus integrum testamentum patris arguendi, hoc pactum cum patre factum nocere liberis, qui ex sententia Papiniani meritis magis ad obsequia paterna provocandi, quam pactionibus adstringendi sunt. D. Cujacius putat intelligi *l. pen.* §. 1. *C. de collat.* ubi Justinianus sancit, ut duobus casibus donatio simplex in collationem veniat; si ea lege à patre facta sit, ut conferatur; si facta sit in compensationem dotis aut donationis propter nuptias, quam unus è liberis accepit: ex quo colligit Cujacius, donationem inter vivos duobus istis casibus in quartam imputari. Sed vitiosa omnino est hæc collectio, atque è diametro pugnat cum *d. l. si quando 35.* §. 1. *C. hoc tit.* Ac tametsi verum est, omnia, quæ in quartam imputantur, in collationem venire, non idcirco tamen è converso quæcunque veniunt in collationem, computantur in quartam: quod perspicuè ostendit *d. l. pen. in pr. C. de collat.* ut adeo eâd.

l. quam Cujacius adducit, refellatur ipsius collectio. Et nimirum collatio facilius admissa est, ut æqualitas inter liberos in successione ab intestato servaretur, quam filii exhæredati exclusio à querela: quem ob casum Justinianus expresse noluit per donationem inter vivos, licet ea conditione factam ut in quartam computaretur, filium à querela excludi, nisi judicium patris post obitum ejus agnovisset, *d. l. si quando 35.* §. *1. & 2. C. h. t.*

Vel aliis modis, qui in nostris constitutionibus] Hæ constitutiones fortassis priori Codici insertæ fuerunt: in posteriore enim, quem solum habemus, nulla Justiniani reperitur constitutio, quæ huc pertineat: nisi dicimus, verbum *nostris* irreptitium esse & delendum. Sanè Cujac. & Hotom. id non agnoscunt, & à plurimis libris abesse testatur Pacius. Fac igitur hic ita scriptum esse, *aliis modis, qui constitutionibus continentur.* Quinam ergo isti modi sunt præter legatum, fideicommissum & donationem mortis causa, quibus liberi quarta à parentibus accepta constitutionibus à querela repelluntur? Dos & donatio propter nuptias, quam utramque cum Leo conferri à liberis jussisset, *l. ut liberis 17. C. de collat.* utramque etiam in quartam imputari præcepit Zeno, *l. quoniam 29. C. hoc tit.* Novissimo jure, ut supra
4 memini, tota hæc ratio mutata est. Nam ex *Nov. 115. c. 3. & 4.* non sufficit ad excludendos à querela liberos & parentes legitimam eis quovis titulo relictam esse, sed ut testamentum ab omni oppugnatione tutum sit, necesse est, ut boni liberi & parentes honorentur titulo hæredis; ut jam non tam quæratur, an legitimam habeant, quam an instituti sint, aut justè à successione summoti. Patet hoc primum ex *d. Nov. cap. 3.* ubi Justinianus expressissimis verbis sancit, non licere penitus parentibus liberos suos præterire vel exhæredes facere, nec si quovis titulo particulari eis reliquerint legibus debitam portionem. Deinde ex *cap. 5. ejusdem Nov.* ubi testatur, hanc suæ serenitatis intentionem esse, ut à liberis & parentibus injuriam exhæredationis & præteritionis auferat. Atqui non aufertur ista injuria, sed manet adhuc, si adhuc liceat immerentes liberos & parentes exhæredare aut præterire, etiamsi eis legitima titulo aliquo particulari relinquatur. Tunc solum nulla injuria manet, si aut instituantur aut meritis de causis exhæredentur; unde DD. vulgo ajunt, legitimam hodie titulo institutionis esse relinquendam, *Clar.* §. *testamentum quæst. 38. Grass.* §. *legitima quæst. 32.* At enimvero necesse non est, ut institutio fiat in universa legitima, sed sufficit vel in particula aliqua assis, vel etiam ex rebus certis hæredes nuncupatos esse, aut institutos simpliciter jussosque certis rebus esse contentos: quibus casibus, etsi minus relictum portione legitima, cessat tamen querela, & competit actio ad supplementum: quod si quid aliud insuper relictum, id in legitimam imputatur secundum priores Justiniani constitutiones: *d. cap. 5. l. omnimodo 30. cum seqq. C. hoc tit.* cum contra jure veteri etiam institutus queri non prohiberetur, si ex institutione totam legitimam non obtineret, ut sup. notatum ad §. 3. At, inquies, hoc posito aberravit Justinianus à scopo suo. Nam ex vera ratione juris, atque ipsius etiam constitutione Justiniani, qui certæ rei hæres institutus est datis aliis cohæredibus, aut qui simpliciter institutus jussus est certis rebus deductis hæreditatem restituere, non hæredis, sed legatarii loco habetur, nullasque actiones hæreditarias aut exercet aut excipit, *l. 13. C. de hær. inst.* §. *si quis 9. inf. de fideicom. hær.* Jam vero si nihil refert, legatum alicui detur, an in re certa hæres instituatur addito vero hærede, nec, magis hoc, quam illo modo fiat, ut hæres sit, frustra Justinianus fuit, existimans, injuriam præteritionis aut exhæredationis tolli, si modo hæres quis nuncupetur vel ex re certa, vel simpliciter & certis rebus deductis rogetur hæreditatem restituere. Nam si hæres non fit, si nihil amplius ea res efficit, quam si legatum accepisset, certè pro præterito habendus erit, quomodo ratiocinatur & Glossa *in l. si qui 29. ad Trebell.* Ex quo etiam sequitur, inane esse, sine re atque effectu, quòd jactatur de honorifico titulo institutionis. Et fatendum est, hoc poscere rationem juris, atque oportuisse, si vera splendidiore ac lautiore titulo officiosos liberos ac parentes decorari volumus, constitui, ut saltem in parte aliqua assis hæreditarii, licet minima, vel utique in ipsa legitima, quam pro triente, semisse aut quadrante nihil accipi vetat, hæredes instituantur. Sed tamen Justinianus hoc non exigit, cui visum est satis tolli injuriam præteritionis per solam hæredis nuncupationem, eumque, qui vel in re certa institutus esset, justam causam non habere conquerendi se esse præteritum, quod ne videatur sine ullo juris effectu constitutum, defendi potest cum *Sichard. post Bart. Jas. & DD. in d. l. 13. c. de hæred. instit.* eum, qui in re certa institutus est, mixtæ cujusdam conditionis & naturæ esse, mediæque inter hæredem & legatarium; unde & hæredis nomen retineat, & rem, in qua institutus est, propria auctoritate apprehendere possit; quodque præcipuum est, jus etiam accrescendi habeat, hoc est, deficiente cohærede simpliciter instituto, ipse universam hæreditatem solus consequatur, perinde ac si ab initio solus ex re certa institutus esset; licet aliud videatur Anton. Fabro *decis. 15. err. 5. D. Corn. Swanenb. tractat. de jur. accr. cap. 8.* Bartolus *d. loc.* ait, in re certa institutum rei istius respectu pro legatario censeri, respectu personæ istius pro hærede: quod satis Justiniano visum ad eum excludendum à querela, *vid. Sichard. d. loc. n. 3. Gudelin.*

lin. lib. 2. de jur. noviss. cap. 7. d. Decis. 7. cur Holland. Grass. §. hæreditas quæst. 8. num. 3. Deckher. lib. 1. diss. 8. num. 21. Christinaum vol. 4. decis. 11. n. 5. & vol. 2. decis. 170. Bachov. vol. 2. disp. 12. th. 1.

Ut ea pro rata distribuatur] Itaque si unus sit filius, is habere debet quartam partem totius substantiæ, id est, tres uncias; si duo, singuli sescunciam, & sic porro, ut virilis singulorum portio sit quarta ejus partis, quam ab intestato habituri essent *l. 8. §. si quis 6. & 5. quoniam 8. hoc. tit.* Jure autem novissimo ex *Nov. 18. cap. 1.* si unus sit filius, is tertiam totorum bonorum partem habere debet, id est, uncias quatuor: si duo, singuli uncias duas; & ita deinceps, ut virilis singulorum portio sit triens illius patris, quam ab intestato laturi fuerant. Si vero plures sint liberi, quam quatuor, semis singulis relinquendus, id est, dimidia ejus partis, quæ jure legitimæ successionis debetur. Quare si verbi causa sex erunt liberi, legitima singulorum erit uncia.

TITULUS XIX.
De hæredum qualitate & differentia.

Continuatio & argumentum tituli.

SI testamentum ab initio rectè factum fuerit, neque postea infirmatum, secundum ea, quæ superioribus titulis exposita sunt, incipit post mortem testatoris deferri testamento hæreditas, ut jam ad acquisitionem ejus nihil supersit præter susceptionem; quæ ex duabus partibus, quibus acquisitionem hæreditatis constare diximus, sub §. *ult. sup. per quas pers. cui acq.* altera est. Quamvis autem eadem sit ratio acquirendæ hæreditatis ab intestato delatæ, atque ex testamento: tamen cum differuisset Imperator de deferenda hæreditate ex testamento, partem alteram, quæ est de delata acquirenda, divellere noluit, liceatque hinc petere, quod illo pertinet. Sunt autem duo hujus tituli capita, quorum alterum inscriptio indicat: alterum est de acquirenda vel omittenda hæreditate. Posterioris cognitio à priori dependet. Nam cum varia sit hæreditatis acquisitio, eam varietatem efficit diversa qualitas & conditio hæredum. Quamobrem rectè primum indicantur genera & differentiæ hæredum, deinde demum disputatur de acquirenda vel omittenda hæreditate.

TEXTUS.
Divisio heredum.

Hæredes autem aut necessarii dicuntur, aut sui & necessarii, aut extranei.

COMMENTARIUS.

1 *In his regionibus hæredes omnes esse voluntarios.*

TRiimembris hæc hæredum divisio ex duabus bimembribus conflata est, more nostris usitato. Sic autem revocabitur, ut dicamus, hæredum alios esse necessarios, alios voluntarios; & illorum alios necessarios simpliciter, alios necessarios & suos. Rectius vero necessariis hæredibus opponimus voluntarios, quam extraneos, *arg. l. 12. de cond. inst. l. 15. & seqq. de acq. hær. l. 3. §. 3. de hær. inst.* quippe extranei ad distinctionem suorum magis dicuntur, non considerata in eis necessitate, *l. si alienum 49. §. 1. de hær. inst. l. 6. in pr. de injust. rupt. l. 6. de vent. in poss. mitt. §. cum autem 7. inf. de hær. quæ ab int. §. posthumo. 26. tit. seq.* Est autem hæc distributio ex jure civili: nam prætor suos hæredes ex necessariis vi ipsa fecit voluntarios dato beneficio abstinendi, §. *2. fin. in fin.* In hisce regionibus 1 præter voluntarios hæredes alios nullos agnoscimus: non necessarios, quia neque servos habemus, nec habemus filios cum servili illa qualitate; quippe quæ effectus est veteris illius juris patrii dominico similis, apud nos, ut sæpè dictum est, incogniti. Non suos; quia sine fictione dominii rerum paternarum, ejusque post mortem patris continuatione in persona filii, suitas intelligi non potest: cujusmodi Romani juris subtilitates nostræ gentis simplicitas respuit.

TEXTUS.
De heredibus necessariis.

1. Necessarius hæres est servus hæres institutus: ideoque sic appellatur; quia sive velit, sive nolit, omnino post mortem testatoris protinus liber & necessarius hæres fit. Unde qui facultates suas suspectas habent, solent servum suum primo aut secundo, aut etiam ulteriore gradu hæredem instituere: ut si creditoribus satis non fiat, potius ejus hæredis bona, quam ipsius testatoris, à creditoribus possideantur, vel distrahantur, vel inter eos dividantur. Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum præstatur, ut ea, quæ post mortem patroni sui sibi acquisierit, ipsi

ipsi reserventur. Et quamvis bona defuncti non sufficiant creditoribus, iterum tamen ex ea causa res ejus, quas sibi acquisierit, non veneunt.

NOTÆ.

PRO HOC TAMEN INCOMMODO] Pro aspersione hujus notæ, quod bona ipsius nomine à creditoribus possideantur, vel distrahantur.

ILLUD EI COMMODUM PRAESTATUR] μισθὸς τῆς τιμώσης ὕβρεως, merces hujus injuriæ. Th.

EX EA CAUSA RES EIUS] Cujac. Fabrot. *ex alia causa quas sibi res acquisivit*, & ita quoque Theoph.

COMMENTARIUS.

NEcessarius hæres est servus, &c.] Necessitatis hujus causa est dominica potestas. Cur enim non liceret hæredem necessarium facere, quem licebat occidere? *arg. l. in suis 11. de lib. & posth.* Non ait, institutus cum libertate; quod olim ex plurium sententia necessarium erat, ut valeret institutio, sed simpliciter, institutus: quia etiam omissa datione libertatis à domino institutum, liberum & hæredem necessarium esse voluit, *l. pen. C. de nec. serv. hær. inst.* §. *2. sup. qui & ex quib. ca. man. & sup. de hær. inst. in pr.* Absolute igitur necessarius hæres est servus à domino hæres institutus; sed scilicet, si in eadem causa manserit. Nam si à vivo testatore manumissus fuerit, sua voluntate hæres fit: si alienatus, novum dominum adeundo hæredem facit, §. *1. sup. de hær. institut.*

Sive velit, sive nolit, omnino post mortem testatoris protinus] Hæc verba textus evidentissimè ostendunt, non ideo servum hæredem dici necessarium, quod nolenti imponitur necessitas adeundi: sed quia protinus, id est, statim à morte testatoris, hæres fit, solaque juris potestate citra ullam aditionem creditoribus hæreditariis obligetur, perinde ut sui hæredes & necessarii. Unde & si furiosus sit, necessarius domino hæres existit, *l. furiosus 63. de acq. hær.* Et vel hoc solum, quod abstinendi facultas ei denegatur, *l. necessariis 57. in fin. d. tit.* certum argumentum est, ipso jure eum hæredem fieri. Cui jam consequens, statim quoque eum & simul liberum fieri: quod significat Jurisconsultus, *in l. 6.* §. *ult. de hær. inst.* cum ait, servum hæredem institutum à semetipso libertatem accipere: idemque traditur *in l. ex parte 58. de acq. hær.* Perspicuus ergo Giphanii error est, qui scribit, ante aditionem neque liberum fieri, neque hæredem. Et vero hoc ita constitui necesse fuit, ut invitus obligaretur creditoribus hæreditariis: siquidem ut quis præcisè adeat hæreditatem cogi non potest, ne servus quidem à domino, *l. 3. C. de hær. inst.* Observandum autem est, eum demum servum necessarium hæredem fieri, cui non aliunde debetur libertas. Nam si quis eum, quem ex fideicommisso manumittere debebat, testamento suo liberum & hæredem esse jusserit, placet hunc necessarium hæredem non esse: quia libertatem non tam beneficio testatoris, quam alieno, & debitam sibi, accepit, *l. si servo 84. de hær. inst.*

Unde qui facultates suas suspectas] Indicat præcipuam utilitatem, eamque secutam consuetudinem instituendorum servorum. Utilitas in eo consistit, ut bona dominorum, qui solvendo non sunt, post eorum mortem, non ipsorum, sed servi hæredis necessarii nomine, à creditoribus possideantur vel distrahantur. Hinc orta consuetudo, ut qui facultates suas suspectas haberent, infamiam auctionis metuentes, eam hoc pacto in servos derivarent: quos pro honore delatæ sibi hæreditatis conjuncto cum beneficio manumissionis æquo animo aspersionem hujus notæ ferre convenit, uti supra quoque notatum est sub §. *1. qui & ex quib. ca. man.*

Hoc commodum præstatur] Μισθὸς τῆς τιμώσης ὕβρεως Theoph. Duriusculum enim fuisset, ut si quid post mortem testatoris non ex causa hæreditaria, sed vel sua industria, vel ex aliorum liberalitate acquisivisset, ejus quoque distrahendi potestas creditoribus fieret. Cæterum prius quam bonis testatoris se immisceat, cave attingat, petere debet à prætore horum bonorum separationem, quam & hoc casu impetrat, *l. 1.* §. *ult. de separ. bon.* Quo loco, quod notandum est, separari etiam id dicitur, quod servo à testatore debetur; quasi hoc etiam dici possit à patrono non profectum: quæ singularis est humanitas.

TEXTUS.
De suis heredibus.

2. Sui autem & necessarii hæredes sunt, veluti filius, filia, nepos neptisve ex filio, & deinceps cæteri liberi, qui in potestate morientis modo fuerint. Sed ut nepos neptisve sui hæredes sint, non sufficit eum eamve in potestate avi mortis tempore fuisse: sed opus est, ut pater ejus vivo patre suo desierit suus hæres esse, aut morte interceptus, aut qualibet alia ratione liberatus à patria potestate: tunc enim nepos neptisve in locum patris sui succedit. Sed

sui qui-

Sui quidem hæredes ideo appellantur, quia domestici hæredes sunt, & vivo quoque patre quodammodo domini existimantur. Unde etiam si quis intestatus moriatur, prima causa est in successione liberorum. Necessarii vero ideo dicuntur, quia omnino, sive velint, sive nolint, tam ab intestato, quam ex testamento, ex lege duodecim tabularum, hæredes fiunt. Sed his prætor permittit volentibus abstinere hæreditate, ut potius parentis, quam ipsorum bona, similiter à creditoribus possideantur.

NOTÆ.

2. Qui in potestate morientis] ἐν τῷ καιρῷ τῆς τελευτῆς. Th. atque hoc in liberis primi gradus perpetuum est: nam filius, qui in potestate est, non potest non esse suus hæres: in cæteris non item, ut mox sequitur.

Non sufficit in potestate, &c.] Ex his, qui in familia defuncti sunt, suus hæres propriè est, quem nemo in suo ordine antecedit, *l. 33. §. 1. de testam. mil. l. 6. de injust. rupt. §. 2. sup. de exh. lib.*

Ut qualibet] Est tamen casus, quo nepos, qui tempore mortis avi servus hæres non erat, propter præcedentem personam patris, destituto avi testamento suus hæres avo ab intestato existit, *v. §. 7. & seq. de hær. quæ ab int.*

Prima causa liberorum] Suorum scil. hæredum, *§. 2. inf. de hær. qui ab int.* Hodie autem liberorum omnium, *Nov. 118. c. 1.*

Sive velint, sive nolint] Necessitas hæc à jure patriæ potestatis, *l. 4. de cond. & dem.* quæ & ipsa est ex lege decemvirali. Dion. Halicarn. *lib. 1.*

Praetor permittit volentibus abstinere] Quo beneficio utentes hoc consequuntur, ut quamvis creditoribus hæreditariis jure civili teneantur, tamen in eos actio non detur, *l. 57. de acq. hær.* Itaque vi ipsa prætor ex necessariis voluntarios fecit; non tamen extraneos, quia, quod ipsis commodum, sui adhuc manent, *§. 3. inf. de hær. quæ ab int.*

COMMENTARIUS.

1 *Plenius & planius, quam vulgo, sui hæredes describuntur.*
2 *Verbum hoc* suus hæres *non esse populare & oratorium, sed forense & disciplinæ juris proprium: deque eo nonnulla non passim obvia.*
3 *Exponitur latissimè hujus nominis ratio.*
4 *Unde altera horum hæredum qualitas, nempe necessitas: & quid ea operetur.*
5 *Prætorem dato beneficio abstinendi necessitatem sustulisse, sed salvo jure suitatis: & quem effectum ea res habeat.*

Veluti filius, filia, nepos, &c.] Qui sint & dicantur sui hæredes, licet non definitione aliqua, sed exemplis hic declaretur, facilè tamen ex his, quæ traduntur, quivis per se brevem & explicandæ rei idoneam definitionem extruxerit. Nam si non alii sui 1
hæredes sunt, quam liberi defuncti, & è liberis soli illi, qui in potestate morientis fuerint, atque ex his, qui in potestate fuerunt, soli, quos tempore mortis nemo in familia antecedebat; hæc inductio nos quasi manu ducit ad hanc definitionem; Sui hæredes sunt liberi defuncti, qui pro tempore is moritur, in potestate ejus sunt, primumque ab eo locum in familia obtinent. Non est tamen hæc definitio modis omnibus absoluta. Nihil in ea desideraremus, si idem semper mortis tempus & delatæ hæreditatis esset: at hæc tempora non semper concurrunt: ex quo aliquando fit, ut qui, moriente eo de cujus successione quæritur, suus hæres non erat, postea tamen ei suus hæres existat. Planè neque ex testamento quisquam suus hæres existere potest, nisi qui tempore mortis in familia testatoris proximus est, neque ab intestato, si aut nullum testamentum factum proponatur, aut quod factum erat, vivo testatore ruptum aut vitiatum; quippe in his casibus aliud tempus, quo deferatur hæreditas, nullum est, quam tempus mortis. At si proponas, patremfam. facto jure testamento, quod eo vivo infirmatum non sit, decessisse, hic evenire potest, ut qui tempore mortis suus hæres nō erat, postea suus hæres existat, non utique ex isto testamento, sed eo destituto ab intestato: ut ecce; pater filio exhæredato extraneum hæredem instituit: deliberante hærede scripto filius moritur; mox scriptus omittit hæreditatem: nepos ex illo filio susceptus avo suus hæres erit ab intestato: & hic tamen tempore mortis avi suus esse non potuit propter præcedentem personam patris, *lib. 7. unde lib. §. cum autem 7. & seq. inf. de hæred. quæ ab intest.* ubi hoc pluribus illustratur. Ut igitur perfecta sit definitio, pro tempore mortis ponatur tempus delatæ hæreditatis, hoc modo suus hæres est, qui in potestate morientis fuit, & tempore delatæ hæreditatis in familia proximus est.

Aut qualibet alia ratione] Puta emancipatione aut deportatione. Nam si quis ex suis hæredibus qualibet ratione suus hæres esse desierit, statim liberi ejus gradum occupant, & succedendo in sui hæredis locum quasi agnoscendo fiunt avo aut proavo sui hæredes,

redes, §. 2. *sup. de exhær. lib.* §. 2. *inf. de hær. quæ ab int. l. Gallus 29.* §. *& videtur. 12. cum seq. de lib. & posth.* Enimvero hodie occupatio loci paterni atque in sui hæredis locum successio ex causa emancipationis nihil operatur quoad effectum succedendi ab intestato, postquam placuit, etiam filios emancipatos jure civili ad successionem ab intestato admitti, atque in ea successione præferri nepotibus ex se natis, licet retentis in potestate avi *Nov. 118. c. 1.* Ex quo etiam intelligimus, hodie edictum *de conjung. cum emancip. lib.* inutile esse.

Sed sui quidem hæredes] Nomen suorum hæredum ex jure civili descendit, *l. ult. de bon. damnat.* hoc est, ex lege duodecim tabularum, *l. liberorum 220. de verb. sign. Ulp. tit. 26.* estque verbum forense ac proprium Jurisconsultorum, non populare aut oratorium, de quo Hotom. *9. obs. 10.* Quod ut intelliga-
2 tur, sciendum est, relativum *suus* non eodem modo ac sensu in proposito apud nostros usurpari, quo apud grammaticos & in sermone populi. Popularis locutio est, cum ea dictione, ut relativa & reciproca, sic utimur, ut referatur & redeat ad eam personam, quæ præcessit. Veluti cum nostri dicunt, *Mulier suos filios in potestate non habet, l. 5. C. de adopt. Pater agnovit suum partum, aut filium suum, l. 1. §. Julian. 22. cum seqq. de agn. & al. lib. Cajus Sejus testamento uxorem suam hæredem instituit, l. Titia 34. §. 3. l. ult. de legat. 2.* In his enim locutionibus vox *suus* ad præcedentem personam refertur, scil. ad matrem, ad Cajum Sejum. Atque hic usus hujus vocis, quem pueri docentur in scholis, citato vulgato illo, *Rogat te Cæsar, ut suas partes sequaris.* Ex eadem consuetudine & more vulgari nostri quoque loquuntur, cum utramque vocem, *hæres* & *suus*, conjungunt, sed ita, ut *suus* sequatur: veluti in his; *Testator à Titio hærede suo centum legavit. Titia ita fidei commisit hæredis sui. Stipulatus est sibi hæredique suo, jure agere licere, l. 2. §. ult. de verb. obl. Si quis uti frui licere sibi hæredique suo stipulatus sit, l. stipulatio 38. §. sed si. 12. d. tit. Quintil. lib. 5. c. 16. Quem quis hæredem suum esse voluit, charum habuit.* Aut cum ex usu juris peculiari loquuntur, verbum *suus* refertur ad eum ipsum, qui hæres est, &, quod diligenter observandum, tunc perpetuo id verbum præcedit. Ut in his, *Mulier suum hæredem paritura est, l. 31. §. 1. de acq. hær. Fœmina suum hæredem non habet, l. 4. §. 2. cont. tab. Spes est suum hæredem defuncto existere l. pen. §. 1. unde legit. Filius patri suus hæres est, l. 45. §. 1. de neg. gest. Mortuo filio nepos ex eo fit avo suus hæres l. 13. de injust. rup.* cum sexcentis similibus. Et igitur cum dico, *Mulier suum hæredem non habet,* intelligor loqui ex usu juris peculiari: cum ajo, *Sempronia hæredem suum rogavit, ut partem hæreditatis restituat Titio,* ex usu communi. Rationem nominis mox audiemus.

Quia domestici hæredes sunt] Theoph. οἰκειακοὶ eadem ferè significatione, qua domesticum testimonium §. *in testib. 9. sup. de test. ordin.* aut quasi οἴκοθεν καὶ ἀφ' ἑαυτῶν ἔχοντες τὸ κληρονομεῖν. Οἰκογενεῖς vernæ hæredes, qui non aliunde acciti, sed domi nati sunt. Ita & Plin. *Panegyr.* domesticos hæredes opponit extraneis, eosque ait bona, non ut aliena & speranda, sed ut sua semperque possessa, capere.

Et vivo patre quodammodo domini] Sui hære- 3
des ideo dicuntur, quia non alienam, sed jam quodammodo suam hæreditatem accipiunt, & non magis alteri quam sibimet ipsi hæredes sunt: unde Græcis dicuntur αὐτοκληρονόμοι, quod eleganter ad Phœnicem suum Lactantius accommodat hoc versu;

Ipsa sibi proles, suus est pater, & suus hæres.

Atque hoc nomine non magis post mortem patris appellantur, quam eo adhuc vivo & superstite κατὰ πρόληψιν, & quod singulariter notandum, etiam vivo adhuc patre dicuntur desinere sui hæredes esse, puta si capite minuti fuerint, *l. 1. §. 4. l. 11. de suis & legit. l. 12. de injust. rupt. l. 29. §. 12. & seq. de lib. & posth.* nimirum ideo, quia vivente adhuc patre jam quasi quodammodo domini, patrique socii, participes & cohæredes sunt, testimonio non solum nostrorum, Pauli, *l. 11. de lib. & posth.* Justiniani, *hoc text. & §. 3. inf. de hær. quæ ab int.* verum aliorum etiam scriptorum. Terent. *Heaut. Donec salvus redierit meus particeps.* Auson.

Justa quidem series patri succedere: verum
Esse simul dominos, gratior ordo piis.

Unde passim in comœdiis servi filios dominorum, heros minores, νεωτέρους δεσπότας, vocant. Telemachi subulcus dicitur, qui erat Ulyssis, *Odyss. ρ.* Servus Abrahami Isaacum vocat dominum suum, *Genes. 24. v. 65.* Atque hinc est, quod patre mortuo non tam novam & alienam hæreditatem percipere existimentur, quam pleniorem & liberiorem veterum bonorum administrationem, statimque à morte parentis quasi continuatur dominium, *d. l. 11. de lib. & posth.* quo fit, ut ubi suus hæres est, nunquam jacere hæreditas dicatur; nimirum quia nullum inter defuncti mortem & existentiam sui hæredis intervallum est, *l. 1. §. qui sunt 6. si quis omiss. ca. test.* Ex eo item est, quod sui hæredes ipso jure hæredes existant, citra ullum vel suum vel alterius factum, sine aditione, sine cretione, sine gestione pro hærede, *d. §. 3. inf. de hær. quæ ab int. l. in suis 14. de suis & leg.* adeoque ante apertas tabulas, *l. 3. C. de jur. del.* tametsi ignorent patrem decessisse: ac proinde etiamsi furiosi sint, aut alias voluntate careant, *d. §. 3. l. furiosi 63. de acq. hær.* Cujus rei hic effectus, ut paternam hæreditatem, tanquam jam sibi quæsitam, ad

ques-

quoscunque hæredes transmittant, *d. l. 3. C. de jur. delib.* Hinc denique est, quod cum extranei dicantur *acquirere, adire, repudiare hæreditatem,* sui dicuntur *hæredes existere,* (quod Græci interpretantur *ἀναφαίνεσθαι*) *retinere, immiscere, abstinere:* quasi qui rebus jam olim suis, ut domini utantur, easve retineant aut derelinquant. Postremo ex his etiam liquet, cur sui hæredes, si non instituantur, exhæredandi sint, atque in his solis exhæredationem propriè dici, *l. quidam 132. de verb. obl. add. Hotom. 9. obs. 10.*

Si quis intestatus] De hac re agimus *inf. §. 2. de hær. quæ ab int.* Disertè autem ait *intestatus:* nam lex duodecim tabularum liberam civibus Romanis testandi facultatem concessit; cujus vi legis patri licuit filium quem in potestate habebat, exhæredare, aliumque sibi hæredem facere. Sed & hoc ipsum, quod hic refert, ex jure civili est, & illo antiquo: quippe jure honorario postea etiam liberorum emancipatorum ratio haberi cœpta est, perindeque hi liberi ad bonorum possessionem & vi ipsa ad hæreditatem à prætore admissi, ac si capite minuti non fuissent, *l. 6. §. 1. de bon. poss. §. emancipati 9. inf. de hær. quæ ab int.* Hodie autem liberi emancipati, non minus quam sui, etiam jure civili ab intestato succedunt, *Nov. 118. c. 1.* quanquam in modo acquirendæ hæreditatis diversitas mansit: de quo alibi.

4 *Necessarii ideo dicuntur, quia sive velint, sive nolint*] Necessitas hæc à jure patriæ potestatis est, *l. 5. de cond. & idem,* quæ similis dominicæ fuit, ut ostendimus *in §. 2. sup. de pat. pot.* liberosque hac in causa redigebat adinstar servorum: unde & commune iis cum servis hæredibus à dominis institutis nomen necessariorum hæredum, *l. 12. de cond. inst. l. necessariis 57. de acq. hær. & passim.* Licet autem suitati cohæreat necessitas; est tamen diversa qualitas à suitate. Ex eo, quod quis suus est, ipso jure hæres fit, bonaque paterna penes eum remanent: ex eo, quod necessarius, ea retinere cogitur, creditoribusq; paternis, velit nolit, respondere, *d. l. necessariis.* quanquam hic etiam suum confert suitas. In suitate jus liberorum magis, in necessitate solius patris vertitur; cui ob id liberum fuit necessitatem hanc remittere, atque ex necessario hærede facere voluntarium, *d. l. 12. de cond. inst. l. jam dubitari 86. de hær. inst.* Neque unquam pater dicitur suum sibi hæredem facere, sed bene necessarium: & eum impuberi filio fratrem necessarium hæredem facit, suum tamen hæredem non facit, ut rectè Govean. *ad l. 2. §. 5. n. 35. & in l. 10. §. 1. n. 2. de vulg. & pup.* contra Bart.

Prætor permittit volentibus abstinere hæreditate] Cum quæsitæ hæreditatis hæc vis sit, ut nos obliget æri alieno, licet solvendo non sit, *l. 8. de acq. hær.* suisque hæredibus ipso jure acquiratur hæreditas, consequens quidem est, ut creditoribus hæreditariis respondere teneantur, quamvis bona paterna non sufficiant, iisque se bonis abstinere parati sint: humanitas tamen hic postulare videbatur, ut eo onere, qui id non sponte suscepissent, liberarentur. Verum tantum abest, ut jus civile iis subvenerit, ut eodem jure etiam necessitas ista comparata sit & annexa suitati. Et quid mirum si lex, quem occidere patri permittebat, eundem necessarium hæredem patri fecerit, aut permiserit patrem sibi facere? Cæterum acerbitatem juris civilis prætor mitigavit data suis & necessariis hæredibus potestate abstinendi; quo beneficio qui ex his uti volunt, hoc consequuntur, ut necessitate subeundorum onerum hæreditariorum non adstringantur, *d. l. necessariis de acq. hær.* Ex eo autem, quod 5
prætor hic dicitur, liberis necessariis hæredibus volentibus potestatem facere abstinendi hæreditate, & alibi eos liberare oneribus hæreditariis, si velint derelinquere hæreditatem, *d. l. necessariis,* rectè colligitur, prætorem ex necessariis vi ipsa fecisse voluntarios, quanquam non extraneos: necessitatem tantum à prætore sublatam, non suitatem: quippe cujus maxima parte ad utilitatem liberorum pertinet, quibus prodesse, non nocere, prætori propositum fuit, *l. 12. de vulg. & pup.* Quamobrem etiamnum & ipso jure & ignorantes hæredes fiunt, & obligantur creditoribus hæreditariis, *§. 3. inf. de hær. quæ ab int. l. 2. de cond. furt. d. l. necessariis,* quamvis respectu beneficii prætorii, quo fit ut in eos actio non detur, idem jus habere dicantur, quod futurum esset, si liberum arbitrium adeundæ hæreditatis haberent, *l. nam nec. 89. de legat. 1.* Manebit igitur adhuc idem suitatis effectus, quem supra indicavi, ut si filius decesserit, cum vel ignoraret patrem mortuum esse, vel sciret quidem, sed nondum declarata voluntate de retinenda aut derelinquenda patris hæreditate, eam hæreditatem, utpote ipso jure sibi jam quæsitam, ad hæredes quoslibet transmittat. Rectene dicatur, jus suitatis tolli per exhæredationem, aut vulgarem substitutionem, alibi disputavimus. Clarius vero adhuc apparet, suitatem non esse sublatam à prætore ex eo, quod etiam post abstentionem nudum illud nomen hæredis non est sine effectu: nam & sola sui hæredis existentia confirmat tabulas pupillares, ut docuimus supra sub *pr. de pup. subst.* & libertates sustinet, *l. cum quasi 30. §. sed etsi 10. de fid. lib.* quo loco disertè pro ratione hoc affert Jurisconsultus, *quod non sit sine hærede, qui suum hæredem, licet se abstinentem habet:* & operatur confirmationem fideicommissi, ut restituta hæreditate ex Senatusconsulto Trebellian. transeant actiones, *l. ita tamen 27. §. 3. ad sen. Treb.* Postremo inde est, quod hæreditas pupilli, quamtumvis abstinentis, potestate juris civilis cum hæreditate patris confusa censetur, *l. patrefam. 28. de reb. auct.*

jud. poss. licet hoc casu substitutus pupilli separationem bonorum patris & filii petere possit ex sententia Marcelli, probata ab Ulpiano *l. Julianus 42. de acq. har.*

Ut potius parentis, quam ipsorum bona] Species ignominiæ est, bona alicujus à creditoribus propter æs alienum possideri aut publicè distrahi. Itaque ne id fiat, etiam mortuorum interest: atque ob eam causam placuit, non minus ignominiam istam, quam hæreditatem, servis relinqui posse; nec causam prætor habuit, cur servo necessario hæredi potestatem daret abstinendi, *d. l. necessariis, §. ult. de acq. har.* qui tamen liberorum pudori ac famæ parcendum existimavit, *l. paterfam. 28. de reb. auct. jud. poss.* hoc est, satius putavit, ut ex duobus, qui pari conditione sunt, potius patris defuncti nomine, quam filii viventis; non sentientis, quam sentientis, se hac affici injuria, bona possideantur aut divendantur.

Textus.
De extraneis.

3. Cæteri, qui testatoris juri subjecti non sunt, extranei hæredes appellantur Itaque liberi nostri, qui in potestate nostra non sunt, hæredes à nobis instituti, extranei hæredes nobis videntur. Qua de causa & qui hæredes à matre instituuntur, eodem numero sunt: quia fœminæ in potestate liberos non habent. Servus quoque hæres à domino institutus & post factum testamentum ab eo manumissus, eodem numero habetur.

Notæ.

3. Haeredes a matre] Sicut fœmina liberos in potestate non habet, ita nec suos hæredes habere potest, *l. 4. §. 2. cont. tab.* Multo magis huc pertinent parentes, fratres, &c. Et sic quidem ad discretionem suorum hæredum. Nam alias omnes legitimi & honorarii successores ab extraneis rectè secernuntur.

Eodem numero] Extraneorum videlicet; quoniam utrumque ex defuncti testamento consecutus non est, libertatem scil. & hæreditatem, *§. 1. sup. de hær. inst.*

Commentarius.

1 *Extranei hæredes quotuplici sensu dicantur.*

Sequitur tertium genus hæredum, extranei; qui iidem & voluntarii hæredes dicuntur, propterea quod his hæreditas voluntate acquiritur, ut si velint, liceat suscipere, *§. ult. inf. eod.* si nolint, non cogantur, *l. nec emere 16. C. de jur. del.* eaque appellatione commodius in distributione necessariis oppositi fuissent, ut initio monuimus. Sunt autem extranei seu voluntarii hæredes, in liberis hominibus omnes, qui non sunt sui & domestici: ac proinde qui ad hæreditatem sive ex testamento sive ab intestato vocati in potestate morientis non fuerunt, aut non proximo in familia gradu: ex servis, qui utrumque ex domini testamento non consequuntur, libertatem scil. & hæreditatem, *§. 1. sup. de hæred. inst. & hoc text. in fin.*

Qui in potestate nostra non sunt] Liberos intelligit emancipatos, quos constat per emancipationem è familia exire, & extraneos nobis fieri, *l. quin etiam 55. de rit. nupt.* Itaque sive hæredes à patre instituti sint, sive ab intestato ad bonorum possessionem à prætore vocentur, non efficiuntur ipso jure hæredes aut bonorum possessores: sed sua voluntate aut hæreditatem adeundo, aut bonorum possessionem agnoscendo. Sed & hodie etsi jure civili quoque ab intestato succedunt. *Nov. 118. c. 1.* Non aliter tamen, quam si voluerint, & adierint hæreditatem, hæredes fiunt, ut ex communi sententia hic notat Wesemb. & suo tempore à nobis confirmabitur.

Qui hæredes à matre instituuntur] Quemadmodum fœmina liberos in potestate non habet, ita nec suos hæredes habere potest, *l. 4. §. 2. cont. tab.* Huc igitur multo magis pertinent parentes & fratres. Illud singulare est, quod frater impuberi fratri à patre substitutus necessarius fratri hæres fit. Etenim patri concessum est, quos sibi facit necessarios, eosdem & filio facere, *l. 2. §. prius 4. in fin. l. 10. §. 1. de vulg. & pup. l. Jul. 42. de acq. hær.* Suum tamen hæredem hunc fratri non fieri, contra Bart. probat Govean. *in d. l. 2. §. 4. & 5.* Omittendum vero hic non est, verbo extraneorum hæredum non semper intelligi omnes, qui sunt voluntarii, aut omnes designari, qui non sunt sui. Nam & filius emancipatus ab extraneis discernitur, *l. filiusfam. 114. §. sed & si 16. de legat. 1. l. peto 69. §. pen. & ult. de legat. 2.* atque in *l. unic. C. de impon. lucrat. descrip.* appellatione extraneorum significantur soli, qui in numero descendentium non sunt: & patrono legitimo hæredi extrarius opponi videtur *in l. libertus 36. de bon. lib.* Sane cum de jure succedendi ab intestato quæritur, pro extraneis simpliciter habendi non sunt, qui, præteriti aut exhæredati, jure civili aut prætorio testamentum rescindere possunt. Quo in genere sunt liberi emancipati, quibus & exhæredatis querela de inofficioso, & præteritis bonorum possessio contra tabulas datur, ac jure 1

jure novissimo etiam successio ab intestato una cum suis hæredibus defertur. Item liberi, qui nunquam in potestate fuerunt; qui & ipsi exhæredati matris aut avi materni testamentum inofficiosum dicere possunt. Quibus accedit, quod ex constitutione Theodosii liberi omnes à parentibus instituti hæreditatem etiam non aditam, & ante apertas tabulas morientes, transmittant ad eos, qui ex se descendunt, *l. un. C. de his qui ante ap. tab.* qui effectus quidam est suitatis: & sui hoc amplius tantum habent, quod hæreditatem ignorantes transmittunt ad hæredes quosvis. Sed neque parentes prorsus extranei hæredes habendi, cum & ipsis præteritis querela inofficiosi competat. Quinetiam omnes, qui ab intestato sive à lege, sive à prætore ad successionem vocantur, suo sensu possunt dici non extranei, nimirum ad differentiam eorum, qui ab intestato venire non possunt: eoque sensu Cajus *lib. 2. tit. 3. in fin.* extraneos hæredes definit, qui nullo propinquitatis gradu testatori junguntur; quamvis inscite eo loco, ubi extraneos & suos invicem in dividendo opponit. Ex his vero intelligi potest, quid sibi velit Baldus *in l. 9. col. 12. 3. opp. C. de collat.* cum ait, extraneum dici tripliciter, à suitate, à filiatione, & à cognatione.

TEXTUS.
De testamenti factione.

4. In extraneis hæredibus illud observatur, ut sit cum eis testamenti factio, sive hæredes ipsi instituantur, sive ii, qui in potestate eorum sunt. Et id duobus temporibus inspicitur: testamenti quidem facti tempore, ut constiterit institutio: mortis vero testatoris, ut effectum habeat. Hoc amplius & cum adit hæreditatem, esse debet cum eo testamenti factio, sive pure sive sub conditione hæres institutus sit. Nam jus hæredis eo maxime tempore inspiciendum est, quo acquirit hæreditatem. Medio autem tempore inter factum testamentum, & mortem testatoris, vel conditionem institutionis existentem, mutatio juris non nocet hæredi: quia, ut diximus, tria tempora inspici debent. Testamenti autem factionem non solum is habere videtur, qui testamentum facere potest: sed etiam qui ex alieno testamento vel ipse capere potest, vel alii acquirere. Et ideo furiosus, & mutus, & posthumus, & infans, & filiusfamilias, & servus alienus, testamenti factionem habere dicuntur. Licet enim testamentum facere non possint: attamen ex testamento vel sibi vel alii acquirere possunt.

NOTÆ.

4. IN EXTRANEIS] Ex Florent. *l. 49. §. 1. de hær. inst.* Ait *in extraneis*, quia in suis hæredibus vix est, ut locus sit quæstioni de capacitate.

QUI IN POTESTATE EORUM] Ratio est, quoniam institutio servorum, qui per se sunt incapaces, sustinetur ex persona domini, quo cum testamenti factio est, *l. 31. d. t.*

UT EFFECTUM HABEAT] Id est, ut dies ejus utiliter cedat: quod fit, si quis sit mortis tempore, cui hæreditas utiliter deferatur, & qui eam adeundo possit consequi, *l. 52. de leg. 2.*

ET CUM ADIT HÆREDITATEM] Ita & Florent. *d. l. 49. §. 1.* Cæterum non sufficit hoc tempore capacem esse, si qua mutatio juris hæredi contigerit post mortem testatoris aut conditionis eventum.

COMMENTARIUS.

1 *In successione ab intestato de capacitate hæredum diversis temporibus spectanda quæri non posse; de qualitate posse.*

2 *Quid in successione ex testamento circa suos hæredes.*

3 *Notatur & refellitur insignis error VVesembecii.*

4 *Cum de capacitate inspicienda quæritur, nihil interesse, domini an eorum servi instituti sint.*

5 *Non satis subtiliter tempus adeundæ hæreditatis in consideranda capacitate hæredis constitui terminum distinctum à tempore mortis.*

6 *Probatur invictis rationibus, tempus adeundæ hæreditatis neque in pura institutione tertium, neque in conditionali quartum terminum constituere.*

7 *In pura institutione ut duo sunt extrema, ita unum tantum esse medium tempus, quod non noceat;*

noceat; in conditionali uti extrema tria, ita duo tantum media.

Expositis generibus & differentiis hæredum, pergit ad id, cujus cognoscendi causa differentiæ istæ præcipue traditæ fuerunt, videlicet ad ipsam hæreditatis jure delatæ acquisitionem: & quia in extraneis hæredibus (in aliis enim, ut mox ostendemus, disputatio proposita inepta est) ad acquirendam hæreditatem necessario requiritur, ut sint hæreditatis capaces; merito primum docet, quibus temporibus capacitas illa inspicienda sit, ut hæreditatem sibi delatam obtinere possint. Qua de re ut habeamus, quod certo statuere liceat, primum distinguendum est inter successionem ab intestato & successionem ex testamento: deinde inter qualitatem
1 hæredis & ejusdem capacitatem. In successione ab intestato de capacitate hæredum diversis temporibus spectanda disputari non potest; cum nemo ad successionem ab intestato vocetur, qui non sit capax tempore mortis ejus, de cujus hæreditate agitur. De qualitate autem quæri potest, puta quo tempore spectandum, an quis suus sit, aut proximus agnatus. Placuit autem, in eo inspici tempus delatæ hæreditatis; quod tempus plerumq; quidem idem est cum tempore mortis, sed tamen non semper, §. *cum autem 7. inf. de hared. qua ab int.* §. *proximus 6. inf. de leg. agnat. succ.* quibus locis diligenter hoc à no-
2 bis exponitur. In successione ex testamento in suis hæredibus vix est, ut locus sit quæstioni de capacitate, cum non possit non esse cum suo hærede testamenti factio. Cæterum quod ad qualitatem, hoc est, suitatem pertinet, quæri potest, utrum necesse sit eos utroque tempore suos esse & testamenti facti & mortis testatoris; an satis sit, tales fuisse saltem altero, id est, tempore mortis. Sed verius est, sufficere, tales esse tempore mortis, etsi tempore testamenti non fuerint, *per l. si quis 18. de injust. rupt. l. filio 23. §. 1. de lib. & posth.* ut tamen & testamenti tempore capaces fuerint, omnino necesse est: alioqui
3 Catoniana regula impedietur institutio. Notandus autem hic est insignis error Wesembecii, qui scribit, non fuisse necesse, ut de suis necessariis eadem moneremur, propterea quod ex persona testatoris testamenti factionem habeant. Quis enim unquam fando audivit, quenquam habere testamenti factionem ex persona testatoris? cum servo testamenti factio est ex persona domini, & sustinetur servi alieni institutio, si cum domino testamenti factio est, quasi ipse dominus mediate per servum institutus esset, *l. nō minus 31. de hared. inst. l. 10. §. 1. de acq. rer. dom.* Sed hoc ad servum necessarium, hæredem qui applicari potest? aut qui potest domini persona accommodari servo, ubi idem dominus est & testator; Sed valet hic institutio ex persona ipsius hæredis, quatenus consideratur ut jam liber & civis Romanus, quo tempore testamento deferri incipit hæreditas. Dicere vero, filiumfam. hæredem institutum aliunde personam mutuari, sive ab extero hæres institutus sit, sive à patre, intolerabile est. Ut ad rem redeam, tota fere quæstio de inspicienda diversis temporibus capacitate, ad extraneos hæredes, eosque testamento institutos, pertinet; quemadmodum etiam hic de extraneis hæredibus proposita est ex Florentino *l. si alienum 49. §. 1. de hared. inst.* Quam recte dicatur, & quam rationem habeat, quod tria tempora hic observentur, tempus facti testamenti, mortis testatoris, & hæreditatis adeundæ, ex progressu liquebit.

Sive ii qui in potestate eorum sunt] Cum extranei hæredes alias capaces sint, alias incapaces, & eorum, qui sunt capaces, non minus servi, quam illi ipsi, hæredes institui possint: quæri poterat, an quibus temporibus capacitas eorum spectatur, cum ipsi hæredes instituti sunt, iisdem etiam eadem spectetur, cum instituti sunt eorum servi. Ait autem Imp. hic post Florentin. *d. l. si alienum*, §. *1.* nihil in proposito interesse, utrum ipsi domini hæredes instituti sint, an servi eorum. Et recte: nam cum servorum, qui ipsi per se incapaces sunt, institutio sustineatur ex persona domini, quocum testamenti factio est, *l. non minus 31. de her. inst. l. 12. §. 2. de legat. 1.* consequens omnino est, testamenti factionem iisdem temporibus cum domino esse oportere, servo ejus hærede instituto, quibus oporteret, si ipse hæres institutus esset: proinde & facti testamenti tempore & mortis testatoris. Huic tamen parti contradicere videtur Terentius Clemens *l. si servus 82. de acq. her.* Ait enim, servum ejus, qui capere non potest, 4
& hæredem institui posse, & eum ipsum, si, antequam jussu Domini adeat, manumissus sit, ad hæreditatem admitti. Verum ut totus iste locus & loci inscriptio ostendunt, non loquitur Clemens de servo ejus, qui omnino non est capax, aut cum quo simpliciter non est testamenti factio, qualis est peregrinus aut deportatus; (nam & hunc nihil prohibet servum habere, *l. 7. de legat. 3.*) sed de servo ejus, cum quo quidem ut cive Romano testamenti factio est; sed qui capere non potest ex ejus testamento, qui servum instituisse proponebatur. Erant enim inter cives, qui ex quorundam testamentis aut nihil aut partem tantum capere poterant, ut cœlibes, orbi, *vid. sup. pr. de her. inst.* aliter respondet Cujac. *ad d. l. si alienum, §. 1. de her. inst.*

Duobus temporibus, testamenti facti, & mortis testatoris] Mox tamen adjicit & tertium tempus, scilicet quo adeunda hæreditas: uti & Jurisconsultus *d. l. si alienum*, §. *1.* De duobus temporibus, testamenti & mortis testatoris, res expedita est. Nam testa-

testamenti tempus necessario inspiciendum est, ut consistat institutio, nimirum propter regulam Catonianam, quæ initium spectari vult, nec patitur, institutionem, quæ ab initio non valuit, ex postfacto convalescere, *tot. tit. de reg. Caton.* Mortis vero ideo, ut effectum habeat institutio, hoc est, ut dies ejus utiliter cedat. Quod fit, si quis sit eo tempore, cui hæreditas utiliter deferatur, quique eam adeundo sibi acquirere possit, *l. non oportet 52. de legat. 2.*
5 Quod vero duobus istis temporibus Imp. & Jurisconsultus *d. l. si. alienum.* §. *1.* tertium adjungunt, tempus scilicet adeundæ hæreditatis, eoque tempore non minus, quam superioribus, atque ut distincto à tempore mortis, capacitatem hæredis inspiciendam ajunt, idque sive pure, sive sub conditione institutus sit, satisne subtiliter aut considerate ab iis dicatur, merito dubitaveris. Mihi enim, ut dicam, quod sentio, Jurisconsultus, cujus verba descripsit Tribonianus, non satis caute eo loco locutus videtur: neque id temere à me dictum mox fatebere.

Hoc amplius & cum adit hæreditatem, &c. sive pure, sive sub conditione institutus sit] Ita quoque Jurisconsultus in *d. l. alienum,* §. *1.* nimirum ergo Imp. & Jurisconsultus hoc ajunt, præter priora duo tempora, testamenti sc. & mortis testatoris, etiam adeundæ hæreditatis tempus circa capacitatem hæredis spectari, sive pure, sive sub conditione instituti.
6 Mihi vero hoc inconsideratius dictum videtur, & sive pura sit institutio, sive conditionalis, tempus adeundæ hæreditatis in consideranda capacitate hæredis non bene constitui terminum distinctum à tempore mortis aut conditionis existentis. Primum enim ubi pura institutio est, nego plura tempora in proposito spectari, quam duo illa, testamenti facti & mortis testatoris: tempus autem adeundæ hæreditatis à tempore mortis ajo distingui non oportere. Quod sic demonstro. Hæres pure institutus aut incapax tempore mortis invenitur, aut capax. Si incapax, frustra quæritur de ejus capacitate tempore aditionis hæreditatis, cum qui capax non est tempore mortis, & si postea capax fiat, hæreditatem acquirere non possit: quod ipsum etiam hoc loco & *d. l. si alienum,* §. *1.* aperte significatur, cum ad hoc ut effectum habeat institutio, requiritur ut institutus capax sit tempore mortis: neque ratio juris aliud patitur, secundum quam constat, tempus aditionis cum tempore mortis conjungi, *l. hæres 54. de acq. her. l. omnia 193. de reg. jur.* Si est capax, & deinde hæreditate nondum adita incapax factus, post aliquanto in pristinam causam restitutus sit, hic quidem temporis adeundæ hæreditatis tanquam tertii extremi ratio aliqua haberi poterat; cæterum non haberi, ac ne sic quidem hæreditatem instituto acquiri posse, ex eo evincitur, quod in pura institutione unum tantum tempus intermedium est, quo hæredi mutatio juris non noceat, tempus scilicet, quod intercedit inter factum testamentum & mortem testatoris: ex quo porro hoc sequitur, in pura institutione duo tantum esse extrema, quæ circa capacitatem hæredis considerentur, tempus testamenti conditi, & mortis testatoris. Per hunc *text. vers. medio autem, & d. l. si alienum,* §. *1. vers. eod.* Denique certum est, non tantum mortuo hærede instituto, sed etiam eo deportato aut servo facto ante aditam hæreditatem, statim locum fieri substitutis aut hæredibus ab intestato, *l. Gallus 29.* §. *& quid 5. de lib. & posth. l. 3.* §. *1. de his quæ pro non script.* Sed nec in conditionali institutione recte dicitur, circa capacitatem hæredis inspici tempus aditionis: sed præter duo priora inspicitur etiam tempus existentis conditionis, ita ut tria quidem hic sint extrema, sed præter tempus testamenti & mortis, tum inspicitur existentia conditionis, non etiam tempus adeundæ hæreditatis: alioqui enim dicendum foret, quod inauditum est, in conditionali institutione quatuor tempora distincte consideranda esse, testamenti, mortis, conditionis existentis, & quo aditur hæreditas: siquidem conditio existens hæredem scriptum jure hæredem non facit; sed tantum institutionem purificat, ut ad acquirendam extraneo hæreditatem nihilominus adhuc opus sit aditione. Quid quod nec Imperator ipse aut JCtus *dict. loc.* plura tempora in conditionali institutione agnoscunt, quam tria ista, quæ diximus? ajunt enim, medio tempore inter factum testamentum & mortem testatoris, vel conditionem institutionis existentem, mutationem juris non nocere hæredi. Quod si tempus adeundæ hæreditatis quoque eodem modo spectaretur, addere debebant, æque medio tempore inter conditionem existentem, & aditionem hæreditatis, mutationem juris hæredi non obesse. Effectum igitur est tempus aditionis hæreditatis neque in pura institutione constituere terminum tertium, neque in conditionali quartum: ac proinde parum considerate tempus illud hoc loco confertur cum prioribus. Et omnino existimo, eo, quod hic traditur de inspicienda capacitate hæredis etiam quo tempore de adeunda hæreditate agitur, nihil aliud significari, quam eum, qui isto tempore capax non est, licet cæteris temporibus capax fuerit, hæreditatem adeundo acquirere non posse: & quamvis hæc monitio pene inepta videatur, cum contradictoria sint, incapacem esse, & posse acquirere hæreditatem, tamen non alium illorum verborum sensum esse patet ex eo, quod cum de extremis agitur & intermediis, quæ non nocent, temporibus, tempus adeundæ hæreditatis inter ea extrema non agnoscitur, utpote quo capacem esse hæredi nihil prosit, si aliquando aut post mortem testatoris aut post conditionis existentiã incapax fuerit.

Medio tempore inter factum testamentum & mortem testatoris, vel conditionem] Hic expressa habemus tempora omnia, & quæ considerantur ut extrema, & quæ insuper habentur ut intermedia. In pura institutione extrema duo sunt, testamenti & mortis testatoris; medium unum, quod inter duo ista
7 interjectum est. In institutione conditionali extrema tria; nam tertium in ea facit existentia conditionis: media, quæ non nocent, duo. Quippe secundum medium in ea est, quod intercedit inter mortem testatoris & conditionem institutionis existentem. Præter hæc neque aliud extremum, neque intermedium numeratur. Unde apparet, verba, quæ sequuntur, *quia, ut diximus, tria tempora inspici debent*, eadem, qua supra, inconsiderantia prolata esse, & vel non attento tempore conditionis existentis, vel duobus temporibus, mortis & existentis conditionis, pro uno computatis; forte quod posterius retrotrahitur & conjungitur cum priore. Illud nullam rationem habet, quod Jo. Faber contendit, in conditionali institutione non esse necesse, ut hæres capax sit tempore mortis testatoris. Nam si tempore testamenti facti id exigitur, fortiore ratione idem exigetur tempore mortis, quod, quoniam morte testamentum confirmatur, magis principale habendum est: & jam dictum est, tempus conditionis existentis retrotrahi ad tempus mortis & cum eo conjungi, uti & tempus aditæ hæreditatis: atqui hoc fieri non potest, si tempore mortis cum hærede non fuerit testamenti factio. Itaque nullius momenti est argumentum Fabri, quod tantum facit in conditionali institutione tempus existentis conditionis, quantum in pura tempus mortis. Nam etsi ex conditionali institutione non defertur hæreditas tempore mortis, sed demum existente conditione; quam ob causam etiam in capacitate hæredis inspicienda illius temporis ratio habetur: nihilominus tamen & tempus mortis in eodem negotio spectandum est: quia existente conditione ad id tempus statim recurritur, & perinde habetur, ac si pure institutio facta esset: nec vero ob aliam causam institutio conditionalis sustinetur, quam quod conditione quandoque existente eventus ejus ad tempus mortis retrotrahitur, & pro eo res habetur, ac si pure hæreditas relicta sit. De quo ex professio *sup. §. hæres 9. de hær. inst.* Sed & aperte satis hoc ipsum significat Justinianus, cum ait, tria tempora inspici debere: hoc enim tam de conditionali, quam pura institutione dici palam est. At ex tribus istis temporibus unum est tempus mortis: refert enim se ad tria illa, quæ antea enumeraverat: ut vero extrema habilia sint necesse est. Hæc plerisque aut ignota, aut intacta, ut *Viglio, Myns. Hotom. VVesemb. &c.*

Ex alieno testamento capere] Testamenti factione duplex jus continetur, faciendi testamentum, & ex testamento capiendi. Hinc vulgo DD. testamenti factionem dividunt in activam & passivam. Quamvis enim proprie is solus testamenti factionem habere dicatur, cui testamenti faciendi jus est: videmus tamen, nostros aliquando pinguius ita loqui, ut eos quoque dicant testamenti factionem habere, qui tantum capere ex testamento possunt, *l. filiusf. 16. qui test. fac. l. ult. pro hæred.* cum quibus esse testamenti factio rectius dicitur & usitatius, ut alibi ostendimus.

Furiosus] Marcellus *d. l. filiusfam. 16. §. 1. qui test. fac.* scribit, furiosum ideo testamenti factionem habere, quia potest sibi acquirere legatum vel fideicommissum. Non addit, hæreditatem: quoniam eam hæres scriptus, donec resipiscat, nec sibi nec alii acquirere potest, extra quam si patri necessitarius hæres existat, *l. furiosus 63. de acq. hær.* Plane curator furiosi bonorum possessionem ejus nomine agnoscere potest, *l. ult. §. si autem 3. C. de cur. fur. l. 1. de bon. possess. fur. infant. &c.*

TEXTUS.

De jure deliberandi, & de beneficio inventarii.

5. Extraneis autem hæredibus deliberandi potestas est de adeunda hæreditate, vel non adeunda. Sed sive is, cui abstinendi potestas est, immiscuerit se bonis hæreditatis; sive extraneus, cui de adeunda hæreditate deliberare licet, adierit, postea relinquendæ hæreditatis facultatem non habet, nisi minor sit xxv. annis. Nam hujusmodi ætatis hominibus, sicut in cæteris omnibus causis, deceptis, ita & si temere damnosam hæreditatem susceperint, prætor succurrit. Sciendum est tamen, divum Hadrianum etiam majori xxv. annis veniam dedisse, cum post aditam hæreditatem grande æs alienum, quod aditæ hæreditatis tempore latebat, emersisset. Sed hoc quidem divus Hadrianus cuidam, speciali beneficio præstitit. Divus autem Gordianus postea militibus tantummodo hoc concessit. Sed nostra benevolentia com-

nunc omnibus subjectis imperio nostro hoc beneficium præstitit : & constitutionem tam æquissimam, quam nobilissimam scripsit, cujus tenorem si observaverint homines, licet eis adire hæreditatem, & in tantum teneri, quantum valere bona hæreditatis contingit : ut ex hac causa neque deliberationis auxilium sit eis necessarium, nisi omissa observatione nostræ constitutionis & deliberandum existimaverint, & sese veteri gravamini aditionis supponere maluerint.

NOTÆ.

§. EXTRANEIS HAEREDIBUS] Ex Florent. *l. 49. §. 1. de hær. inst.* Ait *extraneis*, quia deliberatio extraneorum hæredum propria est. Cæterum postquam suis hæredibus à prætore concessa facultas abstinendi, etiam deliberandi eis data, *l. 8. & seq. de jur. del. l. 19. C. eod.*

DELIBERANDI POTESTAS] Si creditores, legatarii, &c. non urgeant, potest hæres, vel intra 30. annos adire : si instent, aut statim adire debet, aut tempus ad deliberandum petere, *l. 9. C. eod.* ut interim instrumenta hæreditaria & rationes defuncti inspiciat, *l. 5. D. eod. l. 28. de acq. hær.* à Principe annus conceditur, à judicibus novem menses, *l. ult. §. 13. C. d. t.* olim id fuit arbitrarium, *l. 1. §. 2. D. eod.*

IMMISCUERIT SE] Sui non dicuntur adire prove hærede gerere, aut repudiare, quæ iis solis conveniunt, quibus hæreditas tantum oblata est; sed immiscere, aut abstinere, quæ proprie dicuntur de rebus partis & jam nostris, *l. 14. §. 1. de relig. l. 11. l. 57. l. 71. §. 1. l. 87. de acq. hær.* quanquam interdum hæc accuratio negligitur, *l. 7. §. 10. de minor. l. 6. C. de leg. hær.*

NISI MINOR 25. ANNIS] *l. 7. §. 5. de minor.* ex generali nimirum illo edicto, propter inconsultam hujus ætatis facilitatem.

DAMNOSAM HAEREDITATEM] Et ex contrario, si lucrosam temere repudiaverint, *l. 2. C. si ut om. hær.*

COMMENTARIUS.

1 *Hæredem tam in onera, quam in commoda hæreditaria succedere.*
2 *Jus deliberandi quorum causa & cujus rei gratia comparatum; quis ejus effectus, & quid hic de suo contulerit Justinianus.*
3 *Etiam suis hæredibus jure prætorio deliberandi facultatem esse.*
4 *Post aditionem aut immixtionem hæreditatem derelinqui non posse, nisi à minore 25. annis per restitutionem in integrum.*
5 *Majoribus ex clausula generali vix esse ut hic succurratur.*
6 *Beneficium inventarii.*
7 *Quæ neglecti hujus beneficii pœna.*
8 *Jus hodiernum circa adeundam sub beneficio inventarii hæreditatem.*

HÆres suscepta hæreditate in jus & locum defuncti succedit, eumque in omnibus, quæ personæ non cohærent, repræsentat, *l. hæres 37. de acq. hær. l. nihil 24. de verb. sign. l. hæreditas 62. de reg. jur. junct. l. 8. §. 3. de lib. leg.* Hoc autem cum dicimus, intelligimus, hæredem succedere non tantum in jus, quod defunctus habuit adversus alios : verum etiam in id jus, quo defunctus aliis tenebatur : in summa, hæredem tam onerum & incommodorum successorem esse, quam commodorum hæreditariorum : ac proinde obligari eum etiam ære alieno defuncti, eoque nomine à creditoribus hæreditariis conveniri posse, conventum iis respondere, eorumque actiones, quæ ex contractibus defuncti descendunt, suscipere cogi, etiamsi hæreditas solvendo non sit, *l. 8. de acq. hær. l. 2. C. de hær. vel act. vend. l. ult. Cod. de hær. act. §. 1. inf. de perp. & temp. act.* Quæ cum ita sint, periculosum sane atque anceps est, hæreditatem aut adire statim, aut statim repudiare; illud, ob periculum æris alieni, quod initio latere potest; hoc, ne temere repudiando lucrosam hæreditatem amittamus. Cæterum adversus hujusmodi periculum duo remedia hæredibus cunctantibus comparata sunt, sive ex testamento sive ab intestato ad hæreditatem vocatis; ac proposita non extraneis tantum de adeundo aut repudiando, sed etiam suis hæredibus de immiscendo aut abstinendo cogitantibus. Unum vetus est, jus deliberandi, de quo in pr. hujus §. alterum novum, à Justiniano primum introductum, beneficium scilicet inventarii, quod indicatur vers. *Sed nostra.*
2 Quod attinet ad jus deliberandi, sciendum est, id non tantum hæredis gratia comparatum esse, sed eorum quoque, quorum interest, hæreditatem statim aut adiri aut repudiari, puta creditorum, substitutorum, eorumve, qui ab intestato venire possunt. Quin etiam hoc remedio, si nemo istorum sit, qui urgeat, non admodum hæredi opus est : quippe cui liberum, tam diu hæreditatem amplecti, quamdiu eam non recusaverit, *l. 9. Cod. de jur. del.* neque enim tempus ullum adeundæ hæreditati legibus præstitutum est; & si aliquo tempore, solum longissimo, id est, præscriptione 30. annorum, jus hæredis excluditur. *DD. comm. per*

l. Cod. de præscr. 30. ann. Jason. in l. 8. Cod. de jur. del. Coras. 6. misc. 21. Cæterum si sint, qui urgeant, hic prædictum remedium hæredi necessarium est, nisi paratus sit statim aut hæreditatem suscipere, aut possessionem bonorum pati, aut aliorum successionem, *l. si quis 23. §. 2. de hær. inst. l. quamdiu 69. de acq. hær.* Hæc enim tunc ei optio datur, ut aut statim respondeat, hæres, necne, esse velit, aut tempus ad deliberandum petat, *l. 9. C. de jur. del.* Tempus hoc olim positum erat in potestate jus dicentis, qui pro arbitrio suo deliberationem petenti diem præstituebat, *l. 1. in fin. d. tit.* non utique ut ex libidine sua id faceret, sed ut pro prudentia sua statueret tempus moderatum, *d. l. 9. Cod. eod.* quantum scilicet sufficere videretur ad cognoscendas facultates defuncti; nec pauciores daret, quam centum dies, *l. 2. eod. tit.* Justinianus summum tempus, si à Principe deliberatio petatur, annum esse voluit; si à judicibus, novem menses, *l. ultim. §. & siquidem 13. C. eodem.* Impetrato tempore ad deliberandum, licet hæredi interea explorare vires patrimonii defuncti, petere, ut rationum defuncti & instrumentorum hæreditariorum inspiciendorum sibi copia fiat; ut instruere se possit, atque apud se constituere, expediat, nec ne, agnoscere hæreditatem, *l. 5. eod. l. Aristo. 28. de acquir. hæred.* Quod si intra diem præstitutum hæreditatem non agnoverit, respectu substituti aut hæredis legitimi, hæreditas pro repudiata habetur, *l. quamdiu 69. de acq. hær.* Creditoribus autem obligatur perinde ac si adiisset, *d. l. ult. §. pen. C. de jur. del.* nimirum prout utile ei est, ad cujus instantiam tempus est præfixum, ita silentium deliberantis pro aditione aut repudiatione haberi debuit. A Justiniano hoc etiam hæredibus tributum, ut intra annum, ex quo hæreditatem sibi delatam esse cognoverint, decedentes, cum ipsi eam nec adiissent nec repudiassent, jus deliberandi atque adeundi intra tempus, quod ex eo anno reliquum est, in quosvis hæredes transmittant, *l. cum in antiquioribus 19. C. d. tit.* eoque jure etiam nunc utimur. *Grot. lib. 2. manuduct. c. 22.*

Extraneis hæredibus] Jus deliberandi de adeunda vel repudianda hæreditate, extraneorum & voluntariorum hæredum proprium est. Nam in suis hæredibus, si jus civile spectamus, quo etiam sunt necessarii, locus esse deliberationi non potest: quippe cum sine ullo suo facto, ipso jure statim hæredes existant, nec potestatem habeant hæreditatem ita quæ-
3 sitam derelinquendi. Cæterum postquam prætor suos ad instar voluntariorum redegit, dato beneficio abstinendi, consequens fuit, ut etiam jus deliberandi eis daret exemplo extraneorum hæredum voluntariorum; ut quemadmodum extraneis jus est deliberandi, utrum adeant, an repudient, ita suis deliberandi jus sit, utrum immiscere se paternæ hæreditati, an ea abstinere, consultius putent, *l. 8. & l. seq. de jur. delib. l. cum in antiquioribus 19. C. eod.*

Postea relinquendæ hæreditatis facultatem non habet, nisi minor sit] Tempus deliberandi ab hærede prius petendum est, quam hæreditatem adeat, aut se immisceat. Regula enim juris est, Neminem posse hæreditatem semel sibi quæsitam, sive per aditionem sive per immixtionem, relinquere aut repudiare, *l. 4. C. de repud. hær. l. 10. C. de jur. delib.* Neque prætor cuiquam post aditionem aut 4
immixtionem subvenit per in integrum restitutionem, nisi minor sit 25. annis, qui temere & inconsulta facilitate lapsus damnosam hæreditatem adiisse aut appetiisse proponatur: quippe cujus ætatis hominibus prætor ex generali edicto, quod est de minoribus, succurrit, ut etiam post agnitam hæreditatem se possint abstinere, *l. 7. §. sed & si 5. de minorib. l. necessariis 57. §. 1. de acq. hær.* quemadmodum ex contrario quoque si quis juvenili levitate ductus omiserit aut repudiaverit hæreditatem aut bonorum possessionem, aliquando à prætore restituitur, ut eandem agnoscere liceat, videlicet si omnia sint in integro, *l. quod si minor 24. §. 2. de minorib. l. 1. & 2. C. si ut omiss. hær.* Liberis impuberibus hoc amplius concessum, ut omnimodo se abstinere possint, id est, nec adito prætore, sive se immiscuerint sive non immiscuerint, *l. 11. d. l. necessariis, de acq. hær.*

Veniam dedisse] Quod jus cum singulare fuerit, 5
uni ex singulari gratia à Principe concessum, ut mox sequitur, ad consequentias produci non debuit. Et ideo existimo, contra quam Wesemb. & Bachov. nec prætorem in proposito majoribus 25. annis subvenire solitum ex clausula generali edicti, *Item si qua alia mihi justa causa esse videbitur.* Merito namque his objicietur, quod cum possent, spatium ad deliberandum non petierint. Aut enim contempserunt beneficium juris, & indigni sunt auxilio; aut stulte omiserunt, id est, in jure errantes, quibus succurri non solere constat, *l. pen. in pr. & §. ult. de jur. & fact. ign.* Plane si nihil sit, quod hæredi imputari queat, non negaverim, causa cognita audiendum; veluti si emerserit postea æs alienum, quod toto tempore deliberationis latuerat, nec sciri ab hærede, quamvis omnia diligenter explorante, potuit, *per d. l. 8. de jur. del.* Neque enim simplex facti ignorantia cuiquam nocere debet.

Gordianus postea militibus] De jure, quod Gordianus militibus concessisse dicitur, sic scribit Justinianus *l. ult. C. de jur. delib. Sed & veterem constitutionem non ignoramus, quam D. Gordianus ad Platonem scripsit, de militibus, qui per ignorantiam hæredi-*

hæreditatem adierunt, quatenus pro his tantummodo rebus conveniantur, quas in hæreditate defuncti invenerint: ipsorum autem bona à creditoribus hæreditariis non inquietentur. Et hoc jus constitutionemque Gordiani postea §. *ult. ejusd. l.* confirmat, hoc addito, propterea à se introductum, ut etsi milites inventarium non fecerint, non ampliore tamen summa teneantur, quam in hæreditate invenerint.

Sed nostra benevolentia commune omnibus hoc beneficium, &c.] Poterat tam paucis verbis, quam quibus benevolentiam suam commendat, ipsum beneficium explicare. Est autem illud, quod vulgo appellatur beneficium inventarii; propterea quod confecto solenni rerum hæreditariarum inventario hæres
6 hoc beneficium consequitur. Summa fere constitutionis Justiniani, quæ extat in *l. ult. C. de jur. del.* hæc est, ut hæres intra 90. dies, ex quo sibi delatam esse hæreditatem sciet, si res propinquæ sint; intra annum, si longius absint, inventarium rerum omnium hæreditariarum, præsentibus tabulariis, ac testibus non minus tribus, cæterisque, qui ad hujusmodi confectionem necessarii sunt, puta creditoribus, legatariis, eorumve procuratoribus, *Nov. 1. cap. 2.* conficiat, ipse sua manu id subscribat, aut à tabulario testibus præsentibus subscribendum curet. Quo ita legitime confecto consequitur beneficio Justiniani, ut ne ultra vires hæreditarias teneatur, neve actiones, quas ipse contra defunctum habuit, aditione confundantur; sed ut possit non minus quod sibi debebatur, retinere, quam creditores extranei suum exigere: quorum neutrum hæredi tribuebatur jure veteri, *l. 8. de acq. hær. l. sicut 75. de solut. l. 7. Cod. de pact.* Confectum ab hærede fiduciario inventarium recte hæredi fideicommissario cedi, cessumque ei prodesse; aut si hæres non fecerit, ipsum sibi fideicommissarium recte facere, post Bart. in *l. qua ratione 11. §. quod vulgo, num. 9. & 10. ad leg. Falc.* tradit *Jas. in add. ad Porc. §. sed quia 7. inf. de fideic. hær.*

Nisi omissa observatione nostra const. deliberandum existimaverint] Etsi Justiniano visum est, post introductum à se beneficium inventarii antiquum jus deliberandi penitus esse supervacuum; tamen ut ipse testatur, motus plerorumque supplicationibus, veteri remedio adhuc uti cupientium, jus illud liberum reliquit, *d. l. ult. §. & hæc quidem 13. C. de jur. del.* Et vero cur relinqueret, magna causa
7 fuit. Habet enim confectio inventarii hoc incommodum, quod necesse est detegi defuncti facultates; quod plerique omnes, si liceat, minime volunt. Deliberationem autem ita admisit, ut eam petentibus, & intra præfinitum tempus hæreditatem adeuntibus, hæc duo onera imposuerit, tanquam pœnam contempti beneficii sui: primum ut creditoribus in solidum tenerentur, quamvis inventarium cum omni subtilitate, ut ipse loquitur, fecerint: alterum, ut si non fecerint inventarium, etiam beneficio Falcidiæ privarentur, *d. l. ult. §. pen.* Novissime, hoc insuper cavit, ut hæres inventarium non conficiens solida legata præstet, etsi vires patrimonii excedant. *Nov. 1. cap. 2.* Plura ad inventarium pertinentia qui nosse desiderat, adeat *DD. in d. l. ult. Clar. §. testamentum, quæst. 46. Graff. lib. 2. art. Inventarium, per tot.* Apud Burgundiones, & in universa Gallia, 8
item in hisce regionibus, invaluit, ut jus pro hærede gerendi cum beneficio inventarii pro speciali gratia habeatur, ac propterea id à Principe impetrandum sit, aut à Curiis ultimæ jurisdictionis, quemadmodum apud nos, *art. instr. cur. sup. 23.* Impetrato autem beneficio, tenetur hæres per apparitorem aliosve ad hoc publice constitutos, præsentibus duobus testibus, intra dies 40. inventarium omnium bonorum hæreditariorum conficere; dein curare, ut res mobiles æstimentur: ac tum demum, præstita cautione reddendarum rationum, possessio administratioque bonorum ei permittitur, uti cautum uberius constitutione Caroli Quinti, edita anno *1544. Sande lib. 4. tit. 12. defin. 1.* Sed & ita demum hoc beneficium conceditur, si non alius de cognatione defuncti pure & simpliciter omissoque beneficio hæreditatem adire paratus sit; quod & diplomati sive mandato inseri solet. Hoc autem procul dubio institutum est, partim propter utilitatem creditorum, ut ab eo, qui simpliciter adit, solidum consequantur; partim ut honori defuncti consulatur; qui si nemo sine cautione inventarii bona ejus suscipere velit, vulgo creditur solvendo non fuisse. Qua de re adeundi *Chass. ad consuet. Burg. tit. 7. §. 13. Baro ad hunc §. Peck. lib. 1. de test. conjug. cap. 35. Gudelin. de jur. nov. lib. 2. cap. 18. Grot. 2. manud. cap. 21. Christin. vol. 4. decis. 22.* Plane extranei idem offerentes non audiuntur, ac ne maritus quidem aut uxor. *decis. supremi apud nos Senatus 7. Peck. d. cap. 35. Zypæ, not. jur. Belg. Cod. de jur. delib.*

TEXTUS.

De acquirenda vel omittenda hereditate.

6. Item extraneus hæres testamento institutus, aut ab intestato ad legitimam hæreditatem vocatus, potest aut pro hærede gerendo, aut etiam nuda voluntate suscipiendæ hæreditatis, hæres fieri. Pro hærede autem gerere quis videtur, si rebus

hæreditariis tanquam hæres utatur, vel vendendores hæreditarias, vel prædia colendo, locandove: & quoquo modo voluntatem suam declaret, vel re, vel verbo, de adeunda hæreditate: dummodo sciat, eum, in cujus bonis pro hærede gerit, testatum intestatumve obiisse, & se ei hæredem esse. Pro hærede enim gerere est pro domino gerere. Veteres enim, hæredes pro dominis appellabant. Sicut autem nuda voluntate extraneus hæres fit: ita contraria destinatione statim ab hæreditate repellitur. Eum, qui surdus vel mutus natus, vel postea factus est, nihil prohibet pro hærede gerere, & acquirere sibi hæreditatem: si tamen intelligit, quod agit.

NOTÆ.

6. TANQUAM HAERES UTATUR] Potest enim quis attingere res hæreditarias, ut tamen id non facit quasi hæres; puta si quid pietatis aut custodiæ causa fecerit, aut si suum putavit, *l. 20. pr. & §. 1. de acq. hær.*

VENDENDO RES HAEREDITARIAS, &c.] Nisi contra doceat, se nihil horum quasi hæredem fecisse, *d. l. 20 §. 1. l. 1. C. de rep. hær. l. 1. C. de jur. d. l.* Quædam etiam sunt, quæ citra nomen & jus hæredis nemo facere potest. Exempl. in *d. l. 20. §. 4. l. 42. §. 2. eod.*

DUMMODO SCIAT] Vid. *l. 19. l. 22. l. 32. §. ult. eod.*

IN CUJUS BONIS PRO HAEREDE GERIT] Hîc verbum *pro hærede gerere* latius videtur accipi, quam in *pr.* §. Nam horum verborum *pro hærede gerere*, & *adire* etiam generalis significatio est, alterumque pro altero & unum pro utroque interdum usurpatur, *l. 12. de interr. in jur. l. 88. de acquir. hær.*

CONTRARIA DESTINATIONE] Sic tamen, ut declaret se hæredem esse nolle vel verbis, vel scripto nutuve, *l. 95. eod.* aut re aliqua & facto, unde ea voluntas colligatur. Exempl. *in l. 17. §. 1. l. 77. eod. l. 23. §. 1. de inoff. test.*

COMMENTARIUS.

1 *Doctrinam hujus §. proprie pertinere ad hæredes extraneos.*
2 *Duo duntaxat esse, distincta tamen inter se genera acquirendæ hæreditatis, aditionem, & pro hærede geritionem.*
3 *Qui plura genera statuunt, eos egregie imponere studiosis disciplinæ juris.*
4 *Cretionem nihil aliud fuisse, quam solennem quandam aditionem, contra quam Joseph. Scaliger. & cur nulla hic cretionis mentio.*
5 *Quibus ex rebus in eo, quod geritur, animus pro hærede gerendi deprehendatur.*
6 *Porcii, Angeli, & Bachovii opinio de nuda animi destinatione notata.*
7 *Ut quis adeundo aut pro hærede gerendo hæres fiat, quarum rerum eum gnarum esse oporteat.*
8 *Variæ circa etymologiam hæredis opiniones.*
9 *In repudiante hæreditatem eadem ex contrario, quæ in admittente requiri.*
10. *Etiam surdos & mutos pro hærede gerere posse.*
11 *Quid si hæreditas delata sit furioso, impuberi, infanti.*

HIc §. ad suos hæredes non pertinet, sed ad extraneos duntaxat. Explicantur enim hic rationes proximæ, seu modi, quibus hæreditas acquiritur, aut ejus acquirendæ jus amittitur: quorum neutrum in suis hæredibus locum habet: quippe cum in hos dominium rerum paternarum, quod jam ante habebant, morte patris continuetur, dici non possunt aut requirere hæreditatem, aut jure acquirendi excidere. Sanè postquam prætor his abstinendi facultatem dedit, desierunt quidem jure honorario esse necessarii; sui tamen hæredes patri esse non desierunt, & ipso momento mortis paternæ hæredes apparere, ut superius demonstravimus, & arguunt nomina, quibus in proposito prætor & prudentes utuntur. Sui enim non dicuntur adire, cernere hæreditatem, aut pro hærede gerere, hæreditatemve repudiare; quæ iis solis conveniunt, quibus res sive hæreditas tantum oblata est: sed hæreditatem retinere, immiscere se aut abstinere derelinquere; quæ non dicuntur nisi de rebus partis & jam nostris, *l. 14. §. plerique 8. de relig. l. 7. de jur. del. l. 12. §. ult de bon. libert. l. 11. l. necessariis 57. l. si servum 71. §. si quis l. eum bonis 87. de acq. hær. & passim eod. tit.* Nam cum hæc, quod raro fit, nostri confundunt, ut in *l. ult. de success. edict. l. 4. §. 1. de fideic. lib. l. 21. §. ult. de jur. patron. in fin. l. 1. §. 10. ad Tertull. l. 6. C. de legit. hær.* minus accuratè loquuntur. Non plures autem modi, quibus extraneis acquiritur hæreditas, hic opponuntur, quam duo, aditio & pro hærede gestio sive ge-

ve geritio; sic enim appellatur à Jurisconsulto in *d. l. 14. §. plerique 8. de relig.* Utrum autem hi modi, ut nominibus, ita & re ipsa inter se distincti sint, necne: item an non plures sint, quam hi duo, videbimus in exegesi textus.

Aut pro hærede gerendo, aut etiam nuda voluntate] Omnis hæreditas sive testamento delata, sive ab intestato, hæredi extraneo acquiritur sola voluntate & animo, uti quisque hanc voluntatem de suscipienda hæreditate declaraverit. Declaratur autem hæc voluntas vel verbis, vel re aliqua & facto; quorum prius qui facit, adire, qui posterius, pro hærede gerere in usu juris dicitur. Unde duo genera acqui-
2 rendæ hæreditatis, aditio & pro hærede gestio, *l. si quis mihi 25. §. sed quid 7. l. quamdiu 69. de acq. hær. d. l. 14. §. 8. de relig. l. 19. C. de jur. del.* quibus in locis observare licet, genera hæc sic appellationibus distingui, ut neque qui adit dicatur pro hærede gerere; neque qui pro hærede gerit, dicatur adire: quemadmodum etiam hoc loco ut diversa apertè distinguuntur, pro hærede gerere, & nuda voluntate hæreditatem suscipere: ut proinde minimè assentiendum sit Wesembecio, asserenti nihil inter hæc duo interesse. Equidem fateor nihil obstare verborum significationem, quominus qui pro hærede gerit, dicatur adire; & qui adit, pro hærede se gerere; ut hæc etiam postea confundere videtur Justinianus, & Jurisconsultus in *l. 12. de interr. in jur.* Sed distinctionis causa usus veterum hæc ita trivit, ut in diverso genere ponerentur, & adire diceretur, qui nuda testatione hæredem se profiteretur; pro hærede gerere, qui facto aliquo eandem voluntatem declararet. Neque hoc negat Ulp. *l. pro hærede 20. de acq. hær.* cum ait, pro hærede gerere non tam facti esse, quam animi. Hoc enim solum significat, ut quis pro hærede gessisse videatur, in eo non tam quid factum sit, quam quo animo factum sit, spectandum esse, ut locus ipse ostendit. Magis Paulus id negare videri potest *l. gerit 88. de acq. hær.* ubi definit, eum pro hærede gerere, qui animo agnoscit successionem, licet nihil attingat hæreditarium. Sed apparet Jurisconsultum verbum attingendi strictius eo loco usurpare, negareque eum attingere, qui retinet domum pignori obligatam, ut hæreditariam: quem tamen revera attingere constat; eoque tanquam facto aliquo, non nudis verbis, voluntatem declarari. Hoc ita constituto, videamus an non plura sint genera acquirendæ hæreditatis, quam duo illa, de quibus diximus, & quæ sola hic ab Imperatore proponuntur. Et plura non esse, omnino statuendum est, caven-
3 dumque ab iis, qui scribunt hæreditatem acquiri quinque modis, cretione, aditione, pro hærede geritione, immixtione, & agnitione, egregiè studiosis hujus disciplinæ imponentes. Nam primum immixtio tota hinc aliena est: quoniam sui hæredes, quorum propria est, hoc facto nihil novi acquirunt, quod antea non habuerint, sed quæsitum jam ab initio attingentes, id se retinere velle declarant, ut supra abunde probatum est. Agnitionem vero statuere modum acquirendæ hæreditatis diversum ab aditione, magnæ inscitiæ est. Quid enim est aliud agnoscere hæreditatem, quam declarare se velle hæredem esse? & hoc quid aliud, quam adire? Quod si tot species acquirendæ hæreditatis facere liceat, quot diversis verbis in hac re veteres utuntur, jam non modo quinque, sed vel octo aut plures etiam erunt. Non enim tantum agnoscere hæreditatem à veteribus dici legimus, sed etiam hæreditatem amplecti, suscipere, admittere, *l. 6. §. 2. l. quæsitum 40. in fin. l. eum bonis 87. de acq. hæred.* Sed plura scilicet hæc verba sunt, res ubique una & eadem. Cretio quoque 4
olim nihil aliud fuit, quam solemnis quædam aditio; idque ostendit formula cretionis relata apud *Ulpian. tit. 22. §. cretio 23.* his verbis; *Cum me Lucius Titius hæredem instituerit, eam hæreditatem adeo cernoque.* Et Festus, *Crevi,* inquit, *modo significat hæreditatem adii,* in quem locum quod Josephus Scaliger notat, *crevi non propriè significare hæreditatem adii,* errorem esse convincit prædicta formula, & quod Festus dicit, *crevi, hæreditatem adii,* id Ulpianus *d. tit. §. 21. & §. 26.* sic exprimit, *cernendo fit hæres.* Varro *lib. 5. de ling. Lat. Cernito in testamento, id est, facito videant te esse hæredem. Vid. Pet. Fabr. 2. semestr. 22.* Hic autem consulto mentio cretionis omissa, quia sublata solemnitate, quam olim desiderabat. *l. cretionum 17. C. de jur. del.* hæreditas etiam cum cretione delata acquiri posse cœpit, aut aditione simplici, id est, quavis aperta testatione voluntatis de suscipienda hæreditate, aut etiam pro hærede geritione: quod olim secus erat, *Ulp. d. loc.* Atque hoc illud est, quod paulo post Justinianus ait, *Et quoquo modo voluntatem suam declaret, vel re, vel verbo.* Sed quid laboramus? non tantum loci omnes in quibus ex professo de modis acquirendæ hæreditatis agitur, uti *in l. quamdiu 69. de acq. hær. l. 14. §. plerique de relig. l. cum in antiquioribus 19. C. de jur. del.* ostendunt, pluribus, quam duobus distinctis modis, hæreditatem non acquiri: sed etiam res ipsa evincit, non posse pluribus modis acquiri. Illud enim palam est, voluntatem suscipiendæ hæreditatis hic totum facere; tantum relinqui, ut illa declaretur. Atqui pluribus modis declarari non potest, quam his duobus, aperta testatione, aut aliquo facto: illud autem veteres aditionem, hoc pro hærede gestionem sive geritionem appellant. De cretionibus antiquitatis amantes plura invenient apud *Brisson. lib. 7. de formul. Ravard.*

de auct. prud. c. 8. Gregor. Tholos. 46. syntagm. 2. n. 6.

Si rebus hæreditariis tanquam hæres utatur] Diximus, hæreditatem extraneis hæredibus non acquiri, nisi voluntate & destinatione animi: eum autem animum qui aperta testatione declarat, dici adire; qui facto aliquo, dici pro hærede gerere. Adire
5 cum sit apertæ testationis, nemo dubitare potest, quid hac testatione hæres voluerit. At si quid hæres gesserit, ambigi potest, quo gesserit animo: quoniam facta non loquuntur, & exerceri possunt alio animo, quam pro hærede gerendi. Potest enim quis attingere res hæreditarias, ut tamen id non faciat quasi hæres, *l. pro hærede 20. in pr. & §. 1. de acq. hær.* Quibus igitur ex rebus in eo, quod ab hærede geritur, animus pro hærede gerendi deprehenditur? Ex multis sanè. Finge, hæredem quid fecisse, quod citra nomen & jus hæredis facere non potuit, veluti si conditionis implendæ causa quid acceperit ex judicio testatoris, *d. l. pro hærede §. Papinianus*, aut gessisse aliquid, quod non nisi hæres utiliter & cum effectu gerere potuit, puta servos hæreditarios manumisisse, *l. Julianus 42. §. 2. eod. tit.* eum qui hæc facit, perspicuum est quasi hæredem facere, eoque & pro hærede gerere videri. Quid si rebus hæreditariis usus sit, ædes inhabitaverit, agros coluerit, aut locaverit, servis cibaria præbuerit, pecora, jumenta paverit, æs alienum solverit, res quasdam hæreditarias distraxerit? Creditur, suo potius nomine, quam alieno hæc fecisse, & in his omnibus gessisse pro hærede; nisi contra doceat, se nihil horum quasi hæredem fecisse: sed velut custodiat, aut quia sua putavit, aut quia quid fecit, dum deliberaret, ut res salvæ essent: ideoque in hujusmodi factis consultum est, initio hæredem testari, se quod facturus est, non facturum ut hæres esse velit, *d. l. pro hærede §. 1. l. 1. C. de repud. hær. l. 2. C. de jur. del.* Plane si defunctum funeravit, ex eo solo non videbitur pro hærede gessisse: quia id officium humanitatis jure cuivis præstari potest. Majoris tamen cautionis est, si hic quoque protestetur, *l. 14. §. plerique de relig.*

Et quoquo modo voluntatem declaret, vel re vel verbo] Aut pro oratione disjunctiva hæc accipienda sunt, in qua repeti intelligatur, quod prius dictum est, hæreditatem acquiri vel pro hærede gerendo, quod nunc dicatur re voluntatem declarando; vel nuda voluntate, quod nunc dicatur verbo voluntatem declarando: aut fatendum est, quod supra dixi, Justinianum verbum pro hærede gerere hic latius accipere, quam in pr. §. eoque comprehendere utrumque acquirendi modum, tam verbis, quam re. Utcumque sit, voluntas amplectendæ hæreditatis aut facto aliquo, aut apertè verbis declaranda est: siquidem, ut vulgo dicitur, propositum in mente retentum nihil operatur. Ideoque quod Accursius in 6
l. 2. de interr. in jur. ait, hæreditatis aditionem consistere in occulta voluntate non sic accipiendum est, eum, qui nude destinavit & apud se constituit hæreditatem adire, hac destinatione hæreditati obligari: sed ita, neminem obligari ut hæredem, nisi qui ea mente quid gessisse aut protulisse probetur, ut hæres fieret. Id autem in occulto positum esse, ac proinde probatu difficillimum. Neque vero etiam Porcio & Angelo assentio, qui existimant, nuda animi destinatione hæredem aliquem fieri & obligari in foro conscientiæ, quo etiam inclinare videtur D. Bachovius: nam, ut rectè Bartolus in *l. gerit 88. de acq. hær.* nemo velle videri debet, quod non aliquo modo declaraverit: & prudentissimus simul ac doctissimus Viglius hic, *Variæ*, inquit, *sunt humanæ mentis inclinationes, ut nunc ad adeundum, nunc ad repudiandum propendeant: & tunc demum velle aliquid videmur, cum animum nostrum exteriore aliquo signo confirmavimus. Alioqui quid est humanis cogitationibus vel inconstantius, vel mutabilius? Nec Deum*, inquit, *velle arbitror, ut hujusmodi indiscreta voluntate illaqueemur.* Illud in transitu moneo, purè hæreditatem adeundã esse, non sub conditione: nam si quis, verbi causa, dixerit, *Si solvendo hæreditas est, eam adeo*, nulla aditio est, *l. eumqui 51. §. ult. de acq. hær.* quo jure etiam hodie utimur.

Dummodo sciat, testatum intestatumve obiisse, & se ei hæredem esse] Duo requirit Imp. ut quis adeundo, aut pro hærede gerendo hæres fiat: unum est, 7
ut sciat, defunctum aut testatum aut intestatum decessisse. Et prius igitur est, ut certus sit, eum decessisse: neque enim viventis ulla est hæreditas, *l. qui hæreditatem 19. l. neminem 27. l. hæres 32. l. qui superstitis 94. de acq. hær.* Ponamus ergo, agnatum proximum, cum ignoraret, se hæredem scriptum, hæreditatem tanquam lege sibi delatam adiisse, prove domino bona administrasse, hæres non erit: nam ut pro hærede gerendo se quis obstringat hæreditati, scire debet, qua ex causa hæreditas ad eum pertineat, auctore Paulo *l. si is 22. eod.* Alterum est, ut sciat, se hæredem esse, id est, hæreditatem aut testamento aut ab intestato sibi delatam; & proinde etiam certus esse debet de conditione testatoris, paterfam. an filiusfam. sit, & generaliter, testamenti factionem habuerit, necne, *l. hæres 32. §. ult. eod.* Adhæc etsi sciat, se hæredem institutum, sed utrum purè, an sub conditione, ignoret, non poterit adire hæreditatem, *d. l. hæres §. 1.*

Veteres hæredes pro dominis appellabant] Sic etiam Festus, *Hæres*, inquit, *apud antiquos pro domino ponebatur*, quod & Plauti confirmat auctoritas,

tas,apud quem Menæchmus peregrinus de palla sic loquitur;

Prandi, potavi, atque abstuli

Hanc, cujus hæres nunquam erit post hunc diem. Atque hinc est,quod pro hærede gerere & pro domino gerere,hæreditas & dominium, à nostris promiscuè usurpetur, *l. si is 22. de acq. hær. l. 2. §. ult. de bon. poss. sec. tab.* Quæ res eos juvare videtur, qui
8 hæredem à verbo *herus* dictum existimant; licet ratio prioris syllabæ repugnare videatur, quæ in *herus* corripitur, in *heres* producta est: quam ob causam Viglius & Hotomannus potius ab *hæreo* deduci putant, ut *hæres* dicatur,quasi *hærens*, eo quod proximus defuncto in bonorum dominio hæreat. Sed hic obstat,quod hæres & hæreditas sine diphthongo scribi in M. Tullii libris annotavit P. Victor, & in Pandectis Florentinis Cujacius. Atque ideo Hotomannum existimo maluisse derivare hanc vocem ab *hera*, quod terram significat: unde sit *heredium*. Varroni, agellus,qui hæredem sequebatur. Cæterum non sunt hæc magni momenti: nec quantitas syllabæ semper in derivatis retinetur, quod vel pueri in scholis sciunt, & docet Gellius *lib. 12. cap.* 3. quanquam ille exemplis ad id demonstrandum parum aptis utitur.

9 *Contraria destinatione statim ab hæreditate repellitur*] Eadem autem omnia in repudiante requiruntur,quæ in hæreditatem admittente; ut voluntatem declaret aut apertè verbis, puta ut dicat se hæredem esse nolle,scriptove aut nutu id testetur, *l. recusari 95. de acq. hær.* aut re aliqua & facto, unde ea voluntas colligatur: cujusmodi est, si hæres institutus idemque legitimus, de testamentaria hæreditate nihil apertè statuens legitimam aut adierit aut repudiaverit: creditur enim,qui hoc fecit,eodem momento testamentariam repudiasse, *l. ne is qui 17. §. 1. l. illud 77. eod. tit.* item si præteritus aut exhæredatus ab hærede instituto, cum sciret eum hæredem esse, emit aliquid aut prædia conduxit, vel ei solvit quod testatori debebat: His enim factis & judicium defuncti agnoscere intelligitur, & jus suum repudiare, *l. si ponas 23. §. 1. de inoff. test.* Scire item debet, qui repudiat,vivat is,de cujus hæreditate agitur, nec ne; testatus,an intestatus decesserit; hæres, necne, ei sit; purè,an sub conditione sit hæres institutus. Postremo de sua quoque & defuncti conditione certus esse debet; alioqui uti adeundo, ita repudiando, nihil agitur, *l. 13. l. hæres 32. l. qui superstitis 94. de acq. hær.*

10 *Qui surdus vel mutus natus vel postea factus*] Mutus,necnon surdus,etiam ita nati, pro hærede gerere & obligari hæreditati possunt, *l. 5. l. pater. 93. in fin. d. tit.* Disertè autem dicitur,pro hærede gerere; quia hi voluntatem verbis declarare nequeunt. Et pertinet hoc utique etiam ad surdos,qui natura tales sunt, quos loqui non posse constat. Enimvero si quis casu aliquo surdus factus sit,quin, ut loquendo, ita & verbis voluntatem declarando, hæres fieri possit,non est ambigendum. Sed & qui mutus non natus, sed factus est, licet verbis voluntatem declarare non possit, poterit tamen vel scripto,vel alio indicio eam significare, *arg. l. recusari 95. eod.* Quod 11
si hæreditas delata sit ei, cujus nulla voluntas est, qualis est furiosus,curatori tradetur hæreditas administranda ea lege,ut si furiosus postea ad se redierit, ipse de ea suscipienda aut omittenda statuat: & omissa ad eos revertetur, ad quos remoto furioso perventura fuisset, uti etiam si in furore decesserit, *l. ult. §. 3. & seqq. C. de cur. fur.* Quid si impubes sit, cui delata hæreditas? Quod hujus judicio deest, supplebit tutoris auctoritas, *l. pupillum 49. de acq. hær. l. 9. §. 3. de auct. tut. l. 5. C. de jur. del.* In infante novum jus à Theodosio constitutum est, ut ipse tutor nomine infantis hæreditatem adire possit, *l. si infanti 18. C. d. tit.* Quod si impubes in potestate sit,hic auctore patre rectè adibit, *l. 8. §. ult. de acq. hær.* neque obstat, quod impubes, qui in potestate parentis est, ne auctore quidem patre obligatur, *§. pupillus 9. in fin. inf. de inut. stip. l. ult. §. 2. de verb. oblig.* quia in proposito non obligatur ipse impubes, sed pater, cui hæreditatem acquirit. Cæterum in adventitia hæreditate dicendum est, ab illa regula recessum esse juniorum Principum constitutionibus, *d. l. si infanti §. ult. C. de jur. del. l. ult. §. ubi autem 6. C. de bon. quæ lib. Don. ad d. l. ult. §. 2. num. 7. de verb. oblig.*

Titulus XX.

D. lib. 30. 31. 32. Cod. lib. 6. 37.

De Legatis.

Ratio ordinis cum summa eorum, quæ hic explicantur.

COGNITA ratione deferendæ hæreditatis ex testamento, recta procedendendum videbatur ad partem alteram, quæ docet, quomodo deferatur hæreditas ab intestato, ac sine flexu iter institutum continuandum, donec omnes per universitatem acquisitiones percursæ forent. Eo enim nos ipse rerum ordo & dispositio partium deinceps tractandum facta §. *ultim. sup. per quas pers. cuiq. acq.* quasi manu ducit, Sed Imp. hic aliquantum à cœpto deflectit propter

propter legata & fideicommissa; nec absque ratione: nam cum legata & fideicommissa non minus testamento relinquantur, quam hæreditas, & vix ullum testamentum condatur, in quo non aliquis legato aut fideicommisso honoretur: hæc causæ communio, simul quod legata sunt partes, hoc est, accessiones & appendices testamenti, exigit, ut hoc loco maximè de his disputetur; atque ob hanc etiam causam id in hunc locum collatum est, *d.* §. *ult.* cum alioqui legata & fideicommissa sint modi, in quibus non universitas, sed res singulæ acquiruntur. Hoc titulo disputatur de legatis; atque ordine hæc docentur; quid sit legatum; quotuplex olim fuerit, & quæ nunc natura atque effectus omnium; quibus rebus olim legata distabant à fideicommissis, & quæ postea secuta exæquatio; quæ res dari legari possint, vel non possint, quibus rectè legetur, aut contra: postremo quædam, quæ ad veterem formam legandi pertinebant, mutantur.

TEXTUS.
Continuatio.

Post hæc videamus de legatis: quæ pars juris extra propositam quidem materiam videtur: nam loquimur de iis juris figuris, quibus per universitatem res nobis acquiruntur: sed cum omnino de testamentis, & de hæredibus, qui in testamento instituuntur, loquuti sumus, non sine causa sequenti loco potest hæc juris materia tractari.

COMMENTARIUS.

De iis *figuris, quibus per universitatem*] *Figuris*, id est, *causis, modis, rationibus*. Docemus quibus modis res universæ acquiruntur: legatis autem acquiruntur res singulæ; quorum idcirco tractatio hinc aliena videatur. Repetenda vero est memoria ejus, quod notavimus in expositione §. *ult. sup. per quas pers. cuiq. acq.* in hac distinctione acquisitionum non solius objecti rationem haberi, verum etiam ipsorum modorum & causarum acquirendi: legatum esse modum & titulum acquirendi singularem, hoc est, comparatum ad acquirendum res singulas, non universas: & ideo licet universitas, pars bonorum, aut hæreditatis alicui legata sit, quod fieri posse constat; *l. si quis 23. l. non amplius 26. §. 2. de legat. 1. l. cum pater 39. de vulg. & pup. Ulp. tit. de legat.* §. *sicut 23.* tamen hunc legatarium non fieri juris successorem, *d. l. non amplius* §. *2.* proinde nec ullas actiones hæreditarias aut activè aut passivè in eum transire: ob quam causam olim factum, ut stipulationes partis & pro parte inter hujusmodi legatarium & hæredem interponerentur, §. *sed quia s. inf. de fid. de hær.* Quod autem parte hæreditatis legata non deducuntur impensæ, puta pretia servorum manumissorum, aut sumptus funeris, *l. 8.* §. *ult. de legat. 2.* hoc non tribuit legatario successionem juris; sed tantum dicitur ad differentiam ejus, quod observatur, cum pars bonorum, quæ tempore mortis fuit, legatur, quo casu impensas deduci placet, *l. 9. d. tit.* Sic cum in specie *l. cum filius 76.* §. *1. d. tit. de legat. 2.* Lucio Sempronio legata proponitur hæreditas Publii Mævii, eam Sempronius non suscipit, ut hæreditatem: sed ut bona, quæ à Mævio ad testatorem pervenerunt.

TEXTUS.
Definitio.

1. Legatum itaque est donatio quædam à defuncto relicta, ab hærede præstanda.

NOTÆ.

1. DONATIO QUAEDAM] *Quædam* συνκατηγόρημα generi additum, quia legatum propriè donatio non est: in omni enim donatione res inter duos agitur, nec ulla est donatio sine acceptione, §. *sup. de don.* Florent. *delibatio hæreditatis, l. 116. de leg. 1.* μείωσις κληρονομίας Basil. 44. *tit. 1. c. 1.*

A DEFUNCTO RELICTA] Modest. *l. 36. de leg. 2. testamento relicta.* Sed Tribonianus videtur verbo generaliore usus, ut serviret constitutioni Justiniani de exæquatione legatorum & fideic. *l. 2. C. comm. de legat.*

AB HAEREDE PRAESTANDA] Desunt hæc apud Modestin. nec Theoph. Cujac. Hot. agnoscunt, neque ad definitionem sunt necessaria. Sæpè tamen nostri definitionibus aliquid adjiciunt plenioris explicationis gratia.

COMMENTARIUS.

1 *Legatum unde dictum.*
2 *Cur particula* quædam *donationi in definitione adjecta.*
3 *Consulto pro* testamento relicta, *ut est in definitione Modestini, hic positum* à defuncto relicta.

4 Ver-

4 *Verba* ab hærede præstanda, *non videri otiosa, ut quidam censent.*

LEgatum, inquit Ulpianus *in fragm. hoc tit.* est, quod *legis modo*, id est, *imperativè* testamento relinquitur: quæ notatio quædam est & ratio nominis: cæterum quia hoc longiuscule petitum videtur, alii potius legare dictum putant à *legando*, quatenus hoc verbum deligere & decerpere significat: quod & Florentinum existimasse credibile est, ac proinde legatum definivisse *delibationem hæreditatis*, *l. legatum 116. in pr. de leg. 1.* Nam delibare decerpere est. Cic. *in orat. pro Sext. Omnes undique flosculos carpere atque delibare.* Quæ autem decerpuntur, leguntur. Virg. *Eclog. 3.*

Qui legitis flores & humi nascentia fraga.

Nec dissimili admodum ratione Varro *lib. 4. de ling. Lat.* legatos à *legendo* appellatos tradit; quia scilicet *publicè lecti sint, ut mittantur.* Cæterum etymologia Ulpiani convenientior videtur latitudini significationis verbi *legare*, in qua usurpatur in illo legis duodecim tabularum, *uti quisque legassit*, &c. ubi hoc verbo *legassit*, continentur etiam hæredum institutiones, denique quicquid verbis directis paterfam. in testamento caverit, confirmatur, *l. verbis legis 120. de verb. sign.*

2 *Donatio quædam*] Particulam *quædam* Modestinus in sua legati definitione non addidit, *l. legatum 36. de legat. 2.* Non est tamen omnino supervacua, ut quidam putant. Quippe legatum propriè donatio non est: in omni enim donatione res inter duos agitur, nec ulla est donatio sine acceptione, ne mortis quidem causa, ut supra demonstravimus sub *§. 1. & 2. de donat.* Legatum autem sola testatoris voluntate constat; atque ita tamen, ut suspendatur, & post mortem testatoris adhuc pendeat ab aditione hæreditatis: quod iterum secus in donationibus etiam iis, quæ mortis causa fiunt, *l. 5. §. qui mortis 17. de his quæ ut indign.* Quapropter nec inter genera donationum, ubi de his ex professo agitur, legatum numeratur. Est vero nihilominus peculiaris quædam & quasi proprii generis donatio: proficiscitur enim totum à liberalitate testatoris, estque titulus merè lucrativus: quam ob causam etiam separatur ab hæreditate, quæ onera quoque continet, & interdum damnosa est, *l. si hæreditatem 32. mandat. l. si hæreditatis 119. de verb. sign.* Additum igitur generi est *συγκατηγόρημα quædam*, ut sciamus, genus hoc non simpliciter, sed quadantenus & ratione analogica speciei definitæ convenire. Neque quicquam hactenus contra legem aut modum definiendi, *vid. Goclen. de trop. defin. can. 9. except. 1.*

A defuncto relicta] Directo scilicet & proximè à defuncto, non per interpositam mediam personam; ut excludatur fideicommissum: quod quidem etiam relinquitur à defuncto, sed ἐμμέσως, atque ita, ut relictum prius alteri quæratur, atque in hujus persona consistat. Videtur autem Tribonianus pro eo, quod 3
est in definitione Modestini, *testamento relicta*, consulto usus verbo generaliore, *à defuncto relicta*, ut serviret constitutioni Justiniani de exæquatione legatorum & fideicommissorum, quæ est *l. 2. C. comm. de leg. & fid.* Post hanc enim exæquationem non minus legata, quam fideicommissa, non testamento tantum, sed etiam ab intestato relinqui posse cœperunt, aut codicillis testamento non confirmatis; quod secus fuit jure veteri, quo legata tantum ex testamento valebant, *§. præterea inf. de fid. hær.* Id quod Modestinus indicare voluit, & Florentinus significat, cum legatum sic describit, ut sit *delibatio hæreditatis*, (*μείωσις κληρονομίας*, *Basil. 44. tit. 1. c. 1.*) *qua testator ex eo, quod universum hæredis foret, alicui quid collatum velit*, *l. legatum 116. in pr. de legat. 1.* Eadem differentia indicatur ab Ulpiano *in fragm. tit. de fideicom. §. 3. & 6.*

Ab hærede præstanda] Hæc verba non agnoscunt Theoph. Cujac. Hotoman. Wesemb. Baro à sciolo aliquo adjecta, ac proinde inducenda putat. Et fatendum sanè est, non esse hæc verba ad definitionem legati necessaria: quippe in qua quæritur, quid sit legatum; non à quo relinquatur aut præstandum sit; quod pertinet ad executionem. Cæterum causam 4
nullam admodum video, cur cum extent in vulgatis codicibus, deleri atque ex iis expungi debeant. Sæpè enim nostri latioris explicationis gratia quædam definitionibus adjiciunt, quæ ad essentiam rei definitæ non pertinent: ut videre est in definitione tutelæ, *l. 1. de tutel.* item furti, *l. 1. §. 1. de furt.* quod & hic factum videtur. Sed dixeris, vel ideo delenda esse, quia post exæquationem legatorum & fideicommissorum non tantum ab hærede, sed etiam à legatario legari potest. Ego vero nego quod ita relictum est, propriè legatum esse, licet concedam jure legati censeri: de quo non nihil iterum infra *de fideic. hær. in pr.* Illa autem levicula sunt, ob quæ nonnulli clausulam hanc inducendam putant, primum quia legatum ab ipso testatore nonnunquam præstetur, *l. Lucius 22. de legat. 2.* deinde quod quæ leguntur, recta dicuntur transire ad legatarium, *l. à Titio 64. de furt.* Nam ad primum quod attinet, constat, legatum omne sic relinqui, ut præstatur post mortem testatoris, & proinde ab hærede. Quod si testator antevertat & ipse præstet, dum vivit, mutatur voluntate testatoris, quod legatum erat, in donationem inter vivos, *per l. hujusmodi 84. §. si Titio 12. de legat. 1.* Quod vero legatum recta à defuncto transire dicitur in legatarium, id tantummodo pertinet ad rei legatæ dominium: nam possessio nihilominus ab hærede pe-

petenda & præstanda est. Neque enim potest quisquam sibi jus in rem dicere, aut legatarius privata auctoritate occupare legatum: alioqui hæredi potestas est id revocandi interdicto quod legatorum, *l. 1. §. 2. quod legat.* de quo *vid. Clar. §. testamentum quæst. 68. Peck. 1. de testam. conjug. 48. Christin. vol. 4. dec. 36.* Sed & translatio illa dominii ficta potius est, quam vera, & ideo introducta maximè, ut legatarius post diem legati cedentem decens ad hæredem legatum transmittat, *l. 3. l. 5. quand. dies leg.* Porro notanda obiter triplex legati significatio. Nam & actum ipsum legandi denotat, ut hic & in definitionibus Modestini & Florentini; & nonnunquam titulum seu causam, ut *tit. pro legat.* Frequentissimè autem designat rem ipsam legatam.

TEXTUS.

De antiquis generibus legatorum sublatis.

2. *Sed olim quidem erant legatorum genera quatuor: per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per praeceptionem: & certa quaedam verba cuique generi legatorum adsignata erant, per quae singula genera legatorum significabantur. Sed ex constitutionibus divorum Principum solemnitas hujusmodi verborum sublata est. Nostra autem constitutio, quam cum magna fecimus lucubratione, defunctorum voluntates validiores esse cupientes, & non verbis, sed voluntatibus eorum faventes, disposuit, ut omnibus una sit natura: & quibuscumque verbis aliquid relictum sit, liceat legatariis id persequi, non solum per actiones personales, sed etiam per in rem, & per hypothecariam. Cujus constitutionis perpensum modum ex ipsius tenore perfectissimè accipere possibile est.*

NOTA.

2. CERTA QUAEDAM VERBA] Vid. Ulp. *tit. 24.* Cajum *lib. 2. tit.* Notæ juris, D. D. E. *dare damnas esto.* Per præceptionem solummodo legatur uni ex hæredibus. Cajus *d. lib. & tit. §. ult.* Th. hic. Formula; *Luc. Titius mibi ex parte hares rem illam pracipito.* Hæc capiendi figura præceptio dicitur, prælegatum, & præcipuum. Græc. ἐξαίρετα δόσις.

COMMENTARIUS.

1 *Pro formularum diversitate olim quatuor genera legatorum fuisse, non solum nominibus distincta, sed etiam natura & jure.*

2 *Primum Justinianum effecisse, ut omnium eadem vis esset, salva tamen manifesta voluntate defuncti.*

3 *Explicatur vetus differentia circa potestatem agendi inter legatum vindicationis & damnationis, sublata constitutione Justiniani.*

4 *Hypothecariam beneficio Justiniani accepto ferendam: qua de re, adversus quos ea competat; aliaque nonnulla eodem pertinentia.*

PEr *vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per praceptionem*] His nominibus sic genera hæc distincta atque appellata fuerunt à verborum formulis cujusque generis propriis, aut earum una aliqua. Per vindicationem his verbis legabatur, *Do, lego, capito, sumito, tibi habeto, vindicato.* Per damnationem ita, *Hares meus damnas esto dare, dato, facito, haredem meum dare jubeo.* Sinendi modo sic, *Hares meus damnas esto sinere L. Titium sumere illam rem sibique habere.* Per præceptionem uni ex hæredibus legabatur hac formula, *L. Titius mihi ex parte hares illam rem pracipito, aut pracipuam habeto.* In formula legandi per vindicationem & præceptionem verba testatoris ad legatarium diriguntur: in legato damnationis ad hæredem; in sinendi modo formula mixta videtur. Non tantum autem hæc genera verborum formulis, sed natura quoque & jure distincta fuerunt. Per vindicationem & præceptionem legari solum poterat res testatoris propria; sinendi modo etiam hæredis; per damnationem etiam aliena. In duobus prioribus, genere legato, aut duabus rebus disjunctim, electio erat legatarii: idque puto etiam obtinuisse in relicto sinendi modo; quia in hoc quoque genere verba executiva, ut loquuntur, diriguntur ad legatarium. In damnationis autem legato hoc casu electio erat hæredis. Quod per vindicationem relictum erat, petebatur actione in rem: (quanquam eo nomine & in personam ex testamento agi poterat:) quod per damnationem, id actione in personam ex testamento persequendum erat. Nomine quoque ejus, quod sinendi modo relictum erat, non aliam actionem, quam ex testamento competiisse, post Theoph. Bachovius scribit: Cajus etiam vindicari potuisse, *lib. 2. h. t. §. pen.* quod ego locum habuisse puto, cum res testatoris propria hoc genere legati relicta esset. Quod per præceptionem cohæredi datum erat, eo nomine familiæ erciscundæ agebatur in cohæredos. 1

des. Hæc ferè, & quædam alia hujusmodi reperiuntur apud *Ulp. tit. 24. Cajum lib. 2. tit. 5. Paul. 3. sent. 6. & Theophil. hic.* Si cui vacat, etiam per me licet adeat *Ant. Fab. 6. conject. 1.* caute tamen.

Constitutionibus DD. Principum verborum solemnitas sublata] Significatur *l. in legatis 21. C. hoc tit.* quæ una quidem constitutio est, sed trium Impp. Constantini, Constantii & Constantis; quos si singulos spectes, totidem dici possunt Imperatorum constitutiones. Hi iidem Impp. etiam verborum solemnitatem & observantiam sustulerunt in institutionibus hæredum, & in amplectenda bonorum possessione, *l. quoniam 15. C. de testam. l. ult. C. qui admitt. ad bon. poss.*

Nostra autem constitutio] Est *l. 1. C. comm. de legat.* Sublata in legatis verborum solemnitate, etsi licebat aliis verbis, idem quod typica significantibus, unoquoque genere uti; nec Latino tantum, sed etiam Græco, aut Gallico, aut cujuscumque alterius gentis sermone legatum relinquere, quod antea non licuisse pacta formularum verba arguunt, & testatur *Ulp. tit. 25. §. 7.* manebat tamen adhuc vetus naturæ & effectorum in singulis generibus diversitas: verbi causa, nihilo magis res aliena per verba vindicationis legari poterat, quam ante; aut legatum per damnationem relictum in rem actione peti. Hanc ge-
2 nerum differentiam primus sustulit Justinianus, omniumque legatorum unam voluit esse naturam, hoc est, unam omnium vim atque effectum, *d. l. 1. C. comm. de leg.* Quod si qua adhuc veteris discriminis vestigia in libris nostris tibi occurrent, scito, Tribonianum hæc per incuriam reliquisse, qui dum responsa Jurisconsultorum ad constitutionem Justiniani accommodare studuit, verba quidem hæc, *per vindicationem*, aut *per damnationem*, ubique sustulit; rem autem ipsam & effectum reliquit.

Non verbis, sed voluntatibus] Ætymologia hujus exæquationis: quæ talis tamen est, ut quivis facilè intelligat, Imperatorem noluisse quicquam statuere, aut exæquationem istam valere contra manifestam voluntatem testatoris. Quamobrem si testator, verbi causa, generaliter quid legaverit, aut hoc vel illud disjunctim, verbis executivis ad hæredem directis, non dubitarem respondere, in hujusmodi legato electionem tribuendam esse hæredi, cum *DD. comm. & Zas. in l. legato 37. l. 22. de legat. 1.*

Non solum per actiones personales] *In d. l. 1. C. comm. de legat.* Utitur numero singulari. Intelligit autem actionem, quæ veteribus dicitur actio ex testamento, *l. servo §. ult. l. non quocunque 82. in pr. l. quæsitum 91. §. ult. de legat. 1. l. qui concubinam 29. §. 3. de legat. 3. l. 6. de in lit. jur. §. si res aliena 6. inf. eod.* Hæc actio in personam est ex obligatione. Nam cui legatum datum est, is de eo præstando obligatum habet hæredem, à quo relictum est. Obligatio, quasi ex contractu: quippe cum hæres adit aut agnoscit hæreditatem intelligitur eam agnoscere cum sua conditione, atque onere; scilicet ut præstet, quod testator injunxit: atque hoc facto quodammodo cum legatariis contrahere videtur, §. *hæres inf. de obl. quæ quasi ex contr.* ex quo apparet, tertium possessorem hac actione conveniri non posse, hæredem posse, etsi non possideat, per *l. actionem 25. de obl. & act.*

Sed etiam per in rem] Etiam olim legati obti- 3
nendi causa actio in rem prodita legatariis fuit: sed non de omni legato; ut ecce, de eo, quod per vindicationem legatum erat, præter actionem in personam competebat etiam in rem seu rei vindicatio: de re per formulam damnandi legata una erat actio in personam, in rem non erat; quæ juris diversitas ex alio diverso inter hæc jure nascebatur; ex eo nimirum, quod rei per vindicationem legatæ dominium recta à testatore in legatarium transibat, *l. legatum 80. de legat. 2. l. à Titio 64. de furt.* Quod autem per damnationem relinquebatur, ejus rei dominium transibat ad hæredem; & in hoc tale legatum simile erat fideicommisso, quod ipsa formula evidenter ostendit, & quod etiam res aliena per hanc formulam rectè legabatur. Jam vero certum est, actionem in rem omni domino competere, & soli, *l. in rem 23. in pr. de rei vind.* eique consequens, ut in qua specie ad obligationem hæredis accedit dominium legatarii, ibi legatario non tantum personalis, sed etiam in rem actio detur; ubi autem sola hæredis obligatio locum actioni facit, ibi non alia, quam in personam actio competere potest. Ex constitutione vero Justiniani etiam pro legato damnationis consequendo actio in rem legatario datur; quippe jure legatorum omnium exæquato tam ex legato damnationis, quam vindicationis dominium rei legatæ recta ad legatarium transit. Illud fortè aliquem turbabit, quod eidem ejusdem rei nomine duæ contrariæ actiones conceduntur, quarum altera intendat sibi dari oportere, altera se dominum esse contendat, contra §. *sic itaque 14. inf. de act.* Respondent nonnulli, speciale hoc esse in legatario, propterea quod tantum jure civili dominus factus sit, non etiam jure gentium: quod non placet: nihil enim refert, quo jure dominium agenti quæsitum sit, *d. l. in rem de rei vind.* & in promptu alia responsio est, descendere nimirum hasce actiones ex diversis causis; in personam ex obligatione hæredis; in rem ex jure dominii, quod statim à morte testatoris in legatarium transfertur: quamobrem agentem legatarium actione personali ex testamento, petentemque ut res sibi detur, non considerari ut dominum, sed tantum ut creditorem, qui hæredem quasi ex contractu sibi obligatum habet. Rursus agentem

in rem non considerari ut creditorem, sed ut dominum rem suam ab hærede, non ut obligato, sed ut possessore, vindicantem, nam & contra alios possessores sic in rem ageret. Concursus autem duarum harum actionum non cumulativus est, sed electivus, hoc est, non ita simul competunt, ut liceat experiri utraque, sed ut una, utra legatarius velit: una autem electa altera consumitur, *l. cum filius 76. §. Varits 8. de legat. 2. l. hujusmodi 84. §. ult. l. si servus 108. §. 2. de legat. 1.* Porro ut legati nomine etiam in rem actioni locus sit, ponendi sunt termini habiles: primum ut legata sit certa species aut corpus; neque enim quantitate, aut nomine legato, vindicatio locum habere potest: deinde ut res, quæ legata est, propria testatoris fuerit: nam quod testatoris non est, id ab eo non potest recta transire ad legatarium, *l. nemo plus juris de reg. jur.*

4 *Et per hypothecariam*] Priores duæ actiones etiam veteribus secundum ea, quæ diximus, in usu fuerunt. Hypothecaria, de qua hoc loco, tota beneficio Justiniani accepto ferenda est. Nam quod legimus apud Papinianum, legatarios causam pignoris habere, *l. 4. §. 1. de separ.* id, ut locus ipse indicat, *junct. l. 1. §. sciendum 3. eod. t.* accipiendum est de specie pignoris prætorii, quod jure separationis creditores hæreditarii in bonis defuncti habent, & post hos in eo, quod superest, legatarii, qui separationem impetraverunt. Agi potest hac actione hypothecaria in quascunque res à defuncto relictas, adversus quosvis earum rerum possessores. Ajo, à defuncto relictas; siquidem non res hæredis propriæ, sed hereditariæ, ex hac causa pignori sunt legatariis ex d. constitutione Justiniani. Neque tamen in his rebus numeranda videtur res testatoris, quæ legata sit: quippe quæ statim fit legatarii: rei autem nostræ pignus non consistit, *l. neque pignus 45. de reg. jur.* Actionem hypothecariam cum personali cumulari posse, receptum est, *Mynf. 1. obs. 58. Charond. 4. respons. 52.* cum vindicatione autem adversus eundem cumulari non posse, tradit *Bald. in auth. contra n. 11. C. ad Sen. Treb.* sed *Cyn. in d. l. 10. n. 10. C. comm. de leg.* etiam harum cumulationem admittit: quem sequitur *Bachov. in Treutl. Vol. 2. disp. 13. thes. 7.* Utut sit, certi juris est, actiones, quæ se invicem non consumunt, successivè intentari posse, nimirum ut etiam post sententiam in una latam altera in judicium deducatur: ratio autem non patitur, ut per hypothecariam aut actio in personam consumatur, aut rei vindicatio. ut proinde simpliciter verum esse non possit, quod nonnulli simpliciter tradunt, tres hasce actiones electivè concurrere, non cumulativè: sed nec pignus liberari debitore ad solvendum condemnato responsum est, *l. quam[illegible]* *C. de pign.* Illud pene supervacuum monere, actionibus hisce locum non esse, nisi adita ex testamento hæreditate: nam si hæreditas adita non fuerit, nihil eorum, quæ testamento scripta sunt, valet, *l. si nemo 9. de test. tut. l. eam 14. C. de fideicom.* nisi forte testator voluerit scripturam testamenti etiam pro codicillis valere, sive quod testamento relinquitur, etiam ab hæredibus legitimis præstari, *l. ex ea scriptura 29. §. 1. qui test. fac. l. ex testamento 29. C. de fideic. l. ult. §. 1. C. de codicill.* de quo plura *Jas. in d. l. 14.* & post eum *Sichard. n. 6. 7. & 9. Don. num. 9. & seqq.* Illud in transitu monere non inutile visum, actionem hypothecariam, quam Justinianus pro legatis aut fideicommissis concessit, ex constitutione ipsius inter plures hæredes ipso jure divisam esse, *d. l. 1. in fin. C. comm. de legat.* quod speciale est, & contra ordinariam naturam actionis hypothecariæ, quæ alias semper individua est, *l. rem hæreditariam 65. de evict.* introductum. Ac proinde hoc non obtinebit in hypotheca aut pignore expresso, quod testator legati aut fideicommissi nomine constituit: *l. non est mirum 26. de pign. act.* cum in dubio credendum sit testatorem se conformare voluisse ad jus commune. *l. ult. C. de verb. sign.* Atque hinc intelligimus, etiam post hanc constitutionem Justiniani adhuc utiliter pignus testamento constitui, *add. Christin. Vol. 4. decis. 47. num. 3 & 4.* Donellus tamen nihil in hoc putat esse singulare, *in d. l. 1. num. 12.*

Textus.

Collatio legatorum & fideicommissorum.

3. Sed non usque ad eam constitutionem standum esse existimavimus. Cum enim antiquitatem invenimus legata quidem stricte concludentem; fideicommissis autem, quæ ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem: necessarium esse duximus, omnia legata fideicommissis exæquare, ut nulla sit inter ea differentia: sed quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum: & si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissorum natura. Sed ne in primis legum cunabulis permistim de his exponendo studiosis adolescentibus quandam introducamus difficultatem, operæ pretium

um esse duximus, interim separatim prius de legatis, & postea de fideicommissis tractare; ut natura utriusque juris cognita, facile possint permistionem eorum eruditi subtilioribus auribus accipere.

NOTÆ.

PINGUIOREM NATURAM INDULGENTEM] Vid. Ulp. *d. tit.25.* Caj. *lib.2. tit.7.* Th. hîc.

NECESSARIUM ESSE DUXIMUS] *l.2.comm. de legat.*

NULLA SIT INTER EA DIFFERENTIA] Scil. in ipsa re. Ait enim se non verbis, sed rebus leges imponere, *d. l. 2.* Itaque essentialis differentia legati & fideicommissi sublata non est: sed quod verbis directis & imperativis legis modo est relictum, adhuc legatum; & quod precariis, fideicommissum est. Sed neque ea differentia sublata, quam facit manifesta voluntas testatoris; cujus rei exemplum habemus §.*pen. inf. de sign. rec. per fid. rel.*

COMMENTARIUS.

1 *Auctorem exæquationis legatorum & fideicommissorum itidem esse Justinianum.*
2 *Cur stricta legatorum natura, & quibus cancellis circumscripta fuerit.*
3 *Cur pinguior ac laxior fideicommissorum, & quibus in rebus.*
4 *Exæquatione hac non esse sublatam utriusque relicti differentiam essentialem.*
5 *Quando amplius fuerit in legato, quam in fideicommisso.*

Superiore §. didicimus legata omnia inter se exæquata esse, hic docetur ea etiam omnia & in omnibus exæquata esse fideicommissis, hoc est, communicatam ac confusam invicem etiam legatorum
1 omnium & fideicommissorum naturam. Auctor hujus exæquationis itidem Justinianus est, *l. 2. C. comm. de legat.* quod etiam hoc loco expresse profitetur. Et verum esse vel ex eo liquet, quod veteres inter legata & fideicommissa differentiæ, quas Ulpianus *in fragm.* & Cajus *lib.2.* commemorant, certe maxima earum pars, usque ad tempora Justiniani permanserunt. Quamobrem dubitandum non est, quin illud, quod apud Ulpianum *l.1. de legat. 1.* legimus, *per omnia exæquata esse legata fideicommissis*, Triboniano acceptum ferri debeat, qui verba Ulpiani interpolando, ea traxerit ad constitutionem Justiniani, jam biennio fere ante editionem Pandectarum evulgatam. Etenim concessu Principis hanc potestatem compilatores Pandectarum habuerunt, ut pro arbitratu suo & adjicere quædam & detrahere scriptis veterum possent. *l. 1. C. de vet. jur. enucl.* idque in plurimis locis ab iis factum esse animadvertere licet, *vid. Govean. 1. var. lect. 29. Duar. 2. disp. 9. Don. 8. comm. 2. Baron. Hotom. VVesemb. hic. Covar. in c. Raynaldus, §.1. n.3. x. de testam.* Aliter & diversimode hoc expediunt *Cujac. 8. obs. 4. Revard. 3. var. 4. Robert. 2. sent. 23.* quorum explicationes etsi non probo, confutare tamen nolo, quia res non meretur ullam operam. Illud autem monendi sumus, hanc legatorum & fideicommissorum exæquationem pertinere tantum ad fideicommissa specialia, quibus scilicet res singulæ relinquuntur; ad universalia sive ad hæreditates fideicommissarias non pertinere: is enim, cui ex fideicommisso restituitur hæreditas, hæredis loco habetur. De quo uberius *inf. de fideic. hær.*

Stricte concludentem] Id est, strictam legatis naturam attribuentem, eaque cogentem intra verborum ac formularum angustias, & voluntates testantium juris subtilitati subjicientem. Quippe in 2
legatis, utpote quæ ex legibus & jure civili ortum ducebant, certis quibusdam & solennibus ac præscriptis verbis utendum erat, sicut & in hæredis institutione, nec aliis verbis, relicta valebant: quæ verba idcirco legitima & civilia dicebantur, *l. 7. de vulg. & pup. l. ult. Cod. de testam.* qualia sunt: *do, lego, capito, sumito, habeto, hæres meus damnas esto dare, hæredem meum dare jubeo.* Atque ad hæc verba, quoniam fere imperativa sunt, & legislationis propria, respexit *Ulp. in fragm. hoc tit.* legatum definiens, quod legis modo relinquitur. Cæterum prisca illa & præcisa verborum observantia jam ante Justinianum sublata fuit, ut intelleximus in §.*prac.* Voluntas quoque testantis cancellis quibusdam in legando circumscripta erat. Siquidem legatum relinqui non poterat nisi in testamento aut codicillis testamento confirmatis, §.*præterea 10. inf. de fideic. hær. Cajus lib.2. tit. 7.* Præterea legatum relinqui non poterat ante hæredis institutionem, nec post mortem hæredis, nec à legatario aut fideicommissario, sed à solo hærede, §. *ante 34. & seq. inf. eod. & tit. de sing. reb. per fideic. rel. in pr. Ulp. hoc tit.* §. *post mortem*, & §. *à legatario. Cajus dict. tit. 7.* Denique verba legatorum stricte accipiebantur, neq; in his si perspicua erant & minime ambigua, facile admittebantur conjecturæ, aut quæstio voluntatis, *l. ille 25. §. 1. de legat. 3.*

Ex voluntate magis descendunt] Quam ex lege 3
aut certo jure. Quod significat Ulpianus *in fragm. tit. de fideic.* cum ait *fideicommissum non ex rigore juris civilis proficisci, sed ex voluntate dari relinquentis.* Proinde in fideicommissis parum referebat, quibus verbis relicta essent, modo certa esset testatoris voluntas, *l. cum virum 16. C. de fideic.* adeo ut fideicommissum non minus Græco, quam Latino

tino sermone recte relinqueretur, *l. 11. in pr. de legat. 3. Ulp. d. tit. §. item Græce.* Hoc amplius etiam nutu fideicommissa posse relinqui placebat, *l. nutu 21. d. tit.* Denique in interpretatione verborum fideicommissi, etsi ea minime obscura essent, magis tamen voluntas, quam verba, spectabatur, & conjecturis nihilominus erat locus, *d. l. 16. C. de fideic. l. quisquis 95. de legat. 3.*

Pinguiorem naturam indulgentem] Non ea adstringentem verborum formulis, nec voluntatem relinquentis coërcentem intra rigorem juris civilis, laxioremque longe & benigniorem interpretationem in fideicommissis, quam in legatis admittentem. Unde nihil eorum, quæ legatum vitiasse diximus, oberat fideicommisso. Poterat & ab intestato relinqui, & codicillis testamento non confirmatis. Poterat relinqui & ante hæredis institutionem & post mortem hæredis. Poterat & à legatario & à fideicommissario, ut supra allegata simul docent. Erant & aliæ quædam inter legata & fideicommissa differentiæ, quarum *Ulp. tit. 25. & Caj. lib. 2. tit. 7.* meminerunt. Nobis hic omnes referre curæ non fuit.

Ut nulla sit inter ea differentia] Hoc est, ut una sit eorum natura, ut jam non amplius, sicut olim, diversa eorum vis sit, ac potestas. Hoc enim exæquare est, alterius vim ac naturam alterius communicare; quemadmodum hoc Imperator ipse mox explicat & in *d. l. 2. C. comm. de leg.* itaque nunc legata æque & ab intestato, & nutu, & à legatario, &c. relinqui poterunt, ac fideicommissa, & voluntas legantis servabitur. Quod ideo monendum putavi, ne quis pu-
4 tet hac exæquatione essentialem harum rerum differentiam sublatam esse, & quod verbis directis ac imperativis relictum est, etiam fideicommissum factum; & contra quod precariis, legatum: quod esset absurdum. Nam voluntas testatoris legatum aut fideicommissum facit & discernit. Ac proinde etiam adhuc fieri potest, ut aliquo casu dissimilem hæc necessario effectum habeant, ne quid fiat contra voluntatem defuncti; quam non evertere, sed conservare Justiniano propositum fuit. Cujus rei exemplum habemus in legato & fideicommisso libertatis, *§. pen. inf. de sing. reb. per fideic. rel.* Quinque alias differentias refert Giphanius, quas existimat post exæquationem nostram adhuc relictas: sed perspicuo errore, nec digno, qui confutetur.

5 *Si quid amplius est in legatis*] Mutua igitur est hæc exæquatio. In legatis hoc amplius erat, quam in fideicommissis, quod aliquando, & scilicet legata re testatoris propria, dominium recta in legatarium transibat, ex fideicommisso nunquam: item quod pro obtinendo legato comparata erat legatario ordinaria actio ex testamento, aut quo casu dominium translatum erat, etiam rei vindicatio; de fideicommissis una tantum competebat extraordinaria persecutio. De quo dicendum amplius *inf. tit. de fideic. hær. §. 1.* Cæterum etiam hanc differentiam sustulit Justinianus, & fideicommissa vice mutua in his rebus exæquavit legatis, ut jam iisdem quoque actionibus, quibus legata, peti possint, *l. 1. & 2. C. comm. de leg.*

Separatim prius de legatis, & postea de fid.] Hinc est, quod Justinianus in progressu aliquando ita disserit, tanquam inter legata & fideicommissa quædam adhuc differentiæ obtinerent, quas tamen certum est eum una cum cæteris sublatas voluisse. Veluti in *§. præterea 10. inf. de fideic. hæred.* ubi ait, legata nisi ex testamento non valere. Et in *pr. tit. de sing. reb. per fid. rel.* sic loquitur, quasi à legatario etiamnum legari non liceret.

TEXTUS.

De re legata. Et primum de re Testatoris, heredis aliena, cujus non est commercium.

4. Non solum autem testatoris vel hæredis res, sed etiam aliena legari potest, ita ut hæres cogatur redimere eam, & præstare; vel si eam non potest redimere, æstimationem ejus dare. Sed si talis sit res cujus commercium non est, vel adipisci non potest, nec æstimatio ejus debetur; veluti si quis campum Martium, vel basilicas, vel templa, vel quæ publico usui destinata sunt, legaverit. Nam nullius momenti tale legatum est. Quod autem diximus, alienam rem posse legari, ita intelligendum est, si defunctus sciebat alienam rem esse, non si ignorabat. Forsitan enim si scivisset alienam rem esse, non legasset, & ita divus Pius rescripsit. Et verius est, ipsum qui agit, id est, legatarium, probare oportere, scivisse alienam rem legare defunctum; non hæredem probare oportere, ignorasse alienam. Quia semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit.

NOTÆ.

CUJUS COMMERCIUM NON EST] Ejus rei, quæ

quæ absolute commercio exempta, legatum prorsus inutile est: cujusmodi sunt, quæ hic & in *l. 39. §. 8. & seqq. eod. 1.* memorantur. Sed nec earum rerum legatum regulariter consistit, quæ ædibus juncta sunt, *l. 41.* cum *2. seqq. eod.* Quid si vel testatur vel hæres commercium rei non habeant? Resp. si legatarius habeat, utile esse legatum, *l. 49. §. 3. eod. 2.* fac. *l. 34. de verb. obl.* sin minus, non valere, *d. l. 49. §. 2. d. l. 34.* non obstat. *l. 114. §. 5. eod. 1.* neque *l. 11. §. 16. eod. 3.* illa tibi quod respondeas ipsa subministrat: in hac agitur de legato militiæ, cujus natura æstimatio continetur, *d. l. 49. §. 1.* in *l. 40. eod.* delenda videtur secunda negatio, alioqui illa abundant, *cujus commercium legatarius non habeat.* Cujac.

Legatarium probare] Hoc idem iisdem verbis Marcian. tradit *l. 21. de prob.* fac. *l. 23. C. eod.*

Commentarius.

1 *Quarum rerum legatum consistat, aut non consistat.*

2 *Legem 12. tabb. non impedire, quominus res aliena legari possit. Et num jus Canonicum.*

3 *Quid juris sit in legato rei communis. Quæstio subtilis & elegans.*

4 *Effectus legati rei alienæ.*

5 *Legatum rei simpliciter exemptæ commercio, aut usibus Principis deservientis, prorsus inutile esse. Ut & regulariter earum rerum, quæ ædibus juncta.*

6 *Rei exemptæ commercio certæ personæ legatum valere, si legatarius commercium habeat; sin minus, secus; subjecta plenissima solutione omnium, quæ obstare videantur.*

7. *Quid juris, si feudum legatum sit.*

8 *Legatum rei alienæ, nisi singulari conjectura adjuvetur, cur demum valere placeat, si testator sciverit, alienam esse: & cur legatario ejus rei probatio incumbat.*

Inchoatur hic tractatio de rebus, quæ legari possunt, aut non possunt: qui locus maximam hujus tit. partem occupat; nec est sine multiplici distin-
1 ctione pervius. Primum hoc in genere teneamus, non solum res speciatim sic dictas, sed etiam facta legari posse, ut qui jussus est facere, parere debeat: nec solum res corporales, sed etiam incorporales, puta usumfructum, servitutem, nomen. Deinde posse legari non modo res, quæ actu sunt in rerum natura, verum etiam, quæ futuræ sperantur: quæ non sunt, nec esse possunt, earum legatum inutile esse. De quibus omnibus accuratius agemus suis locis. Porro interest, utrum res legata sit in commercio, an non sit: & si extra commercium, utrum simpliciter atque in totum, ut sunt res publicæ, sacræ, sanctæ, religiosa liber homo; quarum rerum legatum nullius momenti est; an vero res talis sit certo respectu, & vel ob specialem circumstantiam commercio exempta, cum alioqui per se & conditione sua sit in commercio, cujusmodi sunt marmora, collumnæ, tigna ædificiis juncta; quæ inutiliter itidem uno atque altero casu excepto legantur; vel exempta commercio quorundam, non omnium, ut mancipium Christianum, cujus commercium non habent hæreticus, Judæus, paganus, *t. C. ne mancip. Christ.* item militia, hoc est, officium alicujus eorum, qui in aliqua schola seu ordine inter statutos relati sunt, ex quo salaria à Principe consequuntur; cujusmodi officiorum constat quoque non omnes jure capaces esse, *vid. Cujac. in l. 3. §. si quid minori 7. de minorib.* Sic prædii provincialis cum aliis commercium est, cum præside non item. Atque hujus generis res aliquando utiliter, aliquando inutiliter legantur: de de quo uberius paulo post. Quæ res legata in commercio est, ea vel est testatoris propria, vel non est; & hæc iterum vel hæredis, vel legatarii, vel tertii alicujus, quæ in hoc argumento specialiter dici solet res aliena. De re hæredis scriptum hic est, eam non minus, quam rem testatoris legari posse: neque ullam hoc dubitationem habet; adeo ut hujusmodi legatum valeat, etiamsi testator existimaverit rem suam se legare, *l. unum. 67. §. si rem 8. de leg. 2.* De re legatarii legata distincte dicetur *inf. sub §. sed si rem. 10.* De re aliena hic itidem traditum est, eam utiliter legari; cum ea tamen distinctione, quam legatum rei testatoris aut hæredis propriæ non recipit. Postremo illud quoque generaliter tenendum est, nullius esse momenti legatum earum rerum, quæ legatæ nihil emolumenti aut commodi legatario afferunt, quamvis sint in commercio: de quo etiam inferius præcipietur diligentius *sub §. ex contrario 14.*

Sed etiam aliena] Etiam res alienas legari posse, 2
semper constitit, & posse, etiamsi difficilis earum paratio sit, ut ait JCtus *l. cum servus 39. §. constat 7. de legat. 1.* nec obstat lex duodecim tabularum, quæ tantum de suo legandi potestatem facit, *l. verbis 120. de verb. sign.* nam & qui legat rem alienam, de suo legare intelligitur. Onerat enim hæredem, ut rem redimat, & redemptam præstet. Olim hoc proprium fuit legatorum, quæ per damnationem relinquebantur. Sicut indicat *l. qui quatuor 50. §. ult. de legat. 3.* & expresse testatur *Ulpian. in fragm. sub tit. de legat.* Hodie autem licebit in hac re etiam verbis legati vindicationis propriis uti, ut puta, *do, lego,* aut similibus. Sed & rem hostium legari posse placuit, si modo in ea causa sit, ut aliquo casu emi possit, & jure commercii comparari, *l. ab omnibus 104. §. 2. de legat. 1.* Ejus rei, quæ apud hostes est, bello scilicet capta, legatum omnimodo consistit jure postliminii, *l. 9. l. servus 98. eod.* An autem jure quoque Canonico legatum rei alienæ valeat, dubitatur propter *cap. filius x. de testa.*

 ubi

ubi videtur ejusmodi dispositio improbari. Covarruvias putat, speciem *d.c.* esse singularem, quod res alterius Ecclesiæ legata proponeretur sepulturæ causa: & ideo extra speciem illic propositam etiam jure Pontificio alienæ rei legatum consistere: & ita quoque *Mantic.9. de conj.ult.Vol.10.Fachin.5. contr.38.* Atenim negari non potest, quin Pontifex in *d.c.* ostenderit, sibi displicere rei alienæ legatum, cum id magis *seculi legibus*, quam *legi Dei* convenire significat. Quamobrem D. Tulden. *hic cap. 5.* fatetur quidem, improbari à Pontifice hanc juris civilis dispositionem: cæterum cum eam expresse non abroget, merito eam adhuc obtinere debere contendit; maxime cum probabili nitatur ratione, prolixius indulgendi supremis hominum desideriis, & eo tantum pertineat, ut hæres rem à domino redemptam, aut eo nolente vendere, justam rei æstimationem legatario præstet. Crediderim, Pontificem opinionis errore deceptum putasse, rei alienæ legatum legibus seculi ita sustineri, ut eam rem, velit nolit, dominus suo pretio vendere teneatur: nam ut hæres aut redemtione rei alienæ, aut pretii illius præstatione oneretur, constat, legi divinæ minime repugnare.

3 Quæsitum est, quid juris in legato rei communis. Finge, testatorem fundum Sejanum, quem cum Titio communem habebat, legasse Sempronio non adjecta portione. Res dubitationem non habet, si testator sic dixerit, *fundum meum*. Hic enim portionem tantum deberi, id est, partem, quæ testatoris fuit, non alienam, diserte respondet Paul. *l.5.§.ult.de legat.1.* & addit, hoc constare, ut ostendat, certi juris esse, non controversi. Quippe & verba & mens testatoris hic pro hærede faciunt. Verba, quia *fundum meum* recte interpretamur, quatenus meus est: nam meum etiam recte dicitur, quod pro parte meum est, *l.in re communi 26.de serv.prat. urb. l.si quis 74.de legat.3.l.1. de cond.inst.* quamvis totum meum esse non recte dicatur, *l. recte,de verb. sign.* Mens testatoris; quia etiamsi res dubia esset, non facile crederetur testator onerare hæredem suum voluisse necessitate redimendi, *l.unum 67.§ si rem 8. de legat. 2.* Sed dubitatur, si testator non dixerit, *fundum meum*, aut *qui meus est*, sed simpliciter fundum sibi cum alio communem legaverit, utrum totus debeatur, an ea tantum portio, quæ testatoris fuit. Accursius existimavit, totum deberi, quoniam legatum rei alienæ, quam testator scivit alienam esse, valet, & in proposito fundus, si in totum esset alienus, totus deberetur. Quod & Donello visum in *l.10.Cod. de legat.n. 2.* Sed contrariam sententiam, quam probant *Bart. Bald.Jas.Ang.Zas.Duar.in d. l.5.§.ult.de legat.1.Mant. 9. de conj. ult.Vol.tit. 1.n.12.* veram esse existimo, partem tantum deberi. Quippe longe diversa ratio est in casu proposito rei in totum alienæ, & pro parte meæ. Si res legata tota aliena est, non potest videri testator revocasse modum legati ad partem aliquam suam, quam nullam in ea re habet; nullaque alia conjectura capi potest, quam voluisse legare totam. At cum pars tantum testatoris fuit, omnino credibile est eum potius de sua illa parte cogitasse, quam voluisse hæredem suum ita onerare, ut partem alienam redimat; quæ conjectura efficacissima est, *l. unum 67.§.si rem 8.de leg.2. l.Sticho 36.in fin.de usufr. leg.* Eandem rationem habet, quod in specie fundi vectigalis legati responsum est, non videri proprietatem legatam, sed jus, quod in eo testator habuit, *l.si domus 71.§. ult. de legat. 1.fac.l. 24. de instruct. vel instr. leg.l.30.§.4.de legat.3.* Plane, si testator nominatim dixerit, se legare fundum Sejanum *totum* vel *omnem*, responderem, utramque partem, & tam alienam, quam testatoris, deberi, *arg.l.Juliano 68.in pr. de legat.3.* Fusius hanc quæstionem tractamus *lib.2 select.quæst. cap. 26.*

Si eam non potest redimere, æstimationem ejus dare] Effectus legati rei alienæ hic est, ut hæres eam rem teneatur redimere & præstare, aut si redimere non possit, quod dominus eam vel nolit vendere, vel non nisi immodico pretio vendere velit, justam æstimationem inferre, *l.si domus 71.§. 3.de legat. 1.l.non dubium 14. §. ult. l. qui quatuor 30. §. ult. de legat.3.* & competit legatario eo nomine actio personalis ex testamento. In rem hoc casu competere non potest, quoniam fieri nequit, ut re aliena legata, dominium ejus rei recta à morte testatoris ad legatarium transeat. Hæc vero ita obtinent si testator rem alienam legavit sciens; secus est, si ignorans, ut paulo post audiemus. 4

Si talis sit res, cujus commercium non est, nec æstimatio debetur] Ejus rei, quæ simpliciter atque absolute extra commercium est, legatum inutile prorsus atque inane est, ut nec æstimatio debeatur. Cujus generis sunt res sacræ, sanctæ, religiosæ, usibus publicis destinatæ, *l. cum servus 39.§. pen. de legat. 1.* Idem est, si legata sit res, quæ usibus Principis deservit, veluti horti Salustiniani, fundus Albanus, aut prædia, quæ in patrimonio Cæsaris sunt; quippe quarum rerum commercium non est sine jussu Principis, & furiosi est talia legata adscribere, *d. l. cum servus, §. antepen. & ult.* Sed neque earum rerum legatum regulariter consistit, quæ ædibus junctæ sunt, ut puta columnæ, marmora, regulæ, aut alia id genus: quamobrem nec his rebus legatis æstimatio debetur, *l. cætera 41. cum 2. ll. seq. d.tit.* Excipiuntur duæ causæ, in quibus harum etiam rerum legatum valere placet: quarum una est in *d. l. cætera, §.sed si quis 5.* altera in *l.11. §. si quis illicite 14. de legat.3.* nimirum quia in utraque ea specie cessat ratio, ob quam res legari, aut negotiandi causa eximi prohibentur, quæ hæc est, ne ruinis defor- 5

metur

metur aspectus publicus, *l.2. C. de ædif. priv.* Hæc omnia liquida sunt & cunctis probata. Quod si
6 certæ alicujus personæ commercio res exempta est, refert, testator is aut hæres sit, an legatarius. Si testator, utile nihilominus est legatum, si legatarius commercium habeat: nam & utilis est stipulatio, si rei in stipulatum deductæ commercium habeat stipulator, licet promissor non habeat, *l. multum 34. de verb. obl.* Idemque est, si hæres non habeat, legatarius habeat: neque enim hic persona hæredis; utpote à quo res mox abitura est, considerari debet. Textus est in *l. mortuo bove 49. §. sed Proculus 3. de legat. 2.* Hæc quoque extra dubitationem posita sunt, & usu, uti & superiora, recepta. *Grot. 2. manuduct. 22. vers. pen.* Quod si legatarius commercium non habeat, traditum est, legatum non valere, *dict. l. mortuo bove. §. 2.* cui simile est, quod is, qui rei commerciũ non habet, eam inutiliter stipulatur, *dict. l. 34. de verb. obl.* & quod donari non potest, quod donatario acquiri non potest, *l. 9. §. ult. de donat.* οἷον χριστιανὸν ἀνδράποδον αἱρετικῷ προσώπῳ, ut ibi Græci. Cæterum non est hoc æque expeditum, ac præcedentia. Nam primum obstare videtur, quod responsum est, militia servo alieno legata, domino æstimationem deberi, modo testator sciens eam servo legaverit, *l. 11. §. si servo 16. de legat. 3.* Atqui servus militiæ capax non est. Respondeo, servis ademptam esse totius juris civilis communionem. Sed sciendum, testamenti factionem cum servis ex persona dominorum introductam, ut proinde si domino militia relinqui potuit, & servo possit, atque in persona servi ipsi domino relicta videatur, *l. non minus 31. de hæred. inst.* Eo fit, ut si testator servo alieno militiam legaverit, legatum utili sit, & æstimatio, quæ natura legati militiæ continetur, *d. l. 49. §. 1. de leg. 2.* debeatur domino, qui militiæ commercium habuit. Utique si testator non ignoraverit servum esse: nam si liberum putavit, scriptum est, in *d. l. 11. §. si servo.* denegari fideicommissi petitionem, addita hac ratione, quia si scisset servum, non reliquisset. Itaque nec ad dominum quicquam isto casu ex legato aut fideicommisso redire voluit, reperiturque res relicta ei solum, qui commercium ejus non habet. Quod distinctionem nostram confirmat. Secundo refragari putatur *l. si filiusfam. 114. §. si quid alicui 5. de legat. 1.* Sed hic locus ipse tibi quod respondeas, subministrat. Ait Jurisconsultus, *si quid alicui licite fuerit relictum, quod ipse quidem propter corporis sui vitium, vel propter qualitatem relicti, aliamve probabilem causam, habere non potest, aliis tamen habere potuit, æstimationem deberi.* Proponitur legatum licite relictum: ergo relictum capaci, non ei, cui commercium rei relictæ interdictum est. Nemo enim dicet prædium provinciale licite legari præsidi, aut mancipium Christianum Judæo. Proponitur relictum ei, qui casu aliquo & probabili ex causa rem habere non potest; non ei, qui jure capere prohibetur. Finge, surdo, muto, aut cæco militiam legatam aut per fideicommissum relictam, hoc casu æstimatio debebitur: at non deberetur, si ea res relicta esset incapaci, argum. *d. l. 11. §. si servo 16. de legat. 3.* Postremo hic objicitur *l. sed si res 40. de legat. 1.* qui locus plus difficultatis habet: scriptum enim illic expresse est, utile esse fideicommissum & æstimationem deberi etiam eo casu, quo fideicommissarius jus possidendi non habet. Donellus in *d. l. multum, de verb. obl.* distinguit inter impedimentum possidendi & incapacitatem legatarii, vultque aliud esse, non habere jus possidendi, aliud, non habere rei commercium. Verum ista distinctio locum habet, ubi quæstio est de conditione personæ legatarii, non de capacitate ejus aut incapacitate, ut jam intellectum est, Robertus, *3. animadvers. 11.* & alii, interesse putant, sciverit testator legatarium sive fideicommissarium incapacem esse, an ignoraverit: priore casu æstimationem deberi, posteriore non item. Non displicet, quod Cujacius in *d. l. multum,* contendit redundare in *d. l. sed si res,* secundam negationem, eamque demendam; ut hic sit sensus, æstimationem deberi, si res, cujus commercium legatarius non habet, ab eo per fideicommissum relinquatur ei qui commercium ejus rei habet. Quæ sententia verissima est. Nam persona legatarii in hujusmodi specie quasi subducitur, perindeque habetur, ac si fideicommissum recta ab hærede relictum esset: estque casus hic simillimus ei, qui proponitur in *d. l. mortuo bove 49. §. pen. de legat. 2.* Secunda autem negatione retenta, fit scriptura inepta, & illa abundant, *cujus commercium legatarius non habet.* Quid enim refert, legatarius, à quo res per fideicommissum relicta est, commercium ejus rei habeat, nec ne, si fideicommissarius non habeat, aut non habeat jus possidendi? Non placet hæc confidentia Cujacii Duareno in *d. l. sed si res.* Sed cui placere poterit Duareni explicatio, verba illa, *cui jus possidendi non est,* referentis ad legatarium, qui Duareno idem est ille, cui per fideicommissum relinqui dicitur? Quis non videt, tunc totum illud, *cui possidendi jus non est,* abundare? Existimat autem Duarenus in quæstione proposita distinguendum esse ex ratione juris veteris inter legatum & fideicommissum. Legatum rei, cujus legatarius commercium non habet, eo jure inutile esse; fideicommissum, in quo benignior admittebatur interpretatio, utile, atque ex eo æstimationem fideicommissario, deberi. Argumento esse, quod in iis locis, ubi negatur deberi æstimatio, agatur de legato, ut in *dict. l. mortuo bove de leg. 2. §. pen.* contra ubi æ-

stimatio

ftimatio dicitur deberi, de fideicommisso, ut in *d. l. 11. §. si servo, de legat. 3. & d. l. si filiusfam. 114. §. si quid alicui, de legat. 1.* Bachovius etiam, qui idem in hac re, quod Duarenus, sentit, non inelegantem sibi hujus differentiæ rationem reddere videtur; nimirum quia legatum recta transit in legatarium, fideicommissum primo consistit in persona ejus, à quo relinquitur. Ego vero non magni hæc æstimo. Nam si tam insignis hoc in casu differentia fuisset inter legata & fideicommissa, utique ejus meminissent *Ulp. & Cajus sub tit. de fideicom.* ubi harum rerum differentias, si non omnes, saltem plerasque & præcipuas recensent. Quin contra ex Ulpiano didici, legatum damnationis, de quo fere hic quæritur, & fideicommissum ejusdem esse hactenus naturæ, ut eædem res, quæ per unum relinqui possunt, possint & per alterum, *dict. tit de fideic. §. 4.* Sed nec magis ex legato damnationis dominium recta in legatarium transit, quam ex fideicommisso: ex quo apparet rationem illam differentiæ, quam Bachovius profert, non esse usque adeo elegantem. Quid si feudum legatum sit? Hic æstimatio
7 nem deberi negant *Gail. 2. obs. 154. n. 13. Fach. 5. contr. 37. Vult. 1. de feud. cap. 9. n. 72. Pet. Gregor. 42. syntagm. 32.* Ajunt Peregrin. *de fideic. art. 11. n. 103. & seq. Matheac. lib. 2. epit. legat. cap 19. n. 4.* Quorum sententia probabilior videtur *Bachov. in Treutl. Vol. 2. disput. 13. thes. 5.* Sed prior apud nos obtinet, sive testator de suo feudo disposuerit non interveniente domini consensu, *D. Grot. 2. manud. 42.* sive de alieno, nisi aliunde liquido constet testatorem & æstimationem præstari voluisse, uti supremam apud Mechlinienses Curiam censuisse refert *D. Christin. Vol. 6. decis. 28.*

Si sciebat alienam rem esse] Non semper res aliena legata debetur: sed ut superius diximus, interest utrum quis rem alienam legans, sciverit rem alienam esse, an ignoraverit; si scivit, debebitur; si ignoravit, non item, *l. cum alienam 10. C. hoc tit. l. unum 67. §. si rem eod. 2.* quod etiam nunc docet Imperator, addita hujus rei ratione; *forsitan enim*, inquit, *si scivisset alienam rem esse, non legasset.* Sed unde illud colligimus testatorem legaturum non fuisse? Ex eo nimi-
8 rum, quod nemo facile credendus sit hæredem suum onerare voluisse redemptione rei alienæ, *d. l. unum, §. si rem, l. Sticho 36. in fin. de usufr. leg.* Atque hinc intelligere licet distinctionem illam ad rem hæredis legatam non pertinere, sed eam omnino deberi, etiamsi testator eam suam existimans legaverit: nempe cui rei legatæ dominium apud hæredem est, tam facile eam hæres præstare potest, quam rem quæ defuncti fuit, *d. l. si unum, §. si rem.* Plane aliquando conjectura voluntatis efficit, ut etiam res aliena legata indistincte debeatur; veluti si relicta sit personæ proximæ, puta parenti, uxori, alicui ex cognatis, aut amico singulari, aliive tali personæ, cui verisimile est testatorem quovis modo legaturum fuisse, *d. l. 10. C. eod.* quod ad legata in piam causam relicta traducunt *Tiraq. priv. piæ caus. 66. Vasq. lib. 3. de succ. progr. §. 27. n. 41.*

Legatarium probare oportere] Quia fere in casu legati rei alienæ quæstio inter hæredem & legatarium nasci solet, dum ille contendit ignorasse defunctum rem alienam esse, hic contra scivisse; quod porro aliud dubium parit, utri scilicet necessitas incumbat probandi, hæredine ignorasse defunctum, an legatario scivisse: ideo Imperator, quid in hac re juris esset, simul definire voluit. Ait autem ab hærede nullam in proposito probationem exigi, sed legatarium probare oportere, scivisse defunctum rem alienam esse, adjecta hac ratione ex notissima juris regula, *l. actor. Cod. de prob. l. 4. C. de edend.* quia necessitas probandi incumbit ei, qui agit; qui hic legatarius est, non hæres. Hoc idem iisdem verbis & Marcianus tradidit *l. verius 21. de prob.* Accedit tamen huc etiam alia ratio, eaque fortior, quod hæres præsumptione juris adjuvatur, quæ etsi actoris partes hæres sustineret, onus tamen probandi rejiceret in legatarium, *l. 8. & 9. eod. tit.* Plane potest hoc jus ex circumstantiis variari: nam si apud alium rei legatæ possessio sit, neque in ea defunctus quicquam juris habuit, aut sibi asseruit, magna causa est præsumendi pro legatario, scivisse defunctum, rem alienam esse, *add. Gomez. 1. resol. 12. n. 13. Christin. Volum. 4. decision. 32. n. 5. & seqq.*

TEXTUS.

De re pignorata.

5. Sed & si rem obligatam creditori aliquis legaverit, necesse habet hæres eam luere. Et in hoc quoque casu idem placet, quod in re aliena, ut ita demum luere necesse habeat hæres, si sciebat defunctus rem obligatam esse: & ita divi Severus & Antonius rescripserunt. Si tamen defunctus voluerit legatarium luere, & hoc expresserit, non debet hæres eam luere.

NOTÆ.

5. SI REM OBLIGATAM] fac. *l. 47. de legat. 1. l. 15. de dot. præl. l. 6. C. de fideic.*

HAERES EAM LUERE] In *d. leg. 15. liberare.* Luere est pignus solutione vel satisfactione liberare.

Et

Et hoc expressserit] In testatoris certa & expressa voluntate conjecturis non est locus, *l. 33. eod. 1.*

Commentarius.

1 *Doctrina hujus §. non obstare quod alibi traditur, si res certa legata sit, talem dari debere, qualis est.*

2 *Interdum etiam tunc cum testator nescivit rem obligatam esse, hæredem eum luere debere, & quibus casibus.*

3 *Quid juris sit pignore distracto.*

Res pignori obligata quodammodo aliena est, utpote cujus pretium nobis abest, quod pro ea liberanda præstare cogimur, *argum. l. Labeo 14. de Verb. sign.* unde & pignoris obligatio species quædam alienationis habetur, *l. ult. C. de reb. al. non alien.* Atque hinc est, quod in re pignori obligata idem placet, quod in re aliena, ut quemadmodum hæres rem alienam legatam cogitur redimere, ita & rem pignori obligatam, quæ legata sit, luere, id est, nexu pignoris liberare, soluta creditori pecunia, *hoc text. l. si res 57. de legat. 1. licet 15. de dot. prœl. l. prædia, C. de*
1 *fideic.* Non obstat quod alibi traditur, si res certa legata est, talem dari debere, qualis est; verbi causa si fundus, qui legatus est, servitutem debet, eum cum servitute recte præstari, *l. servo 69. §. 3. de legat. 1.* si servus statu liber legatus est, statuliberum rectè dari, *l. servum 44. §. pen. & l. seq. §. ult. eod.* Nam hoc de re testatoris legata dicitur, ad rem alienam aut ex parte alienam non pertinet, qualis merito habetur res opposita pignori, quoad quantitatem æris alieni. Eadem ratione responsum est fundo legato, cujus ususfructus alienus est, hæredem hunc usumfructum redimere debere; quoniam scilicet & in usufructu res aliena legata videtur: nam etsi ususfructus non in parte, sed in jure consistit, emolumentum tamen rei continere, & ideo instar obtinere portionis, *l. Mævius 66. §. pen. l. cum filius 76. §. dominus 2. de legat. 2.* Plane, si quis prædium legavit obligatum pro annuo reditu, hoc casu non esse cogendum hæredem prædium liberare, post Joan. Fab. D. Tuldenus *hic c. 11.* annotavit: & ita observari ait; quoniam ejusmodi onera plerumque perpetua sunt, instar servitutis rei inhærentia, ut proinde non sit præsumendum, testatorem cogitasse de liberatione, *decis. Cur. Holland. 11. in fin.*

Ita demum, si sciebat defunctus] Si ignorabat, valet quidem adhuc legatum: cæterum tunc res à legatario luenda est, *dd. loc.* Duo sunt casus, quibus
2 placet etiam tunc cum ignoravit defunctus rem obligatam esse, hæredem pignus luere debere. Unus est, si testator eam rem vel aliam non minoris pretii æque legaturus fuisset, si scisset obligatam, *d. l. si res, de legat. 1. d. l. prædia, Cod. de fideic.* de quo constare poterit, si vel testator id aliquando aperte professus sit, aut si rem conjunctæ personæ legaverit, ut supra in re aliena, *arg. l. cum alienam, C. de legat.* Alter casus est, cum debitum exæquat aut superat pretium rei pro eo obligatæ: quoniam hoc casu legatarius ipse rem liberans nihil reliqui habiturus esset, atque inani legato, quod verisimile non est defunctum voluisse, ludificaretur, *d. l. si res, in pr.* ubi ita legendum est, *Vel nisi non potest aliquid esse superfluum exsoluto ære alieno.* Ut editiones Roberti Stephani, Petri Baudozæ & nonnullæ aliæ habent, & in sua notat Jul. Pacius: non ut vulgo legitur, *Vel potest aliquid esse superfluum &c.* Nam hac lectione retenta, hic Jurisconsulti sensus fuerit, ut recte *Fachin. lib. 12. contr. 43.* quotiescunque plus est in re legata, quam in debito, pro quo obligata est, hæredem eam luere debere, etiam ubi nescivit testator obligatam esse: quod & verum esse existimat *Fachin. d. loc. & D. Tulden. hic c. 11.* Atqui tunc regula convertenda erit: quoniam rarissime fit, ut creditores pignus accipiant, cujus æstimatio non superet quantitatem crediti. Donellus 8. *comm. 19.* alium sensum vulgatæ lectioni affingit, nimirum cum debitum excedit pretium rei legatæ, quam testator obligatam nesciebat, pro ea quidem quantitate, quæ rei pretio respondeat, legatarium luiturum: cæterum quod restat adhuc exsolvendum, ut pignus in totum liberetur, id ab hærede præstandum: quam interpretationem verba ista, *si potest esse aliquid superfluum exsoluto ære alieno,* minime ferunt. Illud hic monendi sumus, tunc solum hæredem posse pignus luere, cum id nondum à creditore legitime distractum est. Distracto pignore res in priorem speciem rei 3
alienæ legatæ incidit, utpote dominio pignoris jure in alium translato, *l. non est novum 46. de acq. rer. dom. l. ult. C. si vend. pign. agat.* Proinde hoc casu id superest, ut hæres aut rem redimat, aut si redimere non possit, æstimationem ejus præstet; nisi contraria defuncti voluntas ab hærede ostendatur, *d. l. prædia, C. de fideic.*

Voluerit legatarium luere & hoc expresserit] Ratio manifesta est, quia in certa voluntate testatoris conjecturis non est locus; sed simpliciter standum est voluntati defuncti, *l. si pluribus 33. de legat. 1.*

Textus.

De re aliena post testamentum à Legatario acquisita.

6. Si res aliena legata fuerit, & ejus rei vivo testatore legatarius dominus factus fuerit, si quidem ex causa emptionis,

ex testamento actione pretium consequi potest; si vero ex causa lucrativa, veluti ex donatione, vel ex alia simili causa, agere non potest. Nam traditum est, duas lucrativas causas in eundem hominem & eandem rem concurrere non posse. Hac ratione si ex duobus testamentis eadem res eidem debeatur, interest, utrum rem, an æstimationem, ex testamento consequutus sit. Nam si rem habet, agere non potest: quia habet eam ex causa lucrativa: si æstimationem; agere potest.

NOTA.

TRADITUM EST DUAS LUCRATIVAS, &c.] Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenit, *l. 17. de obl. & act.* fac. *l. 108. §. 4. de leg. 1. l. 66. §. 1. eod. 2. l. 83. §. 6. de verb. obl. l. 61. de solut.* Ratio est, quia cum creditoris jam res esse cœpit, in eum casum devenit obligatio, à quo incipere non potuit, *§. 10. inf. de inut. stip. §. 14. inf. de act.* diversa ratio est causæ onerosæ; quia cui pretium abest, ei adhuc res ipsa abesse videtur, *l. 14. de verb. sign.*

COMMENTARIUS.

1 *Distinctionem hoc §. traditam locum habere etiam cum res legata mortuo testatore ad legatarium pervenerit.*

2 *Duarum causarum lucrativarum in eandem rem & personam concursum esse speciem liberationis, & quo ea pertineat.*

3 *Quid si eadem res eidem sæpius legata sit eodem testamento.*

4 *Quid si eadem quantitas eidem legata vel unius testamento, vel duorum.*

5 *Si duorum testamentis eadem res relicta sit, eum qui rem nactus est, posse ex altero adhuc æstimationem petere: non contra, & cur tam variè.*

SI res legata tempore facti testamenti legatarii fuit, legatum inutile est, ut docetur *inf. §. sed si rem 10.* Quod si eo tempore aliena est, & legatarius postea ex alia causa dominium ejus nactus sit, placet, inspiciendum esse, quali ex causa nactus sit, ex onerosa, an lucrativa: si ex causa onerosa, actione ex testamento eum agere posse & pretium consequi: contra si ex lucrativa, non posse, propter regulam, quæ definit, duas causas lucrativas in eandem rem & personam concurrere non posse: quam statim explicabimus. Causa onerosa est, ex qua rem ita accipimus, ut pro ea aliquid vicissim præstemus: quod accidit in emptionibus & permutationibus. Dotis etiam causa onerosa intelligitur, *l. ex promissione 19. de obl. & act.* Lucrativa causa est, propter quam accipienti nihil abest, quales sunt legatum, fideicommissum, donatio, *l. 4. §. si quis 29. de dol. mal. exc. l. inter 83. §. si rem. 6. de verb. l. in perpetuum 61. de solut. l. un. §. lucrativas C. de imp. lucrat. descript.*

Si res aliena legata fuerit] Ab eo scilicet, qui sciebat, rem alienam esse: alioqui legatum inutile est, nisi singulari conjectura voluntatis sustineatur, ut ostensum supra in explicatione §. 4. 1

Vivo testatore] Exempli causa hoc dictum putant Gloss. & DD. idemque obtinere, quamvis id contigerit testatore mortuo: quibus assentior. Nam etsi hæreditatem aditam ponamus, ex quo hæres debitor efficitur; idem tamen dicendum esset, nempe hæredem liberari, si antequam rem redimere & præstare posset, ea ex alia causa lucrativa ad legatarium pervenerit, juxta regulam generalem traditam in *l. omnes 17. de obl. & act.* Proinde frivolum est, quod objicit Bachov. diem legati cedere à morte testatoris. Sed quid si legatarius eandem rem iterum vivo testatore alienaverit, an legatum convalescet? Negant comm. DD. Sed ego subsisto propter *l. non quocunque 82. in pr. de legat. 1.* qui locus arguere videtur, cum effectu obligationem in proposito non extingui, nisi die legati cedente dominium rei adhuc apud legatarium existat.

Ex causa emptionis &c. pretium consequi potest] *l. planè 34. §. quod si. 7. de legat. 1. add. l. si à substituto 45. l. hujusmodi 84. §. qui servum 5. eod. tit.* & quidem si rem totam emit, aliove oneroso titulo acquisivit, pretium totius; si non totam, sed partem, pretium partis, quam emit, consequetur, *d. l. non quocunque §. 3.*

Duas causas lucrativas in eundem hominem & eandem rem] Definitio generalis, cui locus est non tantum, si ex causa legati aut fideicommissi res debeatur, *l. si servus 108. §. Stichum de legat. 1. l. Mævius 66. §. 1. de legat. 2. l. nutu 21. §. 1. de legat. 3.* sed etiam si ex aliis causis similiter lucrativis, *d. l. omnes 17. de obl. & act. l. inter stipulantem 83. §. si rem 6. de verb. obl. l. in perpetuum 61. de solut.* Est enim duarum lucrativarum causarum circa eandem rem & personam concursus species liberationis, 2 *d. l. omnes de obl. & act.* quæ, ut ego existimo, referenda est ad eas causas, in quibus res incidit in e-

um casum, unde incipere non potuit, *§. 2. de inut. stip.* Cum enim res, quæ ex lucrativa causa debetur, ad creditorem pervenit ex alia causa lucrativa, cœpit res ejus esse, ut jam amplius ejus fieri non possit, *§. sic itaque 14. inf. de act.* Dices, idem contingere, si res ad creditorem pervenit ex causa onerosa. Cur igitur pariter hoc casu non accidit, ut alius liberetur, qui eandem rem ex causa lucrativa debet? Nimirum quia cum ex causa onerosa creditor rem nactus est, licet domini jure non minus, quam si ex causa lucrativa nactus esset, rem habeat: emolumento tamen non videtur habere, eoque nec ad eum pervenisse, secundum veterum doctrinam, qui sic definiunt, rem abesse videri ei, cui pretium abest, *l. Labeo 14. de Verb. sign.* Porro locus est propositæ regulæ, si certa res sit aut species, quæ debeatur: nam si certa quantitas aut summa bis, verbi causa, legata sit, non potest dici eandem rem deberi, *l. plane 34. § 3. de legat. 1. l. Titia 87. de legat. 2.* quamvis si ab eodem multiplicatio legati non præsumatur, *d. l. plane §. 3.* Exigit regula, ut ea species ad creditorem pervenerit, *d. l. omnes de obl. & act.* quæ verba cum effectu accipienda sunt, si sic pervenerit, ut sit mansura: alioqui si in ea causa sit, ut avocari possit, aut ea lege legata, ut alteri restituatur, definitio locum non habet, *l. non quocunque 82. in pr. & §. 1. de legat. 1. l. in perpetuum 61. de solut. fac. l. aliud 71. de Verb. sign.*

3 *Si ex duobus testamentis eadem res*] Ait *duobus*, id est, *duorum testamentis.* Nam si eadem res eidem sæpius legetur eodem testamento, amplius quam semel peti non potest, sufficitque vel rem consequi vel rei æstimationem, ~~*l. plane 34. §. 1. de legat. 1.*~~ Quippe sæpius idem legando non ampliat testator legatum, *l. si alii 42. de usufr.* nec tam legasse sæpius, quam sæpius locutus creditur, *l. Mævius 66. §. eum 5. de legat. 2. l. si tibi 86. §. 1. de legat.* nisi manifestè constet ampliandi legati causa sæpius legasse: ut in hac specie; Duos quis scripsit hæredes, & damnavit unumquemque solidam rem legatario præstare; hic idem esse responsum est, atque si duobus testamentis legatum esse, *l. quid ergo 53. §. 2. de legat. 1.* Ait *eadem res*, id est, *eadem species, idem*
4 *corpus*, nam si eadem quantitas eidem duorum testamentis relicta sit, puta centum aurei, solidum legatum ex utriusque testamento peti potest: quamvis si in eodem testamento, non aliter placeat legatum sæpius præstandum, quam si legatarius doceat testatorem multiplicare summam voluisse: præsumitur enim potius repetiisse legatum, quam voluisse multiplicare, *d. l. plane §. 3.* nisi forte diversis scripturis legaverit, puta testamento & codicillis; tunc enim nisi hæres contrarium ostendat, legatum duplicatum præsumitur, *l. 12. de probat. & ibi Gloss. & comm. DD. Duar. ad d. l. plane*, ubi occurrit argumentis Zasii hanc distinctionem impugnantis: aut si variaverit testator modum legandi in quantitate vel qualitate, conditione, tempore, loco, vel causa: nam & tunc ampliasse legatum creditur, nisi contrarium doceatur, per *l. cum centum 9. de adim. leg. Bald. Castr. Raphael. Jas. in d. l. plane §. 1. Gomez. 1. resolut. 12. num. 38.*

Utrum rem, an æstimationem] Igitur quod 5
scriptum est in *d. l. plane §. 2.* ~~si duorum~~ testamentis mihi eadem res legata sit, bis petere me posse, ut ex altero testamento rem consequar, ex altero æstimationem, id cum distinctione accipiendum est, ut si prius æstimationem ex altero consecutus sim, ex altero rem adhuc petere possim: non autem, ut possim de æstimatione agere, si rem antea consecutus fuero: eoque jure utimur, *Grot. 2. manuduct. 22.* Non obstat huic distinctioni *l. hujusmodi 84. §. 2. de legat. 1* ubi per exceptionem repelli dicitur, qui pretium rei legatæ accepit: nam in specie *d. l.* hæres Titius id duntaxat legasse intelligitur, quod ipse in re legata habuit, videlicet jus per biennium retinendi, ut eo legato nihil præter commodum repræsentationis contineatur. Rationem propositæ distinctionis suppeditat, *l. tantum 88. de Verb. sign.* ubi docet Jurisconsultus, eum, qui rem habet, & æstimationem habere intelligi: contra qui æstimationem habet, non videri habere rem ipsam: re enim æstimationem contineri; æstimatione rem non contineri: ut proinde si is, qui rem habet, æstimationem petat, id petere intelligatur, quod jam habet: qui æstimationem adeptus est, si rem petat, id petere, quod non habet. Adhæc etiam affectio ad rem esse potest supra æstimationem, *l. si in emptionem 35. de minor.*

TEXTUS.

De his quæ non sunt in rerum natura.

7. *Ea quoque res, quæ in rerum natura non est, rectè legatur; veluti fructus, qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit.*

COMMENTARIUS.

1 *Purumne sit legatum, de quo hic agitur, an conditionale, & plenius n. 2.*

Quæ in rerum natura non sunt nec actu, nec potentia, frustra & inutiliter legantur, veluti si hy- 1

 po-

pocentaurus legetur, aut homo, qui mortuus sit; quemadmodum & stipulatio harum rerum inutilis est, §. *1. inf. de inut. stip. fac. l. servus 108. §. qui quinque 10. de legat. 1.* Quod vero in rerum natura nunc quidem non est, sed futurum est, aut futurum speratur, legari potest, licet fieri possit, ut actu in rerum natura nunquam existat: veluti si fructus legentur, qui in fundo Tusculano nascentur, vel quod ex Arescusa natum erit, aut insula in flumine nascitura, *l. quod in rerum 24. in pr. de legat. 1. l. etiam ea 17. de legat. 3. l. 1. §. ult. de cond. & dem.* cujusmodi tamen rerum legatum olim per damnationem tantum relinqui potuisse docet Cajus *lib. 2. inst. de legat. §. 3.* De eo quæritur, purumne sit hujusmodi legatum, an conditionale. Dicendum est pro puro haberi, quoad transmissionem; pro conditionali, quoad obligationem: cum *Gloss. & DD. comm. ad l. cum illud 25. §. 1. quand. dies leg. ced. Gomez. 1. res. 12. n. 24.* quod mox perfectius intelligetur.

Fructus, qui in illo fundo] Ille casus huc non pertinet, quando quis simpliciter legat certam quantitatem frumenti, vini aut olei; quæ omnino præstanda est: sed quando legantur fructus, aut certa quantitas fructuum, qui nati erunt in hoc vel illo fundo; puta hoc modo, *fructus, qui nascentur in fundo Tusculano, hæres dato*, vel sic expressa certa quantitate, *centum amphoras vini ex eo, quod natum erit in fundo Semproniano, hæredem meum dare jubeo, d. l. quod in rerum 24. d. legat. 1. l. 5. de tritic. vin. leg.*
2 Ex his autem legatis, si nihil natum sit, nihil debetur; si non tantum, quantum legatum, non amplius debetur, quam quantum natum est, proinde quasi testator per modum taxationis legasset, *si hoc vel tantum natum fuerit, d. l. 5. de tritic. leg. l. 8. §. 2. de legat. 2.* & hoc est, quod Pomponius significat, cum ait inesse hujusmodi legatis conditionem, *l. 1. §. ult. de cond. & dem.* ex natura nimirum ipsius rei, *l. interdum 73. in pr. de verb. obl.* extrinsecus, non ex testamento, venientem. Hujusmodi autem generis conditiones, cum non impediant, quominus dies legati à morte testatoris cedat, mortuoque, licet nondum natis fructibus, legatario, spes legati transmittatur ad hæredem, *l. cum illud. 25. §. ult. junct. l. 6. §. 1. quand. dies leg.* inde dictum est, tales conditiones non facere legata conditionalia, *l. conditiones 99. de cond. & dem.* quia nimirum præcipuus hic est legatorum conditionalium effectus, ut non transmittantur pendente conditione, *l. 4. l. 5. §. 2. quand. dies leg.* Non obstat *l. cum. ita 16. eod. tit.* loquitur enim de legato alternativo, & tali specie, in qua duplex est dubium, & quid nasciturum, & quid hæres electurus sit: nondum autem edito partu electioni locus non est. Utique vero legatum futurorum fructuum, earumque rerum, quæ postea nascentur, pro conditionali hactenus habetur, ut nulla eo nomine obligatio aut actio esse intelligatur, antequam res natæ sint; & tunc demum actio incipiat, cum per rerum naturam præstari possunt, *d. l. interdum 73. de verb. obl.* Obiter & illud hic monendus es, non pertinere huc legatum certæ quantitatis fructuum, etiamsi fundus adjectus sit non taxationis, sed demonstrationis causa, eoque casu integrum legatum deberi, etsi ex fundo adjecto tantum percipi non possit, *l. Lucius 12. de alim. leg. l. Paula 27. §. ult. de legat. 3.*

TEXTUS.

De eadem re duobus legata.

8. *Si eadem res duobus legata sit, sive conjunctim sive disjunctim, si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum: si alter deficiat, quia aut spreverit legatum, aut vivo testatore decesserit, vel alio quoque modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Conjunctim autem legatur, veluti si quis dicat*, Titio & Sejo hominem Stichum do, lego. *Disjunctim ita*, Titio hominem Stichum do, lego: Sejo hominem Stichum do, lego. *Sed & si expresserit* eundem hominem Stichum, *æquè disjunctim legatum intelligitur.*

NOTÆ.

SI ALTER DEFICIAT, TOTUM AD COLLEGATAR.] Si plures sint vel conjuncti vel disjuncti, pars deficiens omnibus accrescit ex æquo. Si permixti conjuncti & disjuncti, conjuncti in parte conjunctorum cæteris anteferuntur; disjunctorum partes accrescunt omnibus, sic tamen, ut conjuncti unius personæ potestate fungantur, *l. 34. eod. 1. l. 89. eod. 3. l. un. §. 10. C. de cad. toll.* Conjunctis autem accrescit cum onere, disjunctis sine onere: illis non nisi volentibus, his etiam invitis, *d. l. unic. §. 11.*

TITIO ET SEJO HOMINEM STICHUM DO, LEGO] Hi re & verbis conjuncti dicuntur, *l. 142. de verb. sign.* quod si testator adjecerit, *æquis partibus*, tum verbis conjuncti erunt duntaxat, *d. l. 142. d. l. 89.* inter quos tamen & ipsos juri accrescendi locus, ut evincit, *d. l. 89.* nam jus prælationis, quod illic eis tribuitur, necessario præsupponit jus accrescendi.

DISJUNCTIM] Separatim, pluribus orationibus. Sunt tamen & hi conjuncti respectu rei, ad quam vocantur: unde & re conjuncti dicuntur triplex enim conjunctio est, *d. l. 142. d. l. 89.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid sit jus accrescendi.*
2 *In hæreditatibus id jus valere ex necessitate: unde ea necessitas, & qui ejus effectus.*
3 *Deficientium hæredum portiones quibus pro qua parte accrescant.*
4 *Valere idem jus & in legatis, sed ex sola præsumpta voluntate testatoris: unde dissimilia effecta, & quæ.*
5 *Vetus inter genera legatorum circa jus accrescendi differentia.*
6 *Juri accrescendi locum non esse, nisi inter conjunctos: & genera conjunctorum exposita.*
7 *Qui hic & passim disjuncti dicuntur, eos & ipsos verè conjunctos esse, & n. 10.*
8 *Quibus pro qua parte defecta pars collegatariis accrescat.*
9 *Inter legatarios diversarum rerum jus accrescendi non esse.*
10 *Singulos, tam conjunctorum, quam disjunctorum diversa consideratione, rectè & totum habere dici, & partes.*
11 *Quid sit partem ab initio facere, notato Gothofredo & Goveano.*
12 *Locus Ulpiani in l. planè §. si conjunctim de legat. 1. expositus, rejecta interpretatione Ant. Fabri.*
13 *An partem faciat qui è conjunctis tempore testamenti mortuus est, aut incapax.*
14 *An conjuncti post obitum testatoris mortui portio conjuncto accrescat.*
15 *An inter verbis conjunctos jus accrescendi locum habeat.*
16 *Quibus argumentis probari videatur, verbis conjunctos re conjunctos non esse: quibus item contra.*
17 *Communis sententia, quod etiam inter verbis conjunctos jus accrescendi valeat, plenissima defensio.*
18 *Quid hic juris apud nos, & quid in legato alimentorum.*

TAngitur hic disputatio de jure accrescendi, qua nulla in toto jure nostro creditur esse vel subtilior vel perplexior. Jus accrescendi est, quo deficientium
1 hæredum ejusdem hæreditatis, aut collegatariorum ejusdem rei portiones adjiciuntur iis, qui suam portionem agnoverunt. Appellatione hæredum & bonorum possessores intelligimus, *l. 3. §. ult. de bon. poss. junct. l. hæreditatis 138. de verb. sign. & l. 2. d. tit. de bon. poss.* & eos quoque, quibus ex fideicommisso restituta est hæreditas, *l. Papin. 43. cum l. seq. §. 1. l. antepen. ad Trebell. l. si totam 83. de acq. hær. Gomez. 1. resol. 5. n. 19.* Appellatione legatariorum etiam fideicommissarios singulares & donatarios mortis causa, *l. un. §. ult. C. de cad. toll.* Valet hoc jus in hæreditatibus ex necessitate. Necessitas nascitur ex duobus juris principiis: unum hoc 2
est, *Neminem hæreditatis sibi delatæ partem semel quæsitam repudiare posse, l. 4. C. de rep. hær.* Alterum, *Neminem ejusdem hæreditatis, quæ alium hæredem non habet, partem habere posse, partem repudiare, l. 1. & l. 2. de acq. hær. l. quidam 28. C. de jur. del. l. un. §. his ita 10. C. de cad. toll.* Quin nec 3
ipsum testatorem hoc jus in hæredibus prohibere posse, demonstravimus sup. in *§. hæreditas 5. de hær. inst.* Si vero non prohibuerit, interpretatione juris etiam quasi ex voluntate ejus inducitur tanquam ex tacita substitutione, *l. si Titio 61 §. 1. de legat. 2. vid. Oss. Hill. in not. ad Don. lib. 7. c. 12. & 26.* Ergo qui ex aliqua parte hæres extitit, sive ex testamento sive ab intestato, ei invito etiam & ignoranti deficientium portiones accrescunt, *l. hæredi 31. l. qui ex duabus 53. §. 1. de acq. hæred. l. 9. de suis & leg. hæred. & accrescunt semper cum suo onere, æris scilicet alieni & legatorum d. l. un. §. his ita C. de cad. toll.* Si plures sint, qui portionem suam agnoverunt, defectæ partes accrescunt omnibus, qui agnoverint, si omnes conjuncti aut disjuncti sint: sin promiscuè conjunctim disjunctimque instituti, aut ab intestato vocati, deficientis disjuncti portio omnibus, conjuncti solis conjunctis accrescit ex tacita voluntate testatoris aut legis. Accrescit vero singulis non ex æquo, sed pro portionibus hæreditariis; & in distributione, si permistim instituti sint disjuncti & conjuncti, placet conjunctos unius potestate personæ fungi, ut non plus universi auferant, quam singuli disjuncti, *l. planè 34. in pr. de legat. 1. l. un. §. his ita.* Eademque ratio est hæredum legitimorum, cum alii conjunctim seu nomine collectivo, alii separatim vocantur: quod fit, cum quidam in stirpes, alii in capita veniunt, ut filii & nepotes, *§. cum filius 6. inf. de hær. ab int.* fratres & fratrum filii, *Nov. 118. §. 3.* Valet idem jus & in legatis inter collegatarios ejusdem rei; verum effectu nonnihil dissimili: namque in legatis locum habet non ex necessitate aliqua aut dispositione juris, sed ex sola præsumpta voluntate testatoris eandem rem pluribus legantis: quippe quos singulos partem quidem habere velle intelligitur, & legatum scindi, si concurrant: si vero non concurrant solidum, postposito hærede. Proinde & inter collegatarios ejusdem rei prohiberi accretio potest,

etsi

etsi singulis res singulæ relictæ sunt; uno deficiente, portio ejus non accrescit collegatariis, sed in hæreditate manet, augetque jus hæredis, cui & ab initio relinqui potuisset, *l. hujusmodi 84. §. pen. de legat. 1.* Deinde cum deficientis hæredis portionem cohæres etiam invitus & cum onere semper accipiat, collegatarius ut plurimum nec invitus, nec semper cum onere partem accipit deficientis collegatarii. In quo hæc distinctio Justiniano probata videtur, ut siquidem conjunctim eadem res duobus legata est, portio deficiens volenti tantum, sed cum onere accrescat; si separatim, invito quidem, sed sine onere, *l. un. §. ubi n. C. de cad. toll.* Ratio est, quia cum conjuncto ex persona deficientis portio defecta defertur, potest eam non admittere; quoniam deficiens potuit: ea autem admissa etiam onus ei adjunctum subire debet, *arg. l. qui in jus de reg. jur.* Utrumque contra in disjuncto, quia ex sua ipsius persona solidum habet, suumque magis non diminutum retinet, quam consequitur alienum, ut huic potius non decrescere, quam portio deficientis accrescere videatur; sic enim Justinianus disputat in *d. l. un. §. ubi vers. sin vero*, & facit *l. 4. de legat. 2. add. Gomez. 1. resol. 10. num. 42. Bart. & comm. DD. in d. l. un. & in l. re conjuncti 89. de legat. 3. Duar. 1. de jur. accresc. 11.*

5 Jure veteri fuit in hac quæstione nonnulla in legatis ipsis differentia: nam si conjunctim eadem res per vindicationem legata fuerat, pars deficiens accrescebat; si per damnationem, manebat penes hæredem: at utroque casu post legem Juliam Papiam fiebat caduca. Si disjunctim singulis solidum debebatur, sed in legato vindicationis concursu partes fiebant, & altero non concurrente totum collegatarius auferebat, sive jure accrescendi sive non decrescendi: in legato damnationis unus rem, alter pretium rei ab hærede percipiebat, ut in hoc genere legati nullo casu locus pateret juri accrescendi: testes *Ulp. tit. 24. Cajus lib. 2. tit. 5.* atque ex parte Justinianus *d. l. un. §. ubi 11.* Hæc differentia etsi novo jure una cum caducis sublata est, & jus accrescendi admissum inter omnes, quibus eadem res quocunque genere legati & quocunque modo relicta; ideo tamen notanda fuit, quia passim vestigia ejus adhuc apparent in responsis veterum, quæ non satis accuratè ad normam novi juris à Compilatoribus descripta sunt: quod est maximè, quod hanc quæstionem tam perplexam facit.

6 Porro autem cum non nisi inter conjunctos (nam & disjuncti qui dicuntur, ratione rei conjuncti sunt) locus sit juri accrescendi, nec olim enim fuerit, inde nata quæstio de conjunctis eorumque differentia, quem locum tractat *Paul. l. triplici 142. de verb. sign. & l. re conjuncti 89. de legat. 3.* ex cujus disputatione discimus, conjunctos generaliter dici omnes, qui ad eandem hæreditatem aut rem vocantur, sive uno sermone sive diversis; & in proposito quibus eadem res ab eodem testatore legata est.

7 Cæterum hos solos, non alios, ac proinde nec eos, quibus res diversæ, quamvis una oratione, *l. hujusmodi 84. § pen. de legat. 1.* nec quibus res eadem à diversis testatoribus, *l. si sub conditione 16. quib. mod. ususfr. am.* nec quibus separatim partes ejusdem rei legatæ sunt, *l. 1. in fin. pr. de ususfr. accresc.* jus conjunctionis aut accrescendi habere. Cæterum licet conjuncti omnes conjuncti sint in eandem rem, ex verborum tamen forma & conceptione dividuntur *d. l. triplici & d. l. conjuncti*, in tres species, ut alii dicantur re conjuncti tantum, quorum scilicet singuli separatim, seu diversis orationibus ad eandem hæreditatem aut rem vocantur, ut *Titius hæres esto: Sejus hæres esto. Titio fundum Tusculanum do, lego: Sejo fundum Tusculanum*, aut *eundem fundum do, lego*, alii re & verbis simul, quos scilicet & nominum & rei complexus jungit, ut, *Titius & Sejus hæredes sunto. Titio & Sejo fundum Tusculanum do, lego:* alii denique verbis tantum, qui eadem oratione ad eandem successionem aut rem vocantur additis his verbis, *æquis partibus;* veluti, *Titius & Sejus hæredes sunto æquis partibus. Titio & Sejo fundum illum æquis partibus do, lego.* Hæc divisio primum eo comparata est, ut intelligamus in omni specie harum conjunctionum jus accrescendi valere: nam ubi jus conjunctionis est, ibi jus est accrescendi, & contra, *l. si sub conditione 16. quib. mod. us. am.* nec disputatio de conjunctis ob alium finem instituta est, quam ut sciremus, inter eos, qui conjuncti sunt, jus accrescendi esse, inter alios non esse; quamvis sint, qui verbis conjunctos excludant, de quo plenius postea. Deinde ex ea quoque discimus, omnes conjunctos non æque conjunctos esse, sed alios aliis conjunctiores: & nimirum eos, quos etiam oratio conjungit, magis conjunctos, quam quos conjungit res tantum, oratio separat: unde est, quod hi cum illis comparati disjuncti passim appellantur; illi soli conjuncti, *l. plane 34. in pr. de legat. 1. l. hæredes 63. de hær. inst. l. un. §. 10. & seq. C. de cad. toll.* & apud *Ulp. & Caj.* estque arctioris hujus conjunctionis effectus insignis in eo, quod utroque modo conjuncti in portione deficientis potiores habeantur, & oratione separatos excludant, *d. l. re conjuncti de legat. 3. d. l. si hæredes de hær. inst. d. l. un. §. his ita vers. sin vero*, ubi etiam hujus rei ratio affertur. Plane, si testator plures una oratione comprehenderit, non eo animo, ut eos conjungeret, quod plerumque fit, sed brevitatis studio celerius loquens, deque eo constet, tum si quis ex his defecerit, cæteri non plus in hujus portione juris habebunt, quam alii, qui aperte oratione sejuncti sunt; *l. si quis 66. de hær. inst.* Quicquid 8
autem

autem & hic accrescit, nulli accrescit, nisi qui portionem suam agnovit: si plures agnoverint, singulis accrescit pro virilibus & æquis portionibus, quemadmodum & ab initio omnibus in casum concursus æquæ & viriles partes datæ intelliguntur, *d. l. un. §. ubi autem l. legata 19. §. ult. l. servum 97. §. 1. de legat.* 1. Si conjuncti & disjuncti commixti sint, conjuncti in divisione unius personæ vicem sustinent, nihilo plus ut accipiant omnes, quam unus ex disjunctis, *l. plane 34. in pr. d. tit. d. l. un. §. his ita.* Exempla jam sibi quisque sine negotio formare poterit. In accretione ususfructus quædam sint peculiaria, quæ à nobis notata sunt sub §. *ult. sup. de usufr.* Attigi strictim pleraque omnia, quæ in hac materia visa sunt cognitu maxime necessaria, quibusque perceptis res tota utcunque intelligi, & de plerisque controversiis judicari poterit: nonnulla etiam latius declarabo inferius.

9 *Eadem res*] Quod obiter antea tetigimus, hic prolixius explicandum est, nimirum non esse jus accrescendi, nisi ad eandem rem plures vocati sint, aut quemadmodum hic dicitur, nisi eadem res pluribus legata sit: inter diversarum rerum legatarios non esse, sive singulis legetur separatim, puta hoc modo, *Titio Stichum do, lego: Mævio Pamphilum do, lego*, sive etiam una oratione conjunctim, ut, *Titio & Mævio singulos servos do, lego*, *l. hujusmodi 84. §. pen. de legat.* 1. Sed etsi singulis partes ejusdem rei legatas proponas hoc pacto: *Mævio fundi illius partem dimidiam, Sejo partem dimidiam do, lego*, non intelligitur res eadem legata, sed altera atque altera, & diversæ singulis; ac proinde cessat jus accrescendi, unoque deficiente pars ejus non ad collegatarium, sed ad hæredem pertinet, *l. in fin. pr. de usufr. accr.* Non enim quia partes istæ indivisæ sunt & inter se confusæ, eo minus sunt divisæ, quarum una sit unius, altera alterius, *l. 5. de stip. serv.* Neque obstat, quod ex duobus hæredibus, quorum unus institutus sit ex parte dimidia, alter ex altera dimidia, uno deficiente pars ejus accrescit alteri, qui ex sua parte hæres extitit: quoniam conditio hæreditatis non patitur, ut qui solus sit hæres, ejusdem hæreditatis partem habere possit, partem non habere, *l. 1. l. 2. de acq. hær. l. un. §. his ita C. de cad. toll.* At nihil prohibet ejusdem fundi partem dimidiam alicui legari, ut altera dimidia remaneat apud hæredem. Illud frustra objicitur, quod nemini concessum est ejusdem rei sibi legatæ partem velle, partem nolle, *l. 4. de legat.* 2. Nam in proposito cum pars tantum singulis legata sit, qui partem suam agnoscit, totum quod sibi legatum est, agnoscit: quod si partem tantum partis suæ amplecti vellet, & reliquam repudiare, hic ei obstaret juris ista ratio. Sed etsi duobus res eadem & solida conjunctim legata sit, potest nihilominus deficientis portio repudiari, *d. l. un. §. ubi autem* 11. Hoc igitur ratum sit, necesse esse, ut iis, inter quos jus accrescendi esse volumus, una atque eadem res legata sit, & quidem solida singulis: hoc enim est, quod Ulpianus ex Celsi sententia refert, toties esse jus accrescendi, quoties ex duobus, qui in solidum habuerunt, concursu res divisa est, *l. 3. in pr. de usuf. accr.*

Sive conjunctim sive disjunctim] Conjunctim legari dicitur, quando una oratione una eademque res pluribus legatur. Disjunctim seu separatim, quando singulis orationibus singuli ad eandem rem vocantur; ubi hic sint plures enunciationes, illic una copulata, *d. l. un. §. his ita & §. seq. l. 1. §. 3. de usuf. accr. l. si pluribus 33. de legat.* 1. indeque est, quod alii conjuncti, alii disjuncti passim dicuntur. Cæterum conjunctio hæc & disjunctio ex verbis potius, quam ex re æstimatur, cujus respectu omnes 10
conjuncti sunt, quibus res eadem legata, licet disjunctim: & hi sunt, qui in specie re conjuncti appellantur, *l. triplici 142. de verb. sign. l. re conjuncti 89. de legat.* 3. quod & supra notatum est, & simul observatæ nonnullæ inter hæc genera differentiæ, cum de onere partis accrescentis quæritur, itemque de prærogativa & partibus faciendi, cum permixti sunt.

Scinditur inter eos legatum] Hoc alibi sic dicitur, *concursu partes faciunt*, aut *concursu partes habent*, *l. 3. de usufr. acc. l. plane 34. §. sed si 10. de legat. 1. l. conjunctim 80. de legat. 3. l. 7. C. de legat.* Estque hoc certissimum argumentum in utroque hoc genere legati, hoc est, sive conjunctim, sive disjunctim eadem res duobus legata sit, non partes ab initio factas, sed solidum singulis relictum intelligi. Quod tamen cum dicimus, non hoc significamus, singulos simpliciter habere solidum, aut unumquemque solidum petere posse, non exspectato casu, quo alter deficiat; aut alterum rem, alterum æstimationem consequi; quod olim in una specie legati per damnationem inter disjunctos obtinebat, hodie non obtinet, nisi manifestissimum sit ex scriptura, testatorem solidum ad utrumque pervenire voluisse, *l. un. §. ubi autem C. de cad. toll. l. si pluribus 33. de legat.* 1. quo in loco valde conspicua sunt emblemata Triboniani: sed habere solidum considerato eventu alterius deficientis, idque ex voluntate testatoris. Omnino enim credibile est testatorem ad hunc eventum respexisse, atque ideo re conjun- 11
xisse singulos, seu singulis eandem rem legasse, ut altero deficiente alter in solidum eam haberet, cum absque eo foret, ut pars deficientis rediret ad hæredem. Contrario autem respectu, si nimirum consideramus casum utriusque concurrentis, partes habere rectè dicuntur; easque etiam in hunc eventum habent

habent ex voluntate testatoris, quæ hic manifesta est, cum utroque concurrente,quod utique futurum speravit testator,totum singuli habere non possint. Licet autem diversa consideratione & totum & partes singuli habere videantur: tamen totum habere passim dicuntur ad differentiam eorum,qui simpliciter & omnimodo partes habent, nec eas demum concursu faciunt; quales sunt,quibus partes tantum ab initio assignatæ. Cæterum quod tam conjunctos, quam disjunctos solidum ab initio habere dicimus, id non caret omni scrupulo. Nam contra Ulpianus *d.l.plane* §. *si conjunctim 9. de legat. 1.* expresse scribit, si conjunctim res legetur,partes ab initio fieri; nec solum partem facere eos, in quorum persona constitit legatum,verum eos quoque,quorum in persona non constitit. Hunc locum obstare non putant,qui non
12 intelligunt,quid sit partem ab initio facere. Quod tamen minimè obscurum est. D. Gothofredus in notis, ad *d.* §. *si conjunctim,* scribit *partem facere,non quorum persona in divisione partem accipiunt, sed cum ejus,qui deficit aut incapax est,pars conjuncto accrescit,* contra manifestam d. §. sententiam & perpetuum usum juris auctorum, quibus partem facere, est facere,ut quis partem tantum habeat in eo, quod totum habiturus esset, si solus esset; aut impedire, ne totum ad alterum pertineat, ut constat ex *l. 8.* §. *quoniam 8. l. qui repudiantis 17. de inoff. test. l. 7. de reb. dub. l. hujusmodi 84.* §. *si Titio 8. de legat.* 1. *cum simil.* Et igitur perspicuè etiam errat Goveanus qui *lib. de jur. accr. n. 6. & 7.* scribit,eos, qui partes faciunt ab initio,partes non habere. Ut autem jus accrescendi excludatur, necesse esse partes ab initio habere legatarios. Facere autem ab initio partes eo dici,non quia pro parte ab utroque legatum vindicetur: sed quia utroque solum vindicantes res inter eos scinditur. Tot errores, & errores conspicui, quod penè dixerim verba. Nam primo qui partes ab initio non habent,in his dici non potest partes ab initio fieri,sed tantum concursu; quæ perpetuo inter se opponuntur. Deinde quid aliud est, partes habere ab initio, quam partes ab initio fieri? utroque enim significatur alterum hoc casu solidum habere nunquam posse,seu quod idem est, juri accrescendi non esse locum: & quamvis qui partem facere dicitur,non concurrat, aut concurrere non possit, certissimo tamen jure perinde habetur, ac si concurrisset suamque partem abstulisset. Confundit Goveanus & pro iisdem habet, sive dicas partes ab initio fieri, sive partes fieri concursu: quod in tanto viro vix ferre possum. Postremo illud quoque falsum est, posse in concursu vel singulos conjunctos solidum vindicare, vel unum eorum,quamdiu alter adhuc concurrere potest. Non enim amplius vindicare licet, quam relatum est: at in eventum,quo uterque concurrit, singulis non solidum,sed partes relictæ intelliguntur, quod pluribus confirmat *Ant. Faber decad. 49. err. 9.* Quamo- 13
brem miror D. Svvanenburgium locum hunc Goveani notatu tam dignum existimasse,ut eum integrum verbis Goveani descripserit *cap. 8. tract. de jur. accresc.* Quid ergo respondemus ad d. locum Ulpiani in *l. plane,* § *si conjunctim de legat. 1.* ubi tam disertè Jurisconsultus ait *in conjunctis partes ab initio fieri?* Ant. Faber id,quod generaliter Jurisconsultus definit de conjunctis, restringit ad verbis conjunctos tantum, qui effectu ne conjuncti quidem, si Fabro credimus, in hac disputatione habeantur. Sed perperam,meo quidem judicio. Rectius autem locus ille referetur ad legata per damnationem, aut potius ad legem Juliam Papiam & jus caducorum; ut adeo dicamus,de iis ibi agi, qui vel ante mortem testatoris vel ante apertas tabulas defecerunt, quibus quod adscriptum erat,caducum fiebat, ut in favorem fisci hi partes facerent, quæ alioqui vel in hæreditate mansissent, vel accrevissent conjuncto: nam ex lege Julia Papia conjunctis nihil accrescebat, nisi post diem legati cedentem (cedebat autem demum ab apertura tabularum) legatarius decessisset, aut tempore facti testamenti non fuisset in rerum natura,cui quod relictum erat, pro non scripto habebatur, *l. unic.* §. *1. & seqq. Cod. de cad. toll.* Eodem referendum, atque eodem modo explicandum,quod est in *l. hujusmodi 84.* §. *si à Titio 8. de legat. 1.* Planè illud concedo, disjunctis apertius atque expressius solidum ab initio assignari, quam conjunctis, utpote quibus ipsa conjunctione quodammodo partes attribui videantur: quod consideravit Justinianus *d. l. un.* §. *ubi autem.* sed tamen nec disjunctis solidum simpliciter datum dici potest: alioqui non concursu res divideretur: sed alter rem, alter æstimationem consequi deberet.

Si alter deficiat] Non potest dici deficere, in cujus persona legatum nunquam constitit; veluti si quid ei datum sit,qui quo tempore testamentum condebatur, in rebus humanis non erat,puta diem suum functus,cum id testator ignoraret; aut ei, quicum testamenti factio non est,sive incapaci, puta deportato aut peregrino. An igitur si alter è conjunctis aut testa-
menti tempore jam mortuus sit, aut capere ex testa- 14
mento nequeat,partem alteri faciet, an totum ad alterum pertinebit? Et eum quidem, qui tempore testamenti non fuit in rerum natura, partem nec olim fecisse testatur Justinian. *d. l. un.* §. *3. C. de cad. toll.* Puto autem & quod ei,qui capere non poterat, conjunctim cum alio relictum erat, in eadem causa fuisse,ut & hoc conjuncto totum cederet, quoniam æquè quam illud pro non scripto habebatur, *arg. l. 1. C. de hær. inst.* quod tamen non aliter processisse, quam si alter simpliciter & omnino incapax fuerat, evincitur

ex verbis *d. l. plane* §. *si conjunctim de legat. 1.* ubi Jurisconsultus ait etiam servum proprium, cui sine libertate quid legatum est, quamvis id in persona servi non consistat, conjuncto partem facere, innuens, ut paulo ante hoc interpretati sumus, in fisci favorem partem ejus ex lege Julia Papia caducam fieri.

Aut spreverit legatum] Post legem Juliam Papiam si eadem res duobus conjunctim legata erat, etiam partem repudiantis caducam factam colligitur ex loco Ulpiani *in fragm. tit. 24.* §. *11. & seq.* ubi scribit, partem non concurrentis conjuncti, quæ in legato vindicationis jure civili accrescebat, in legato damnationis in hæreditate remanebat, ex lege Papia caducam fieri; nunc autem certum est in utroque genere legati accrescere, atque hactenus etiam conjunctos & disjunctos esse pares.

Vivo testatore decesserit, vel alio quoque modo] Ad illius quoque partem lex Papia pertinebat, qui è conjunctis vivo testatore decesserat, vel quolibet alio modo defecerat, puta damnatione in metallum aut deportatione, uti ex d. loco Ulpiani manifestum est: idque quod huic relictum erat, dicebatur esse in causa caduci, *d. l. un.* §. *2. C. de cad. toll.* sed nunc certo jure conjunctis in eandem rem accrescit sine discrimine generis legati aut modi legandi, *d. l. un.* §. *4.* §. *10. & seq.* Verum quid si unus decesserit testatore jam mortuo? Ego existimo, hoc casu nihil conjuncto accrescere; sive legem Papiam spectes, sive jus novum Justiniani. Nam aut ante apertas tabulas decessit, & pars ejus ex lege fit caduca; aut post aperturam tabularum, ex quo legati dies ex lege cedit, & hic quidem quod ei adscriptum est, non fit caducum, jam enim ei deberi cœpit: cæterum nec accrescit collegatario, sed ad hæredem deficientis transmittitur, qui effectus est cessionis diei in legatis fideicommissis, *l. 5. & pass. quand. di. leg. ced.* & textus est in *l.*
15 *4. in fin. pr. de alim. leg.* Ex constitutione autem Justiniani, cui placuit diem legatorum statim cedere à morte testatoris, effectum est, ut idem juris nunc sit etiam in parte decedentis ante aperturam tabularum, ut scilicet nec ea caduca fiat, nec tamen accrescat collegatario, sed ad hæredem similiter transmittatur, quemadmodum si solus esset, totum transmitteret, *per d. l. un.* §. *in novissimo.* Non frustra igitur dixit, vivo testatore.

Totum ad collegatarium pertinet] Si plures sint, omnes autem vel conjuncti tantum, vel tantum disjuncti, pars deficientis accrescit omnibus ex æquo: si permixti conjuncti & disjuncti, conjuncti in parte conjunctorum cæteris anteferuntur; disjunctorum partes accrescunt omnibus, sic ut in divisione omnes conjuncti pro una persona habeantur, *d. l. plane in pr. de legat. 1. l. re conjuncti 89. de legat. 3. d. l. un.* §. *his ita C. de cad. toll.* Quod autem conjunctis accrescit, cum onere; quod disjunctis, sine onere, *d. l. un.* §. *ubi autem sub fin.* de quibus etiam dictum superius.

Titio & Sejo hominem Stichum do, lego] Quod in his, quibus quid conjunctim legatur, Justinianus solum utitur exemplo, re & verbis conjunctorum, id inter alia multos movet, ut negent, inter verbis tantū conjunctos esse jus accrescendi: quo in numero sunt *Gov. n. 26 Hotom. 6. obs. 12. Ant. Fab. 6. conj. 1. & dec. 49. err. 4. D. Svvan. de jur. accr. c. 8.* Sed sanè hoc argumentū perexiguum ad illud probandū pondus habet. Nam ut taceam, quo nihil certius & notius est, exemplis neminem uti solere ad restringendam regulam, nulla hoc loco est cōjunctorum inter se oppositio; sed conjunctorum, id est, eorum omnium, quibus res eadem legatur una oratione, & disjunctorū, quibus quid legatur orationibꝰ diversis, ut licet in exemplo proposito Titius & Sejus sint re & verbis conjuncti, tamen ut tales hic non considerentur, sed ut conjuncti simpliciter: ac proinde hic locus potius contrariam sententiam juvat, quæ etiam in sola verbali conjunctione jure accrescendi locum tribuit. Sed tamen utra sententia verior sit, operæ pretium est penitius inquirere. Illud pro confesso habendum atque omnino retinendum est, nullos esse conjunctos, ad quos quidem jus 16 accrescendi pertineat, nisi qui re sint conjuncti sive quibus relicta eadem res. Proinde neque ii, quibus res diversæ relictæ sunt, quamvis una oratione, pro conjunctis hic habentur, veluti si ita dixerit testator, *Titio & Mævio singulos servos do lego:* utut verbis conjungantur, *l. hujusmodi 84.* §. *pen. de legat. 1.* neque ulla, id est, ne rei quidem conjunctio esse intelligitur, ubi partes tantum ejusdem rei singulis simpliciter datæ; ut proinde hoc etiam casu sine dubio jus accrescendi cesset, *l. 2. in fin. pr. l. pen. de us. accres.* Hinc jam de quæstione proposita judicandum est. Nam si verbis tantum conjuncti qui dicuntur in distinctione generum conjunctorum, non sint simul re conjuncti, ex superiore definitione jus accrescendi ad eos non pertinebit: contra pertinebit, si iidem re quoque conjuncti sunt; ut ecce in hoc exemplo; *Titio & Sejo fundum Tusculanum æquis partibus do, lego,* constat Titium & Sejum verbis conjunctos esse & appellari: sed jus accrescendi inter eos verborum conjunctio parere non potest, si non etiam accedat conjunctio ipsius rei. Non esse re conjunctos, ipsa appellatio statim à principio indicare videtur. Dicuntur enim verbis tantum conjuncti, *l. triplici, de verb. sign.* item verbis conjun- 17 cti, non etiam re, *l. re conjunctis, de legat. 3.* Item videtur ostendere expressio partium singulis attributarum: nam ut hæ partes indivisæ sint, sunt tamen diversæ, ut dici non possint re conjuncti, aut singulis relicta eadem res. Denique non est realis conjunctio, nisi inter eos, qui solidum ex judicio defuncti habent: ver-

verbis autem conjuncti non solidum, sed partes habent, easque expressas verbis testatoris; ut proinde & partes ab initio facere, *l. plane 34. §. si conjunctim 9. de legat. 1.* & semper partes habere dicantur, *l. re conjuncti, de legat. 3.* Sed his non obstantibus verius existimo, verbis conjunctos, quos hic vocamus, etiam re conjunctos esse. Etenim qui sic legat, *Titio & Sejo fundum Tusculanum do, lego ex aquis partibus,* is utique utrumque conjungit in eandem rem, dum simul & semel eundem fundum ambobus legat. Nec mutat hanc conjunctionem partium æqualium expressio: nam etsi hæ partes non exprimuntur, tacite tamen significantur enumeratione personarum, *l. cui fundus 56. de cond. & dem.* Quæ autem non expressa intelliguntur tamen, si exprimantur, pro supervacuis habentur, *l. Cornelius 69. de hær. inst.* ut omnino verum sit, quod Baro ait, non aliter differre verbis conjunctos à conjunctis re & verbis, quam quod in illis partes æquæ exprimantur, in his non item; judicio autem defuncti pari jure censeri, *arg. l. 16. in fin. de legat. 1.* Sed cur igitur dicuntur verbis tantum conjuncti; conjuncti verbis non re? Non quia vere verbis tantum conjuncti sunt, re plane disjuncti: sed quia tales videntur in comparatione re & verbis conjunctorum, inspecta forma & acceptione verborum; quæ sola hæc genera separat, & adscriptis æquis partibus in verbis conjunctis, qui dicuntur, res diversas facere videtur; quod tamen non ita est, si rem ipsam spectamus & sententiam testatoris, cujus judicio cum pariter ad eandem rem vocentur, pariter pro re & verbis conjunctis habendi sunt. Ex quo porro sequitur, si re & verbis conjuncti solidum ab initio ex voluntate testatoris habere intelliguntur, & solidum habere eodem modo intelligi singulos verbis conjunctorum: idque adeo verissimum esse ostendit *l. conjunctim 80. de legat. 3.* ubi Celsus scribit, conjunctim legare, esse *tota legata singulis dare, partes autem concursu fieri.* Quæ definitio cum generalis sit, dubitandum non est eam ad verbis quoque conjunctos pertinere, & quod expressa partium in hac conjunctione testator meminit, id ex mente ejus sic à prudentibus acceptum, non quod duobus, verbi gratia, ita conjunctis, simpliciter velit singulos partes adscriptas atque in omnem eventum habere, etiamsi non concurrant: sed quod cum sciret, si concurrerent ambo, quod & futurum speravit, singulos totum habere non posse, istis verbis demonstrare voluerit, quid in hunc eventum singuli habituri essent. At si unus deficiat, etiam in verbali conjunctione sic mentem testatoris acceptam, quasi in hunc casum alterum solidum habere voluerit, nec ob aliam causam ad eandem rem utrumque vocaverit, quam quod eam rem vel alterum eorum magis habere voluit, quam hæredem suum. Sed inquis, verbis conjuncti dicuntur semper partes habere, *d. l. re conjuncti.* Ergo omni casu habent, & ab initio & ex postfacto. Respondeo, id quoque dici ex comparatione re & verbis conjunctorum. Nimirum Jurisconsultus eo loco docendi gratia distinguit verbis conjunctos à conjunctis re & verbis simul, non ex eo, quod re ipsa est, sed ex eo, quod videtur; quia verbis conjuncti partes habent externa forma verborum; re & verbis conjuncti non habent. Neque alia ratione hæc genera secerni possunt. Quod vero apud Ulpianum scriptum est, si conjunctim res legetur, partes *ab initio* fieri; *d. l. plane, §. si conjunctim, de legat. 1.* id tam ad verbis & re simul conjunctos pertinet, quam ad conjunctos verbis tantum: ac proinde locus iste vel ad legatum damnationis referendus est, vel ad legem Juliam Papiam & jus caducarium; uti & *l. hujusmodi, §. si à Titio, eod. tit.* In *l. 7. de legat. 2.* aperte Jurisconsultus loquitur de legato damnationis: eodemque pertinere principium *l. 16. de legat. 1.* arguit ejusdem *l. §. ult.* Concludendum igitur est, etiam inter verbis conjunctos jus accrescendi locum habere: quippe cui toties locus est, quoties res eadem duobus in solidum legata est, sic ut partes concursu habeant, sive eas habeant ex voluntate testatoris expressa, sive ex tacita, *l. 3. de usufr. accr.* Atque hæc communis est sententia, probata quoque Duareno *lib. 1. de jur. accr. cap. 10.* Baroni *in comm. ad hunc §.* Donello *7. comm. 13. & 8. comm. 21.* *Gœd. ad l. triplici, de verb. sign. num. 12.* Confirmatur hæc sententia pri- 18
mum aperto textu *l. 16. §. ult. de legat. 1.* ubi non solum qui re & verbis conjunctus est, sed etiam cui virilis portio data, id est, conjunctus verbis tantum; *arg. d. l. triplici.* Non concurrente altero, totum vindicare dicitur. Deinde ex eo, quod verbis conjunctus etiam potior dicitur esse in hoc jure quam is, qui re tantum conjunctus est, *d. l. re conjuncti, de legat. 3.* siquidem jus prælationis necessario præsupponit jus accrescendi & conjunctionem realem: & præposterum est, quod Ant. Faber. *dec. 49. err. 8. 9.* respondet, verbis conjunctos, licet per se re disjuncti sint, ex accidenti tamen & postfacto etiam re conjunctos fieri concurrente tertio aliquo, qui illis re conjungatur: nam conjunctionem non concursus efficit, sed dispositio testatoris ad eandem rem plures vocantis, ut necesse sit, eos, quos in parte deficientis concurrere, aut aliis præferri volumus, considerari ut ab initio sententia testatoris conjunctos. Nihil pro sententia Fabri facit, quod à Javoleno responsum est, in hac specie, si testator Mævio fundi partem dimidiam, Sejo partem dimidiam, & eundem fundum Titio legaverit, Sejo deficiente partem ejus pro portione legati non Mævio solum, sed etiam Titio accrescere, *l. Mævio 41. in pr. de legat. 2.* Nam Mævius & Sejus in hac specie verbis conjuncti non sunt, sed conjuncti

juncti re tantum, verbis inter se separati. Quod ipse Jurisconsultus expresse testatur. Ait enim, separatim & partes fundi & totum legatum esse: apparetque, legatum hoc sic à Jurisconsulto acceptum ex sententia testatoris, quasi Mævius & Sejus sint in unam dimidiam inter se conjuncti: Titius autem cum his in eandem dimidiam, quia cui totus fundus legatus est, ei utique & eadem dimidia legata intelligitur, cum verbo totius ambæ dimidiæ ei legatæ sint: similiter ut in usufructu conjunctos esse dicimus, quorum uni fundus, alteri ususfructus ejusdem fundi legatus est, *l. si alii 19. de usufr. leg.* quod plenius & eleganter explicat Don. in *epist. ad Alber. Gentil.* inserta opusculis Donelli posthumis. Postremo cum nullus alius conjunctionis in hac quæstione sit effectus, quam ut jus accrescendi conjunctus habeat, cur si verbis conjuncti ab hoc jure removendi sunt, conjunctos tamen eos, non disjunctos, appellamus? Non obstat communi sententiæ, quod Celsus *l. & Proculus 20. de legat. 2.* respondit, servo communi quod legatum est, id si alter dominorum omitteret, alteri non accrescere. Nulla enim omnino in tali legato conjunctio est, ut ipsa textus verba evincunt: & ratio est, quia partes dominicæ semper pro inæqualibus habentur; fortuitumque est, quod æquales singuli habeant. At vero non est jus conjunctionis nisi inter eos, quos testator in eandem rem conjunxit æqualiter. Magis obstare videtur *l. pen. de usufr. accr.* ubi minime obscure Papinianus pronuntiat, re separatos videri, quibus eadem res æquis portionibus relicta est. Loquitur quidem de usufructu ejusdem rei æquis portionibus legato: sed vel magis idem obtinere debet in simili casu legata proprietate: utpote quæ difficilius accrescit, quam ususfructus, *l. 1. §. 3. d. tit.* Sed bene mihi videtur respondere Donellus, id quod in *d. l. pen.* dicitur de æquis portionibus, accipiendum esse non de portionibus rei, cujus ususfructus relictus est, sed de portionibus singulorum hæredum, à quibus relictus est: quam interpretationem & initium *d. l. pen.* juvat, & plane confirmat ratio reddita ab Ulpiano in fragmento sequenti in hæc verba, *cum alius alio hærede usumfructum vindicet.* Bene autem Papinian. negat, in hujusmodi specie legatarios in eandem rem conjungi, cum partes hæreditariæ prius divisæ sint. Bachovius *d. l. pen.* accipit de eo casu, quo dimidia singulis separatim seu diversis orationibus relicta est: sed hoc verbis Papiniani minime convenit. In hæreditate huic quæstioni non est locus: quippe in qua, ut initio monuimus, jus accrescendi ex dispositione juris proficiscitur, quod neminem ejusdem hæreditatis, quæ alium hæredem non habeat, partem habere, partem repudiare permittit; & ideo portio occupata necessario vacantem ad se trahit: quanquam illud etiam in hæreditate quæri potest, ex pluribus diversi generis conjunctis quis cui præferatur. Reliqua per se quisque nunc facile expediet: plura tamen qui desiderabit, adire poterit *DD. in d. l. re conjuncti, Gomez. 1. resol. 10. Graff. §. jus accrescendi. Ant. Fab. decis. 49. & 50. Christin. vol. 1. decis. 312. & 2. seqq.* & qui propriis tractatibus hanc materiam explicarunt, *Duar. Govean. Ant. Fumaum, Jo. Suev. Corn. Smanenb.* D. Grotius *lib. 2. manuduct. 23.* scribit, 9
apud nos in toto hoc argumento non usque adeo subtilitatem juris civilis attendi, sed ejus præcipue rationem haberi, quod propius abesse videtur à sententia & mente testatoris: idque æstimari non ex verbis tantum & rei pretio; verum etiam ex conditione & qualitate personæ tum testatoris tum legatariorum. In legatis alimentorum, ut hoc obiter addam, juri accrescendi non est locus, *l. 57. §. ult. de usufr. l. 16. §. 2. de alim. leg.* nimirum quemadmodum in agris limitatis cessat jus alluvionis, *l. 16. de acq. rer. dom.* quod comparatur cum jure accrescendi, *l. 33. in fin. de usufr.* ita & in usufructu limitatio ad finem alimentorum jus accrescendi cessare placuit; ut recte Cujac.

TEXTUS.

Si legatarius proprietatem fundi alieni sibi legati emerit & ususfructus ad eum pervenerit.

9. *Si cui fundus alienus legatus sit, & emerit proprietatem deducto usufructu, & ususfructus ad eum pervenerit, & postea ex testamento agat, recte eum agere & fundum petere Julianus ait: quia ususfructus in petitione servitutis locum obtinet: sed officio judicis continetur, ut deducto usufructu jubeat æstimationem præstari.*

NOTÆ.

QUIA USUFR. SERVITUTIS LOCUM] Poterat objici, appellatione fundi plenam proprietatem contineri, *l. 10. l. 16. de usuf. l. 58. de verb. obl.* R. in casu proposito eo verbo nudam duntaxat proprietatem significari, ut usufr. intellectu à fundo separetur, & tanquam servitus consideretur; quoniam proprietas, quæ adest ex causa onerosa, adhuc abesse intelligitur, *l. 14. de verb. sign.* fac. *l. 25. eod.* junct. *l. 66. de judic.*

JUBEAT AESTIMATIONEM PRAESTARI] Judex tanti rem æstimabit, quantum actori aberit, *d. l. 82.* §. 2. Itaque habemus hic casum, quo condemnatio fit in rei petitæ æstimationem: quod interdum necessarium aut humanum.

COMMENTARIUS.

1 *Speciem hoc loco propositam pertinere ad doctrinam traditam §. 6. sup.*

2 *Quæ sit hujus loci sententia, & quo colore defendatur.*

3 *Interpretum error circa ejus explicationem notatus.*

4 *Ant. Fabri opinio confutata.*

5 *Non esse novum, ut interdum condemnatio fiat in rei petitæ æstimationem.*

1 Hic locus, ut ex argumento intelligitur, subjungendus potius fuerat §. *si res aliena* 6. ubi dictum est, si res aliena legata ex alia causa ad legatarium pervenerit, interesse utrum pervenerit ex causa onerosa, an ex causa itidem lucrativa: illo casu legatum non extingui, sed posse legatarium nihilominus actione ex testamento pretium consequi: hoc casu contra legatum penitus evanescere, eo quod duæ causæ lucrativæ in eandem rem & personam concurrere non possunt. Quod autem de toto ibi traditum est, id etiam valet in partibus, ut si quis rei sibi legatæ partem unam ex causa onerosa, alteram ex causa lucrativa nactus sit, legatum pro ea parte extinguatur, quam adeptus est ex causa lucrosa, pro altera consistat, & pretium ejus consequi possit, *l. non quocunque 82.* §. 3. *de legat. 1.* Unde etiam si quis fundi sibi legati proprietatem emit detracto usufructu, & ususfructus postea ad eum pervenit, puta mortuo fructuario aut capite minuto, atque ita ex causa lucrativa, perinde hoc habendum ac si pars rei ex causa onerosa, pars sine onere ad eum pervenisset. Nam etsi ususfructus non in parte, sed in jure consistit: tamen quia emolumentum rei continet, merito vicem partis obtinere placet, *l. Mævius 66.* §. *pen. l. cum filius 76.* §. *dominus, de legat. 2. l. qui usumfructum 58. de verb. oblig.* Cæterum in hac specie nihilominus fundum recte peti, nec plus quam oportet, ea petitione contineri intelligi tradit hic Justinianus post Julianum in *d. l. quocunque 82.* §. 2. *de legat. 1.*

2 *Recte eum agere & fundum petere*] *Recte*, id est, *impune, sine metu cadendi causa*; quæ pœna est eorum, qui plus petendo perperam agunt, §. *si quis agens 33. inf. de act.* Sensus igitur horum verborum est, posse legatarium agentem ex testamento cum hærede simpliciter intendere fundum sibi dari oportere, etiamsi nudam duntaxat proprietatem emerit, usumfructum adeptus sit gratis; neque hac intentione sua plus eum complexum videri debere, quam oporteat. Fundum, inquam, ipsum, non διατίμησιν æstimationem, ut male Theoph. & Pac. quod arguunt sequentia.

Quia usufr. in petitione servitutis locum obtinet] Poterat objici, imo perperam in casu proposito agere legatarium, ac re ipsa atque apertè plus petere, si simpliciter fundum petat: quippe appellatione fundi plenam proprietatem significari, *l. 10. l. si alii 19. de usuf. l. qui usumfructum 58. de verb. obl.* ac proinde tanto plus, quam oportet, eam petitionem complecti, quanto pluris æstimari constat plenam proprietatem, quam nudam, pro qua sola pretium numeravit. Huic objectioni occurrens Justinianus ait usumfructum in proposita petitione servitutis locum obtinere. Quod paulo obscurius dictum hanc sententiam habet, eum qui fundum petit, etsi regulariter plenam proprietatem petere intelligitur, tamen in casu præsenti fundi verbum sic accipi oportere, ut eo nuda tantum proprietas designata intelligatur, seu fundus quatenus petenti emolumento abest, ut ususfructus intellectu ab eo separetur, & ob id tanquam servitus in hac petitione considerari debeat, hoc est, ut nec petitus censeatur; cum & alias cum ususfructus separatus est, appellatione fundi nudam proprietatem significari constet, *l. recte 25. de verb. sign.* Hæc interpretatio cum petitori necessaria sit, ne alioqui formula excidat, si eum plus debito intentione sua complexum dicamus, omnino hic recipienda est: quoniam in ambigua intentione id semper accipere jubemur, quod petitori utile est, *l. si quis 66. de judic.* Scio longe aliter 3
hunc locum ab aliis explicari: sic enim fere cæteri existimant, quod Justinianus hic agit, legatarium recte agere & fundum petere, id hanc habere sententiam, legatarium recte, id est, strictæ rationi juris convenienter, ac proinde sine periculo amissionis causæ, fundum petere, ut ea petitione & proprietatem & usumfructum comprehendat, aut posse eum ipso jure petere solidi fundi æstimationem; & quod mox pro ratione Justinianus affert, usumfructum in ea petitione locum servitutis obtinere, id sic accipiunt, quasi dixisset, quia ususfructus non jure partis, sed servitutis in petitionem deducitur. Sed ego fateor me hæc capere non posse. Neque enim intelligo, quo colore defendi possit, legatarium in proposito rationi juris convenienter agere hoc modo, *Ajo te mihi fundum Sempronii, legatum mihi à Titio, dare oportere.* Ut hæc sit formulæ illius intentio, *Ajo te mihi dare oportere & proprietatem fundi & usumfructum, aut solidi fundi æstimationem.* Sive in ea intentione consideretur usus-

ususfructus, ut consolidatus & conjunctus cum proprietate, sive ut à proprietate separatus & tanquam servitus. Nam si illo modo accipias, manifestum est, petitione id contineri, quod jam habet ex causa lucrativa, & ita obstare regulam juris, quæ non patitur duas causas lucrativas circa eandem rem & personam concurrere: si hoc modo, adhuc dico, id ipsum eum petere, quod sine onere habet, licet habeat sub alia qualitate: aut si tu neges, fatendum tibi erit, peti, quod legatum non est. Imo vero nego, unquam eum, qui fundum petit, posse intelligi usumfructum jure servitutis petere. Quicunque enim fundum petit, eum necesse aut solidam proprietatem intelligere, *l. 5. in pr. si usufr. pet.* aut nudam, *l. recte dicimus 25. de verb. sign.* Denique non recte in specie proposita solidum fundum aut solidi æstimationem peti, satis aperte, ut mihi videtur, probat quod apud Julianum in *d. l. non quocunque 82. §. 3. de legat. 1.* notat Marcellus: ait enim, si partem fundi alieni mihi legati redemero, pars mihi legata sit, aut donata, idem esse, quod in specie proposita à Juliano, & ideo me partem duntaxat petere debere. Quibus verbis non obscure innuit, nec in præcedenti specie Juliani solidum recte peti: alioqui species, quam proponit Marcellus, ut similem Juliani, longe esset dissimilis. Ant. Faber 6. *conj. 8.* ne hoc quidem concedit, in casu proposito simpliciter fundum recte peti, utut ea intentione nuda proprietas petita esse intelligatur: quoniam ait, nec apud Julianum, nec alibi hoc traditum, & quod meum est, amplius meum fieri non potest. Sed ut supra in §. 6. ostendimus, quod ex causa onerosa ad creditorem pervenit, interpretatione juris perinde habetur, ac si non pervenisset, propter pretium, quod ei abest, *l. 14. de verb. sign.* & refellit Fabrum *l. ex promissione 19. de obl. & act.* ubi diserte Julianus, scribit eum, qui non ex causa lucrativa rem habere cœpit, non prohiberi eandem ex causa lucrativa petere: tum etiam manifeste locus Marcelli modo citatus: nam si partem fundi, quam ex causa onerosa consecutus sum, recte peto, cur prohibear proprietatem petere, quæ ex tali itidem causa apud me est? Cætera, quæ eodem loco Faber adversus hanc sententiam, & adversus ipsum adeo Tribonianum disputat, assis non æstimo.

5 *Sed officio judicis continetur, &c.*] Quamvis ratio judicii hoc exigat, ac proinde regulare sit, ut condemnatio fiat in rem ipsam, quæ petita & in judicium deducta est: *l. ut fundus 18. com. div.* evenit tamen nonnunquam, ut necesse sit, aut æquum & humanum, condemnationem fieri in rei petitæ æstimationem; veluti si res petita culpa debitoris aut post moram perempta sit, *l. si ex legati 23. de verb. obl.* item si res aliena, quæ petitur, domino venalis non sit, aut venalis quidem, sed immenso pretio, *l. 14. §. ult. de legat. 3.* vel si ea ex causa onerosa ad creditorem pervenerit, *l. ex promissione 19. de obl. & act. l. hujusmodi 84. §. qui servum 5. de legat. 1. §. si res 6. sup. eod.* Idemque est, si creditor partem, quam ex simili causa nactus est, petat, *l. non quocunque 82. §. 3. de legat. 1.* & in casu proposito, ubi fundo alieno, legato fundi proprietas, quæ ex causa onerosa apud legatarium est, petitur, *d. l. non quocunque, §. 2.* Hic igitur judicis officio incumbit, ut reum condemnet, non in rem petitam, puta ut fundum præstet deducto usufructu; nam proprietatem fundi jam revera petitor habet: sed ut præstet fundi deducto usufructu æstimationem; hoc est, ut tantam pecuniam legatario det, quantam ille venditori pro fundi nuda proprietate persolvit. Julianus hoc sic expressit, *Judex tanti litem æstimabit, quantum actori aberit, d. l. non quocunque, §. 2.*

TEXTUS.
De re legatarii.

10. Sed si rem legatarii quis ei legaverit, inutile est legatum: quia quod proprium est ipsius, amplius ejus fieri non potest. Et licet alienaverit eam, non debetur, nec ipsa res, nec æstimatio ejus.

NOTA.

LICET ALIENAVERIT EAM] Propter definitionem regulæ Catonianæ *d. l. 41. §. 2.* cui obstat, *l. 1. §. 2. de reg. Cat.* nisi dicamus verbis illis, *si eum vivo testatore alienaverit*, conditionem significari, ad cujusmodi legatum regula non pertineat, *l. 3. & 4. eod. l. 98. de cond. & dem.*

COMMENTARIUS.

1 *Celsum videri à cæteris dissensisse circa casum, quo legatarius rem suam sibi legatam vivo testatore alienavit: tentatur tamen conciliatio.*

2 *Quomodo temperandum, quod dicitur rem suam nemini recte legari.*

SED SI] Particula hæc videtur arguere, hunc §. esse appendicem disputationis habitæ in *§. præc. & §. si res aliena 6. eod.* Nam ut illic tractatur de re, quæ post testamentum conditum legatarii propria facta est; ita hic de ea, quæ jam ejus est tempore scribendi testamenti. Quid servari placeat, si res, quæ legatarii propria est, non ipsi legatario, sed alteri legata

aut potius per fideicommissum relicta sit, docebitur *infr. §. 1. de sing. reb. per fideic. relict.* Hic illud quæritur, an utile sit legatum, si quis legatario ipsi rem, quæ jam ejus est, legaverit. Ait autem Justinianus, tale legatum inutile esse, propterea quod fieri non potest, ut quis duabus ex causis dominium acquirat, *l. 3. §. ex pluribus, de acq. poss.* qua ratione nec stipulatio rei suæ, nec emptio valet, *l. nemo 82. de verb. obl. l. 16. de contr. empt.* Idem rescriptum est in *l. proprias 13. C. de legat.* & responsum ab Ulpiano *l. cætera 41. §. 2. de legat. 1.* Quamobrem nec res nec æstimatio rei in proposito peti poterit, ut est in *fin. hujus §.*

Et licet alienaverit eam] Ampliatio superioris definitionis. Etsi is, cui res sua legata est, eam post testamentum factum & vivo etiamnum testatore alienaverit, nihilo tamen magis legatum convalescit. Quod sumptum ex definitione regulæ Catonianæ, quæ non patitur legatum ex postfacto convalescere, quod initio vires non habuit, *l. 1. in pr. de reg. Caton.* quæ ratio etiam in terminis redditur ab Ulpian. *d. l. cætera, §. 2.* Aliud tamen Celsi judicium fuisse, eumque in hac quæstione dissensisse à cæteris existimant Cujac. Hotom. Bachov. per *d. l. 1. §. 2.* ubi sic Celsus scribit; *Item si tibi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, si eum vivo testatore alienaveris, legatum tibi debebitur. Quod non deberetur, si testator statim decessisset.* Et sane locus ita scriptus est, ut parum absit, quin idem sentiam. Sed tamen videamus, quid obstet, quominus verba illa, *Si eum vivo testatore alienaveris,* dicamus esse testatoris, non Jurisconsulti, & posita conditionaliter. An quia tum diverso charactere scribenda fuerant, uti mos est Jurisconsultorum, quoties verba testamenti aut stipulationum recitant? At hoc negligi potuit à librario: nec perpetuo observatur, *l. si stipulatus 76. in pr. & §. 1. de verb. obl. l. 1. §. in honorariis 10. de extraord. cognit.* An quia regula Catoniana ad conditionalia non pertinet? *l. 4. de reg. Cat. d. l. cætera, §. 2. de legat. 1.* ut propterea non debuerit exemplum conditionalis legati à Celso proponi tanquam exceptio regulæ, & in quo definitio Catonis falsa sit. Atqui etiam præcedens species in *§. 1. d. l. 1. eod.* exemplum continet legati conditionalis, quod tamen & ipsum ab eadem regula Celsus excepit. Denique difficulter adduci possum, ut credam, in diversis Jurisconsultorum sententiis aut Ulpianum aut Celsum suam simpliciter prompturos fuisse, quasi in re certa minimeque dubia. Sed tamen inquies, fatendum tunc erit, inepte Celsum facere, quod excipit de regula, quod ad regulam non pertinet. Fatere igitur & tu æque inepte & prius exemplum à Celso excipi. Verum ego puto, quod nescio, an quisquam alius animadvertit, Celsum peculiari quadam ratione duas illas species, quas proponit, quasi hæ etiam verbis regulæ contineantur, excipere: quia cum conditio in utraque specie adscripta talis sit, ut deficiat, si statim testator decedat, si longiuscule vivat, impleri possit, fieri utroque casu potest, ut contra quam regula definit, legatum, quod non valuisset, si statim decessisset testator, valeat, si diutius vixerit. Ad cætera autem legata conditionalia nec verba regulæ pertinent. Cæterum meminerimus, quod initio dictum est, rem suam nemini recte legari, sic accipiendum esse, primum si ea res perfecte legatarii sit; hoc est, ita ut avocari nequeat. 2
Nam si rem ex bonis ejus, qui reipub. causa aberat, usu acquisierim, & ea antequam evinceretur, mihi legata sit, postea evincatur, recte ex testamento petam eam mihi dari oportere, *l. non quocunque 82. §. 1. de legat. 1.* Deinde si res legata legatarii sit pleno jure: nam si quid juris in ea re aut testator aut alius habet, placet valere legatum, & utile esse in eo, quod juri legatarii deest. Pone, emphyteusin, superficiem, aut pignus testatori aut alii in re legatarii constitutum; recte ea legatur, & proficit legatario legatum in eo, quod juris alieni fuit, *l. senatus 43. §. ult. l. si domus 71. §. pen. l. si tibi 86. in pr. & §. ult. de legat. 1. l. 1. §. 1. de lib. leg.* Nec dubito, quin idem dicendum sit, si alius in ea re usumfructum habeat, *arg. l. cum filius 76. §. 2. de legat. 2.* licet dissentiat Accurs. propter textum in *l. Mævius 66. §. pen. in fin. de legat. 2.* Quo in loco vitiose legitur, *propter istas causas,* cum legendum sit *præter,* ut bene Cujac. *lib. 5. ad Afric. in l. etsi 25. de vulg. & pup. subst.* observavit. Et nonnullis in exemplaribus legi testis est Donell. *8. comm. 11.* In quibusdam editionibus *præter* in margine adscriptum vidi. Postremo si nec ea res testatori debita sit: Nam debitori quod debet, recte legatur, licet dominus ejus rei sit, *l. 1. in pr. de lib. leg. vid. inf. §. si quis debitori 13.*

TEXTUS.

Si quis rem suam, qs. non suam legaverit.

11. *Si quis rem suam quasi alienam legaverit, valet legatum: nam plus valet quod in veritate est, quam quod in opinione. Sed & si legatarii esse putavit, valere constat: quia exitum voluntas defuncti habere potest.*

NOTA.

11. PLUS VALET, QUOD IN VERITATE] Ratio

Ratio hæc potius ad casum sequentem pertinet: nam hoc priore casu etsi verum esset, alienam rem legatam esse, tamen legatum valeret; quoniam si suam esse testator scivisset, multo facilius eam legasset: per ea, quæ *sup.* §. 4. *eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Male ad priorem speciem hujus §. accommodari regulam,* Plus valere quod in veritate, *&c. & qua ratione isto casu sustineatur legatum.*

2 *Prædictam regulam pertinere ad casum posteriorem, atque eos actus tantum, in quibus error gerenti non obstat, quominus velit & possit, in quo errat. In aliis contrariam regulam probari.*

SUprà §. 4. audivimus, si testator rem alienam, suam eam esse putans, legaverit, legatum non valere, nisi singulari conjectura voluntatis adjuvetur. Quæ exceptio in exegesi posita & declarata. Quod si quis rem hæredis legaverit, quam existimabat suam esse, Papinianus docet utile esse legatum, *l. unum 67.* §. *si rem 8. de legat. 2.* Hic ex converso docemur, quid juris sit, si testator rem suam legavit quasi alienam: item quid si legavit suam, cum crederet eam esse legatarii: placere autem, utroque casu valere legatum. Et valebit igitur vel magis, si suam rem legaverit quasi hæredis, *arg. d. l. unum,* §. *si rem.*

1 *Nam plus valet quod in veritate, &c.*] Puto, rationem hanc, quod præter Bachovium nemo animadvertit, male accommodari ad hunc priorem hujus §. casum, & omnino pertinere ad sequentem, cum quis rem suam quasi legatarii legavit. Nam non recte hic dixeris, ideo valere legatum, quia contra quam opinabatur, verum est testatorem rem suam legasse: quoniam etsi opinionem attendas, aut quod opinabatur, verum esset, rem scilicet alienam esse, legatum tamen valeret. Est vero in promptu alia ratio, ob quam in proposito falsa testatoris opinio non obstet legato; nimirum quoniam, si alienam rem credens, eam nihilominus legavit, hæredemque suum onerare voluit alienæ rei redemptione, multo magis eam legaturus fuisse præsumitur, si scivisset suam esse, *d. l. unum,* §. *si rem, de legat. 2.*

Sed & si legatarii esse putavit, valere constat] Ad hunc casum recte accommodabimus regulam, *Plus valere, quod in re & veritate est, quam quod*
2 *in opinione.* Nam si hic opinionem spectari placeret, nullum esset legatum, quia quod legatarii est, inutiliter ei legatur, §. *prae.* Est autem regula ista ex earum genere, quæ ad certos duntaxat casus & actus pertinent: locum enim tantum in iis habet, in quibus error gerenti non obstat, quominus velit & possit id, in quo errat. Ut ecce, in casu proposito falsa testatoris opinio non impedit, quominus rem suam legare potuerit; neque etiam quominus velle eam legatam existimari debeat: nisi quis dicat, quotiescunque res sua legatario legatur, ideo legatum non valere, quia animus legandi desit. Quod verum non est: neque enim ideo tale legatum inutile, quia voluntatem legandi testator non habuit; sed quia voluntas ejus effectum sortiri non potest, cum quod alicujus jam est, id ejus amplius fieri non possit, §. *prae.* Hæc vero ratio cum cesset, si non legatarii, quod testator falso existimabat, sed ipsius testatoris res esse deprehendatur, cessare quoque debet ista dispositio. Quod & ipsum Justinianus non obscurè significat, cum ita infert; *quia exitum voluntas defuncti habere potest.* Ejusdem generis exempla, atque ad ea eandem hanc regulam applicatam videmus in *l. 4.* §. *1. de man. vind. l. pen.* §. *qui ignoravit 4. de jur. & facti ign.* In iis vero actibus, qui ab animo æstimantur & pendent, certumque propositum gerentis requirunt, cujusmodi sunt aditio & repudiatio hæreditatis, contraria regula probata est, placetque, plus valere, quod est in opinione, quam quod in veritate, *l. is qui 15. & l. seq. junct. l. qui hæreditatem 19. de acq. hær.* nimirum quia in his error impedit, quominus fiat, quod fieri vere poterat, si quis sciret, quod in re est: ac proinde quod verum est, procedere non finit. D. Hotomannus sic generaliter definit, *in errore facti prævalere veritatem; in errore juris plus posse opinionem.* Quod ego falsum esse puto. Nam etsi testator rem suam tanquam legatarii in jure errans legaverit, valebit haud dubie legatum: & contra si in facto errans rem legatarii legaverit tanquam suam, non valebit: ut proinde & in errore juris plus interdum valeat veritas, & in errore facti plus opinio.

TEXTUS.

De alienatione, & oppignoratione rei legatæ.

12. *Si rem suam legaverit testator, posteaque eam alienaverit, Celsus putat, si non adimendi animo vendidit, nihilominus deberi: idemque divi Severus & Antoninus rescripserunt. Iidem rescripserunt, eum, qui post testamentum factum prædia, quæ legata erant, pignori dedit, ademisse legatum non videri: & ideo legatarium cum hærede ejus agere posse, ut*

prædia à creditore luantur. Si vero quis partem rei legatæ alienaverit, pars quæ non est alienata omnino debetur: pars autem alienata ita debetur, si non adimendi animo alienata sit.

NOTA.

21. Si non adimendi animo] Quod colligitur ex causa alienandi: nam si ea necessaria fuit, puta ex causa æris alieni, non creditur animo adimendi facta alienatio, *l. 11. §. 12. eod. 3.* si libera fuit, contra. Quomodo accipiendi textus in *l. 8. eod. 1. l. 15. de adim. leg. l. 1. & 3. de pecul. leg. &* v. c. aut si donaverit, nam in donationem non cadit istiusmodi distinctio, *l. 18. de adim. leg. l. 34. in fin. de aur. arg. leg.*

Commentarius.

1 *Quibus ex rebus conjiciatur, utrum res legata adimendi legati causa alienata sit, nec ne.*
2 *Responsum quoddam Scævolæ cum aliis locis conciliatum.*
3 *Oppigneratione rei legatæ non videri legatum ademptum.*

Pertinet hic locus ad *tit. seq. de adempt. leg.* est enim rei legatæ alienatio species tacitæ ademptionis: quoniam hoc ipso quod testator rem in alium transfert, recedere à priore voluntate videtur. Cæterum quia etiam legatum rei alienæ consistit, potest hic oriri voluntatis quæstio, an res adimendi legati animo alienata sit, nec ne; ut si non sit, legatum adhuc peti possit. Quod hic docet Justinianus.

1 *Si non adimendi animo*] Sed unde hunc animum aut contrarium colligimus? Ex causa nimirum alienandi; quæ si libera plane fuit, id est, si testator nulla necessitate compulsus rem alienaverit, puta donaverit, aut cum necesse non erat, vendiderit eam, animo adimendi in eum fecisse creditur, *l. rem legatam 18. l. legatum 24. §. 1. de adim. leg.* ac de hoc casu accipiendi texrus in *l. 8. pr. de legat. 1. l. cum servus 15. de adim. leg. l. 1. & 3. seqq. de pec. legat. §. si quis ancillas 17. inf. item l. 6. de legat. 1.* Falluntur enim, qui putant, hac in re quicquam interesse inter legatum purum & conditionale. In quo errore etiam Mynsingerus est. Quod si causa alienandi necessaria fuit, id est, si testator rem legatam vendiderit urgente rei familiaris necessitate, hic contra creditur id animo adimendi legati ab eo factum non esse; & ideo legatum peti potest, nisi probetur, etiam in hac necessitate adimere ei testatorem voluisse. Probatio autem mutatæ voluntatis hic ab hæredibus, quamvis reis, exigitur, *l. 11. §. si rem 12. de legat. 3.* quoniam præsumptio pro legatario eodemque actore facit, quasi non videatur extinguendi legati causa alienare, qui etiamsi maxime legatum valere velit, tamen alienare cogitur. Cæterum distinctioni propositæ non parum obstare videtur responsum Scævolæ in *l. prædia 27. §. liberto, de instr. legat.* Patronus liberto, 2
quem ex parte hæredem scripserat, per præceptionem fundum legavit cum instrumento, & his, quæ in eo fundo futura erant, cum moreretur. Respondet Jurisconsultus, sine distinctione etiam vinum in eo fundo repertum, quod vivus testator vendiderat, & cujus pretii partem tertiam acceperat, ad libertum ex causa præceptionis pertinere, nisi contrariam voluntatem hæredes approbent. At vero si alienatio extra causam necessitatis facta argumentum est mutatæ voluntatis, dicendum erat, id vinum pertinere ad cohæredes, nisi de contraria voluntate doceat libertus. Respondent nonnulli, in ea specie Scævolæ venditionem vini factam ante factum testamentum. Ego magis Ant. Fabro assentior, qui *lib. 1. conj. 6.* respondet, non debere videri adhuc alienatum vinum, quoad effectum ademptionis legati, quod nondum traditum est; & maxime cujus nomine venditori pretium nondum numeratum, aut eo nomine ei satisfactum est, *arg. l. quod vendidi 19. de cont. empt. §. venditæ 41. sup. de rer. div.* Plane pro qua parte pretium testator accepit, difficile dictu est, eam quoque partem legato præceptionis contineri: & ego dixerim, petentem pro ea parte exceptione summovendum esse.

Divi Severus & Antonius rescripserunt] Neque responsum Celsi extat, neque hoc Impp. Severi & Antonini rescriptum. Fuisse tamen quod hic traditur, recepti juris, patet ex *l. rem legatam 18. de adim. leg. junct. l. fideicommissa 11. §. si rem. 12. de legat. 3.*

Qui prædia pignori dedit, ademisse legatum non videri] Pignoris datio etsi proprie alienatio non est, quippe cum res pignori data in dominio debitoris maneat, eique soluto debito restituenda sit; tamen pro specie alienationis habetur, *l. ult. de reb. al. non al.* Cæterum ipsum nomen pignoris satis indicat alienationis necessitatem: neque enim pignus dari solet, nisi ab eo, qui necessitate adductus est. Ut proinde recte & superiori sententiæ convenienter Impp. Severus & Antonius rescripserint, eum qui rem legatam oppignerat, adimendi animo hoc facere non videri; sive ut ipsi loquuntur, *non videri voluntatem suam circa legatarii personam mutare.* Extat rescriptum in *l. 3. C. de legat.* Enim vero audiendum nihilominus hæredem existimem, si paratus sit osten- 3

stendere animo adimendi rem à testatore pignori datam.

Cum hærede agere, ut prædia luantur] Hoc est, ut hæres de suo tantam pecuniam creditori solvat, in quantam prædia obligata sunt, atque ita ea prædia obligatione liberata ac redempta legatario præstet, *d. l. 3. C. hoc tit.* quod tamen accipiendum est secundum distinctionem traditam sub §. *sed et si 5. eod.*

Si vero quis partem rei alienaverit, &c.] Hoc omnino præcedentibus est consequens: nam quod juris est in toto quoad totum, idem etiam valere debet in parte quoad partem, *l. quæ de tota 76. de rei vind. l. 82. §. 3. eod.* Et ideo si pars tantum rei legatæ alienata sit, pars quæ non est alienata, semper debetur; *l. 6. l. 8. in pr. de legat. 1.* quæ alienata est, debetur, aut non debetur, prout eam animo adimendi aut non adimendi alienatam esse constabit.

Textus.

De liberatione legata.

13. *Si quis debitori suo liberationem legaverit, legatum utile est: & neque ab ipso debitore, neque ab hærede ejus potest hæres petere, neque ab alio, qui hæredis loco sit. Sed & potest à debitore conveniri, ut liberet eum. Potest etiam quis vel ad tempus jubere, ut hæres petat.*

Notæ.

Neque ab haerede] Nisi legatum personæ debitoris cohæreat, *l. 8. §. 3. de lib. leg.*

Petere] Cum effectu scil. quia petens exceptione doli repelli potest: ipso enim jure legato liberationis non dissolvitur obligatio, *dict. l. 3. §. 3.*

Ut liberet eum] Nempe per acceptilationem, *d. l. 3. §. 3. l. 22. eod.*

Ad tempus] Cujus legati quæ sit vis, disce ex Pomp. *l. 8. §. 1. eod.*

Commentarius.

1 *Liberationem debitori jam certo jure rectè legari.*
2 *Quis liberationis legatæ effectus.*
3 *Quis ejus legati, quo damnatur hæres ad tempus non petere.*

1 Quod Titius mihi debet, id & Sempronio recte lego, & ipsi Titio debitori meo. Illud legatum est, quod dicitur nominis, de quo plura *inf. sub §. tam autem 21. eod.* hoc, quod appellatur liberationis, deque hujus legati effectu agitur in præsenti §. Respondet *tit. ff. de lib. legat.* ubi variæ hujus legati formulæ occurrunt. Is quoque qui chirographum debitori legat, liberationem legare videtur, *l. 3. §. 1. d. tit. fac. l. qui chirographum 59. de legat. 3. l. servum 44. §. eum 5. de legat. 1.*

Legatum utile est] Liberationem debitori posse legari, jam certum est, ait Jurisconsultus in *l. 3. pr. de lib. leg.* quæ verba arguunt, id aliquando controversum fuisse. Cur vero fuerit, significare videtur idem Jurisconsultus *l. 1. pr. eod.* ubi ait, debitoribus ea, quæ debent, recte legari, licet domini eorum sint. Quippe nostrum propriè non est, quod est in credito, *l. 17. §. 2. l. 34. de aur. arg. leg.* Boët *in Top. Pecunia, quæ est in nominibus, non est nostra.* Ex eo enim suspicari licet, fuisse antea, qui negarent ipsi debitori, quod debet, rectè legari; quia scilicet nemini res sua legari potest: Sed eorum opinio merito explosa est: nihil enim quod debitoris sit, hoc legato contineri intelligitur, sed jus tantum quod creditor habet, seu obligationem debitumve remissum.

Neque ab ipso debitore] Legato liberationis non dissolvitur ipso jure obligatio, aut protinus ipso jure debitor liberatur: sed postea liberationis sibi legatæ fructum duplici ratione consequi; excipiendo, si debitum hæres petat; si non petat, ultro ex testamento agendo, ut liberetur, *l. 3. §. nunc. 3. l. quod mihi 22. l. legavi 25. in pr. eod.* Quamobrem quod alibi dicitur hæredem petere non posse, *l. 2. §. 1. l. si quis 15. eod.* & hoc ipso in textu, id sic accipiendum est, non posse eum petere efficaciter: nam petentem exceptione doli mali repelli. 2

Neque ab hærede ejus, neque ab alio, qui hæredis loco] Qualis est bonorum possessor, & is, cui ex fideicommisso hæreditas restituta est. Interdum tamen effectus hujus legati intra personam solius debitoris consistit, veluti si quis ita dixerit, *Hæres meus à solo Lucio Titio ne petito*: vel, *A Lucio Titio, quamdiu vivit, hæredem meum petere nolo.* Quoties enim legatum cohæret personæ legatarii, ad hæredem ejus non transit; sicut nec ullum aliud jus personale ad hæredem transmittitur, *l. 8. §. 3. l. Aurelius 20. eod. tit.*

Ad tempus jubere, ne hæres petat] Potest hæres damnari, ut ad certum tempus non petat. Cujus legati hic effectus est, ut hæres intra id tempus petens à debitore hæredeve ejus exceptione summoveatur. Cæterum debitor agere non potest, ut liberetur, *d. l. 8. §. 1.* nec per acceptilationem, quoniam acceptilatio in perpetuum obligationem tollit; nec pacto, quod exceptionem perpetuam parit, cum temporalem tantum ex testamento habeat. Ut autem 3

tem hæres paciscatur cum debitore, ne intra id tempus petat, intra quod testator peti vetuit, ne hoc quidem requirendum est, quia debitori inutile, nihil amplius in eum conferens, quam quod jam habet, exceptionem scilicet temporalem.

TEXTUS.

De debito legato Creditori.

14. Ex contrario si debitor creditori suo quod debet, legaverit, inutile est legatum, si nihil plus est in legato, quam in debito: nihil amplius per legatum habet. Quod si in diem, vel sub conditione debitum ei pure legaverit, utile est legatum propter repræsentationem. Quod si vivo testatore dies venerit, vel conditio extiterit, Papinianus scripsit utile esse nihilominus legatum, quia simul constitit: quod & verum est. Non enim placuit sententia existimantium, extinctum esse legatum, quia in eam causam pervenerit, à qua incipere non potest.

NOTÆ.

14. Si nihil plus in legato] Nam ut legatum consistat, necesse est in eo aliquid utilitatis ab initio versari, *l. 29. de leg. 1. l. 1. §. 10. ad leg. Falc.* Alias non ex testamento agitur, sed ex prima obligatione, ἀς χρέος ἀπαιτεῖται. Schol. Th.

In diem, &c.] Vel si alio quocunque modo accidat, ut plus sit in legato, quam in debito, *v. l. 28. & seqq. de leg. 1.* aut creditoris intersit, ex testamento potius agere, quam ex pristina obligatione, *l. 11. de lib. leg.*

Quia in eam causam pervenerit] In hac sententia videtur & Paulus fuisse, *l. 82. eod. 2.* qui tamen alibi fatetur non esse, ut quod semel utiliter gestum est, duret, licet ille casus extiterit, à quo initium capere non potuisset, *l. 85. §. 1. de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

1 *Quot modis accidat, ut plus sit in legato rei debitæ, quam in debito.*

8 *Taxatur Ant. Fabri nimia confidentia.*

2 *Quando locus sit regulæ,* Quod semel utiliter constitutum est, durare, licet ille casus extiterit, unde incipere non potuisset, *& quando locus regulæ contrariæ.*

4 *Pauli à Papiniano dissentientis sententiam à Justiniano improbari.*

5 *Jure C. & Inst. vix esse, ut non sit plus in legato, quam in debito.*

Ut consistat legatum, necesse est in eo aliquid utilitatis aut commodi ab initio versari, quemadmodum sub §. 4. generaliter definivimus: ex quo judicandum de legato, quod hic proponitur, si quis creditori suo quod debet, legaverit; ut scilicet, si nihil utilitatis aut commodi ex eo legatarius capere possit, uti non potest; si nihil amplius est in legato, quam in debito, legatum non valeat: sin vero emolumenti quid contineat, aut quacunque ratione plus in legato sit, quam in debito, utile sit legatum, *l. si creditori 28. cum l. seq. de legat. 1. l. Mævius 66. de legat. 2. l. legavi 25. sub fin. de lib. leg. l. 1. §. si quis 10. ad leg. Falcid.*

In diem vel sub conditione debitum purè legetur] Hæc exempli tantum causa proferuntur: nam longè pluribus modis, quam his duobus, accidit, ut plus sit in legato rei debitæ, quam in debito: & totidem modis fit, ut legatum sit utile. Videamus ergo, quot modis id fiat. Ut plus sit in legato, quam in debito, primum efficitur debiti repræsentatione, puta si id quod sub conditione aut in diem debetur, pure legetur: sic enim fit, ut in legato plus sit tempore, *l. sin autem 29. de legat. 1. & hoc text.* Secundo si quod loco longinquiore aut minus commodo debebatur, legetur loco citeriore aut commodiore: hic enim loco plus est in legato, quam in debito, *d. l. 29.* Tertio ut plus sit in legato, sæpe efficit nova actio ex testamento; nempe si ea vel efficacior sit vetere, vel plenior. Efficacior est, si vetus removeri poterat exceptione; quæ exceptio legato debito remissa creditori intelligitur, *d. l. 28. de legat. 1.* Plenior est, si vel diuturnior, ut si vetus actio est honoraria; ubi ideo legatum valet, quia honoraria actio sæpè temporaria ex testamento civilis est & perpetua, *d. l. 28.* vel alias uberior, ut est actio ex testamento, quavis alia actione stricti juris, propter incrementum usurarum & fructuum, *l. 3. l. usura 34. junct. l. videamus 38. §. si actionem 7. de usur. l. 3. C. eod.* proinde si id, quod ex stipulatu debebatur, legatum fuerit creditori, legatum utile est, *d. l. 28. §. 1.* Et generaliter toties valet hoc legatum, quoties creditoris interest ex testamento potius agere, quam ex pristina obligatione, *l. 11. de lib. leg.* Erratque adeo perspicuè Wesemb. cum negat, ex eo solo videri plus esse in legato, quam in credito, quod nomine legati pinguior actio fit. Sed & in eo nonnihil commodi est, quod speciei à debitore eodemque domino legatæ dominium statim in creditorem transeat, & pro sola actione personali etiam in rem habere incipiat, *l. 3. §. 2. de legat. 1.* Cæterum etsi hæc legata ob commoditatem novæ actionis sustinentur; quia tamen

tamen hæreditatem non minuunt, neque ipsa minuuntur lege Falcidia, nec in his creditoris legatarii fideicommitti potest, *d. l. 28.* §. *1. d. l. 3.* §. *2.* Ubi vero commodum repræsentationis, pro modo istius commodi Falcidia inducitur, & fideicommissum valet, *l. 1.* §. *si quis 10. ad leg. Falc. l. 2. de dot. præleg.* Si exceptio metuebatur, creditoris fideicommitti potest, *l. 7.* §. *ult. de legat. 3.*

Propter repræsentationem] Id est, quia ex testamento præsenti die debetur. Repræsentare est, ante diem aliquid præstare aut solvere, vel antequam aliquid debeatur, solvere. Sueton. August. *cap. ult. l. 1.* §. *2. de dot. præleg. l. Publius 36.* §. *1. de cond. & dem.* Cicero *Tiron. Dies promissorum adest, quem etiam repræsentabo, si adveneris.* Seneca Epist. *ad Lucil. 95. Petis à me, ut id, quod in diem suum dixeram debere referri, repræsentem. Gloss. vet. repræsentare, ἐν παρουσίᾳ ποιεῖν, repræsentatio, ἐμπαρουσιασμός. Th.* omnemque accelerationem significat; ut in illis Ciceronis, *repræsentare improbitatem lib. 16. ad Attic. repræsentare libertatem, 2. Philipp.* Sic Curtius *repræsentare consilium* dixit, pro *ante diem exequi.*

Papinianus scripsit, utile esse nihilominus legatum] Scilicet ut nihilominus id totum, quod debetur, jure legati peti possit: non ut in eo Falcidiæ adhuc locus sit, aut fideicommissum creditori impositum exigere liceat; utpote sublata jam utilitate repræsentationis, quæ sola legi & oneri locum facit, *l. 1.* §. *si quis 10. ad leg. Falcid. l. 7.* §. *ult. de legat. 3. l. 2. de*
2 *dot. præleg.* Quod visum monere propter confidentiam Anton. Fabri, qui lib. 4. *conj. 12.* contra manifestam & auctoritatem juris & rationem affirmare ausus est, etiam in hoc nostro casu, cum dies venit aut conditio extitit, & Falcidiæ locum dari, & fideicommissum deberi. Falso nimirum ille contendit, cum dies aut conditio legatum facit, Falcidiam non in commodo repræsentationis duntaxat, sed in toto legato locum habere, legatariumque ratione totius legati fideicommisso gravari posse; temere id colligens ex verbis Papiniani in *l. 5. ad leg. Falcid.* eumque cum Paulo in *d. l. 1.* §. *si quis 10. eod. & Ulp. in d. l. 7.* §. *ult. de legat. 3. l. 2. de dot. præleg.* qui id diserte negant, nulla necessitate committens. Utique nec rationi convenit, ut Falcidiam patiatur legatarius creditor, aut fideicommissum præstet, qui ex legato præter commoditatem novæ actionis nihil consequitur, nullumque omnino commodum in re sentit, *fac. l. si creditori 28.* §. *1. de legat. 1. l. 3.* §. *2. de legat. 3.* Extat responsum Papiniani in *l. 5. ad leg. Falc.*

Existimantium extinctum esse legatum, quia in eam causam, &c.] Hic iterum, *ut sup.* §. 11. occurrunt duæ regulæ contrariæ; quarum una definit, *Quod semel utiliter gestum est, durare, etiamsi ille casus extiterit, à quo initium capere non potuisset.* Altera contra, *Negotium extingui, cum is casus postea incidit, unde incipere non poterat.* Hæ duæ propositiones, ut constat non possunt: simul esse veræ simpliciter & in universum. Imo neutra earum perpetua est, aut vera in omnibus causis, *l. in ambiguis 85.* §. *1. de reg. jur. l. pen.* §. *ult. de verb. obl.* In negotiis omni ex parte perfectis, id est, quæ nihil futuri ad consummationem desiderant, sine exceptione valet prior definitio, nunquam ea, quæ utiliter sic gesta & consummata sunt, infirmari ob eam causam, quod ille casus evenerit, à quo consistere non poterant. Idque & apud omnes nunc in confesso est, & semper constitit: exempla suppetunt *l. 8. de his qui sui vel al. jur. l. oratione 16.* §. *ult. de rit. nupt. l. donationes 31. in pr. de donat. l. pen.* §. *ult. de verb. obl.* Quod si negotii gesti jus adhuc pendeat, & ad plenam perfectionem ejus adhuc aliquid amplius desideretur, hic aliud pro conditione casus postea incidentis placet. Nam si quod postea intervenit, tale sit, ut impediat, quominus negotium rectè cœptum ad finem producatur, placet quod ante gestum est, resolvi: si non impedit, durare quod bene gestum est, exitumque suum sortiri. Ut ecce, testamentum, legata, fideicommissa, etiamsi ab initio utiliter constituta sint, non statim tamen ita planè perficiuntur, ut nihil amplius ad consummationem voluntatis desideretur: reliquum enim adhuc est ut hæres ex testamento existat, ut legatarius legatum consequatur. Finge nunc, eum, qui testamentum jure fecerat, capite postea minutum esse, servum scilicet factum, aut deportatum, aut derogatum. Dicimus, irritum fieri testamentum; nempe quia superveniente servitute, deportatione, adrogatione, conditio personæ testatoris sic mutatur, ut testamentum habere non possit, ac ne hæredem quidem omnino, §. *4. sup. quib. mod. test. inf. l. 6.* §. *irritum* §. *& seqq. de injust. rupt. l. 8.* §. *1. & seqq. qui test. fac. l. pen.* §. *2. de bon. poss. sec. tab.* Finge, servo alieno quid legatum esse, eumque servum postea à testatore redemptum; dicimus similiter, legatum extingui; quia id quod accidit, impedit ne legatum exitum habere possit, *l. 3.* §. *ult. de his quæ pro non script.* Ejusdem generis exempla occurrunt, *l. inter 83.* §. *sacram. de verb. obl.* §. *2. inf. de inut. stip.* §. *pen. inf. de noxal. act. l. falsus 43.* §. *ult. de furt. l. pro parte 11. de servit. l. si à me 11. de judic. l. huic scripturæ 15. in fin. junct. l. seq. ad leg. Aquil.* Sed finge, testatorem post testamentum factum incidisse in furorem aliamve mentis abalienationem, aut amisisse facultatem audiendi loquendive, aut bonis ei interdictum; Hic contra dicimus: testamentum, quod antea rectè factum erat, nullo horum casuum infirmari: quip-

ri: quippe quia nec furor interveniens, nec auditus sermonisve amissio, nec bonorum adempta administratio impedit, quominus testamentum exitum habeat, atque ex eo hæreditas cœteraque relicta obtineantur, utpote statum & fortunas suas testatore retinente, *§. 1. & 2. seqq. sup. quib. non est perm. fac. test. l. 6.* §. 1. *l. is cui* 18. *qui test. fac.* fusè *Don. post. DD. Vulg. in d. l. pen. §. ult. de Verb. obl.* Cæterum non idem omnes in omni ejusmodi specie sensisse apparet ex *l. existimo 98. de Verb. obl.* At-
4 que in casu hic proposito, cum quis quod in diem aut sub conditione debebat, creditori suo purè legavit, & vivente testatore dies supervenit aut conditio extitit, Paulus in *l. debitor 82. de legat. 2.* apertè dissentit à Papiniano in *l. 5. ad leg. Falc.* Si demum jam mortuo testatore dies venerit aut impleta sit conditio, concedit Paulus durare petitionem legati: si vivo adhuc eo, ait legatum inutile effici, quamvis ab initio constiterit: contra Papinianus, etiamsi vivo testatore dies venerit, &c. utile esse hujusmodi legatum scribit, quia semel constitit. Paulus igitur ad jus hujus legati requirit, ut etiam antequam dies aut conditio existat, testator mortuus sit: Papinianus unum tantum hic tempus testamenti spectandum, atque ex eo de vi & jure relicti statuendum existimat, quod consentaneum videtur regulæ Catonianæ. Papiniani sententiam rejecta Pauli Justinianus hic amplexus est. Tota disputatio hujus §. quod Compo-
5 sitores ipsi non animadverterunt, hodie inutilis pene & supervacua videtur: vix enim est, ut legatum debiti jam non sit utile creditori, postquam Justinianus etiam actionem hypothecariam legatariis dedit, & jus taciti pignoris in bonis defuncti *l. 1. C. comm. de legat.* ut proinde uno tantum casu nunc accidere possit, ut legatum rei debitæ nihil utilitatis contineat, videlicet quando legatarius creditor etiam extra causam legati jus pignoris habet, constitutum sibi jam ante vel à debitore, vel à lege, ut in specie §. proximè sequentis.

TEXTUS.

De dote uxori legata.

15. Sed si uxori maritus dotem legaverit, valet legatum: quia plenius est legatum, quam de dote actio. Sed si, quam non accepit, dotem legaverit, Divi Severus & Antoninus rescripserunt, si quidem simpliciter legaverit, inutile esse legatum: si vero certa pecunia, vel certum corpus, aut instrumenta dotis in prælegando demonstrata sunt, valere legatum.

NOTA.

15. PLENIUS EST LEGATUM] Propter repræsentationem in dote pecuniaria, quæ annua, bima, trima die, ἐνιαυτῷ, διετίᾳ, τριετίᾳ, id est, tribus annuis pensionibus reddebatur. Ulpian. *tit. 6.* §. 5. Hodie autem dos rerum mobilium annua die præstatur, *l. un.* §. 7. *C. de rei ux. act.* In legato immobilium etsi non est repræsentatio. Ulpian. *d. loc. & d. l. un.* valet tamen legatum propter commoditatem novæ actionis, V. in comment.

COMMENTARIUS.

1 *Jure antiquo in relegatione dotis semper plus fuisse, quam in obligatione.*
2 *An novo jure adhuc aliquid in ejusmodi legato commodi.*
3 *Quid juris, si, qua non accepta est, dos aut simpliciter legata sit, aut demonstrata certa quantitate vel corpore.*

SI *uxori maritus dotem legaverit*] Exemplum legati rei debitæ: proinde quid hic statuendum sit, discamus ex superiore regula, ut si plus sit in legato, quam in debito, legatum valeat; si nihil amplius, legatum sit inutile.

Quia plenius est legatum, quam de dote actio] 1
Hæc verba arguunt, veteres semper existimavisse, plus esse in legato, quam in obligatione dotis: ut proinde relegatio dotis non potuerit non jure veteri valere, *fac. tit. de dot. praleg.* Ut autem legatum plenius esset, faciebat aut utilitas repræsentationis in dote pecuniaria, cujus repetitio dilationem habebat, ut annua, bima, trima die, ἐνιαυτῷ, διετίᾳ, τριετίᾳ, id est, tribus annuis pensionibus, redderetur; legatum autem statim peti poterat, *l. 1. §. 2. l. 2. d. tit. Ulpian. tit. 6. §. 5.* aut commoditas novæ actionis: nam etsi cæteræ dotes statim reddebantur, teste *Ulpian. d. loc.* tamen dote prælegata hoc commodum sentiebat uxor, quod dominium rei dotalis statim ad eam redibat, actionemque in rem consequebatur, cum pro dote repetenda personalem tantum actionem rei uxoriæ haberet *arg. l. 3. §. 2. de leg. 3.* aut si dotem sibi reddi stipulata fuerat, quod pro actione ex stipulatu consequebatur actionem ex testamento, imitantem in plerisque naturam actionum bonæ fidei; per *l. si creditori 28. §. 1. de legat. 1.* Adhæc variæ olim actioni de dote objiciebantur exceptiones & retentiones; sæpè etiam dos lucro mariti cedebat, *Vid. Ulp. d. tit.*

d. tit. 6. l. 15. §. 1. sol. matr. l. un. §. taceat. 5. & seq. C. de rei ux. act. quibus locus non erat dote relega-
2 ta. Justinianus vero jus & petitionem mulieris sic auxit, *d. l. un. & l. in rebus 30. C. de jur. dot.* ut non videam, quid commodi nunc ex relegatione dotis capi possit; nisi quod jure legati etiam res dotales mobiles statim reddendæ sunt, quarum alioqui præstatio anni dilationem ex constitutione Justiniani habet, *d. l. un. §. autem vers. exactio.* Tentari tamen potest cum plerisque interpretibus, etiam post constitutiones Justiniani relegationem in universum utilem censeri debere, propterea quod agenti ex testamento non potest objiei exceptio, quam vocant competentiæ. Tametsi enim non omnibus hæredibus mariti conventis actione de dote hoc beneficium competit; *l. sciendum 25. de re jud.* sufficit tamen, communi filio, qui patri hæres extitit, competere; *l. etiam filius 18. solut. matr.* atque ita aliquando legatum utile esse posse, & solidum obtineri, ubi alias in id tantum fieret condemnatio, quod reus facere posset.

Si quidem simpliciter, inutile est legatum] Si dos uxori prælegata sit non designata certa quantitate aut certo corpore demonstrato, & dos nulla data sit, legatum inutile est: quia apparere non potest, quid
3 aut quantum fuerit legatum. Neque hoc tantum in dote non accepta & simpliciter legata obtinet; sed etiam in omni simili legato incertæ rei aut quantitatis, *l. si sic legatum 75. §. 1. de legat. 1. l. legavi 25. sub fin. de lib. legat. fac. l. cum post. 69. §. gener. 4. de jur. dot.*

Si vero certa pecunia, vel certum corpus, aut instrumenta] Veluti, *Centum qua in dotem accepi*; aut, *Fundum Tusculanum, mihi in dotem datum, uxori do, lego*, aut, *Centum, qua instrumento dotali conscripta sunt, l. 3. l. ult. C. de fals. ca. adject. leg.*

Valere legatum] *d. l. legavi 25. in fin. de lib. leg. d. l. 3. & ult. C. de fals. ca. adject. leg. d. l. si sic legatum 75. §. 1. in fin. de legat. 1.* Ratio aperta est, & expressa dictis locis; quia falsa demonstratio legatum non vitiat: de quo pluscula *inf. §. huic proxima 30. eod.* Eadem ratione si major quantitas legato comprehensa sit, quam in dotem accepta, valebit legatum etiam in id, quod acceptam excedit, *l. 6. de dot. præl.* Obstare tamen his, quæ diximus, videtur, quod Ulpianus scribit *l. 1. §. sed & si. 7. eod. tit.* si quis ita legaverit, *Centum, qua in arca habeo*, aut, *qua ille apud me deposuit*, & nihil in arca sit, aut depositum fuerit, nihil deberi; accommodans hoc ipsum ad casum dotis non acceptæ & prælegatæ. Sed rectè respondet Joan. Faber, referre utrum legetur certa quantitas, ut quantitas; an ut certum corpus aut species, veluti *Centum, qua in arca habeo, l. plane 34. §. sed hoc 4. l. sed si 51. de legat. 1.* Priore casu falsam demonstrationem non nocere legato: posteriore idem juris esse, quod certo corpore, quod non extat, demonstrato, ut siquidem extet quantitas sic designata, legatum valeat; si non extet, inutile sit, *l. si servus 108. §. qui quinque 10. de legat. 1. l. omnia 32. §. species 5. de legat. 2.*

TEXTUS.
De interitu, & mutatione Rei legatæ.

16. Si res legata sine facto hæredis perierit, legatario decedit. Et si servus alienus legatus sine facto hæredis manumissus fuerit, non tenetur hæres. Si vero hæredis servus legatus sit, & ipse eum manumiserit; teneri eum, Julianus scripsit: nec interest sciverit, an ignoraverit, à se eum legatum esse. Sed & si alii donaverit servum, & is, cui donatus est, eum manumiserit, tenetur hæres: quamvis ignoraverit, à se eum legatum esse.

NOTÆ.

16. SINE FACTO HAEREDIS] Sive naturali interitu, v. c. si servus legatus ἰδίῳ θανάτῳ, *sua morte*, ut Suet. *in Jul. c. ult.* defunctus sit; sive facto alieno: nisi mora hæredis intervenerit, *l. 3. 6. §. ult. l. 47. §. ult. de leg. 1. l. 23. de verb. obl.* vide in comment.

LEGATARIO DECEDIT] Et hæres liberatur, ut & cæteri debitores; qui certam speciem debent, *d. l. 23.*

SINE FACTO HAEREDIS MANUMISSIS] *l. 35. de leg. 1.* hæc enim manumissio morti proxima est, *l. 32. de solut.*

NEC INTEREST SCIVERIT, &c.] *l. 112. §. eod. 1. l. 28. qui & à quib. man. l. 91. §. 2. de verb. obl.* Ratio est in *l. 25. §. 2. in fin. ad Treb.*

COMMENTARIUS.

1 *Servi alieni, qui legatus sit, manumissione hæredem ita liberari, ut nec æstimationem debeat, & quid si res legata evicta sit.*

2 *Hæredem, qui servum proprium à se legatum vel ignorans manumisit, obligatum remanere:*

& cur nominatim hoc pronuntietur de servo heredis proprio.

HUjus §. doctrina pertinet ad locum communem de liberatione debitorum, quæ contingit interitu rei debitæ. Sic enim in universum jus est, ut rei debitæ interitu, qui sine facto aut culpa debitoris contigit, obligatio extinguatur, ita ut nec ulla æstimationis petitio supersit, *l. si ex legati 23. de verb. obl. l. in ratione 30. §. res tamen 6. ad leg. Falc. l. cum res 47. §. ult. de legat. 1.*

Si res] Id est, res certa, species, seu certum corpus, *l. non amplius 26. §. 1. de legat. 1. d. l. si ex legati de verb. obl. d. l. in ratione §. certis ad leg. Falc.* idque ex prædicato, *perierit*, satis intelligitur, quod in res certas seu species solum cadit. Nam cum res incerta, puta homo generatim, aut centum aurei, legata aut in obligationem deducta est, nunquam dici potest res legata aut alias debita periisse: quoniam omnes homines generaliter & infinitè centum legato aut obligatione continentur: eoque fit, ut in his nullo rerum casu sive hæres sive quis alius debitor liberetur, *d. l. in ratione §. incerta ad leg. Falc. l. incendium C. si cert. pet.* Utrum autem certa species legata sit, an quantitas instar certæ speciei, veluti centum aurei, qui in arca sunt, nihil interest, *d. l. in ratione §. certis l. si certos 37. de verb. obl.*

Sine facto hæredis perierit] Sive naturali interitu, sive facto alieno, puta si servum legatum alius occiderit, *l. arbitrio 18. §. ult. de dol.* Nam si ipsius hæredis facto res periit, non magis id legatario nocere debet, quam cæteris creditoribus, quæ facto debitorum contigerunt. Sed & si res naturali fato perierit, cæterum post moram ab hærede factam, hæredis ad detrimentum erit, *l. cum servus 39. §. 1. de legat. 1.* Certa enim est juris regula, mora interveniente perpetuari obligationem, ut post moram re perempta nihilo secius teneatur debitor, quam si res adhuc extaret, *d. l. si ex legati de verb. obl. l. nemo 82. §. 1. l. si servum 91. §. sequitur. eod. l. 5. de reb. cred.* de quo commodius intra in materia obligationum. Ait, *perierit*. Periisse non tantum res intelligitur, cum in rerum natura esse desiit: verum etiam cum commercio exempta est, *§. 1. & 2. inf. de inut. stip. l. inter. 83. §. sacram. de verb. obl. l. si mihi 92. de solut.*

Legatario decedit] Hoc locis compluribus traditum, *l. non amplius 26. §. 1. l. Titia 36. §. ult. l. cum res 47. §. ult. l. si quis inquilinos 112. §. 1. de legat. 1. d. l. si ex legati. de verb. obl.* atque ut superius diximus, jus est commune omnium debitorum, qui certam speciem debent.

Sine facto hæredis manumissus] Etiam servi alieni legati manumissione hæres liberatur, si nulla ejus culpa argui potest, *l. si hæres 35. de legat. 1. l. si servum 91. §. 1. vers. sin autem de verb. obl. l. si mihi 92. de solut.* ubi Paulus hanc manumissionem ait morti similem esse; scilicet quia manumissione servus commercio eximitur. Quare nec æstimationem præstare hæres tenetur, quam præstare cogitur, cum res adhuc extat, eamque dominus non vult vendere, *§. 4. sup.* Quid si res legata non perempta, sed legatario evicta sit? Et siquidem ex causa pignoris evicta sit à creditore, hæres obligatus manet: nec interest, generaliter res legata sit, an una aliqua specialiter & certa: nam nec illo casu sufficit rem talem dare, qualis est; sed ita dare oportet, ut eam habere liceat, *l. qui concubinam 29. §. pen. de legat. 3. l. si à substituto 45. §. 1. eod. 1.* & hoc casu tenetur hæres rem obligatam nexu pignoris liberare, *§. 5. sup.* Sin autem evicta fuerit à domino, ut res aliena, hic interest, in genere res legata sit, an in specie: nam si in genere, & hæres rem unam aliquam ex eo genere dederit, quæ postea à domino evincatur, non liberabitur, ob eandem scilicet causam, quam modo dixi: si vero in specie, puta Stichus aut Pamphilus, sic distinguendum est, ut si testator eam rem tanquam alienam legaverit, teneatur hæres eam redimere aut æstimationem ejus dare, *§. 4. sup.* si tanquam suam, placet hæredem liberari, modo præstet rem talem, qualis apud testatorem fuit, *l. cum pater 77. §. evictis 8. de legat. 2.*

Hæredis servus legatus, & ipse eum manumiserit] Si hæres servum proprium à se legatum manumiserit, obligatus remanet, & tenetur in ejus æstimationem, perinde quasi occidisset; nec refert, sciverit, an ignoraverit, à se legatum esse, *l. si quis inquilinos 112. §. 1. de legat. 1. l. hæres 28. qui & à quib. man.* quippe etiam manumissione res interire intelligitur; quia desinit esse in commercio: & nemo suo se facto obligatione liberare, alterique damnum afferre potest, *l. quidam 25. §. 2. in fin. ad Sc. Trebell. l. si servum 91. de verb. obl* Quod ergo dicitur, in *d. l. hæres, qui & à quib. man.* hæredem servum proprium, quem testator legaverat, manumittendo nihil agere, ad effectum liberationis, non ad effectum libertatis referendum; ut nihil agere dicatur, quia manumittendo non efficit, quominus obligatus maneat: quod etiam Accurs. observavit. Non obstat huic sententiæ, quod excusatur ignorantia ejus, qui servum indebitum sibi datum manumisit, *l. in summa 65. §. pen. de cond. ind.* nam indebiti condictio, utpote quæ ex bono & æquo introducta est, nihil revocare consuevit, præter iniquum lucrum, *l. pen. eod. tit.* Cur vero Justinianus hoc loco, & Jurisconsulti *d. l. si quis inquilinos §. 1. & d. l. hæres*, nominatim

natim loquuntur de servo hæredis proprio? Nimirum quia hæres servum testatoris à se legatum aut per fideicommissum alteri relictum ne manumittere quidem potest, sicut nec quamvis aliam rem, quam restituere jussus est, alienandi potestatem habet, *l. ult.* §. *2. C. comm. de legat.* Quin etsi sub conditione servus testatoris legatus fuerit, licet pendente conditione pleno jure hæredis sit, placet tamen, libertatem ab hærede consequi non posse, *generaliter 29.* §. *1. qui & à quib. man.* Sed quid est igitur, quod Paulus in *l. si servum 91.* §. *2. de verb. obl.* scribit, Julianum putasse, teneri hæredem, qui, cum nesciret, à se petitum codicillis ut restitueret, manumisit? nam libertate non procedente non potest dici manumisisse. Responsum ipsum Juliani, quod extat in *l. quidam 25.* §. *2. ad sen. Treb.* rem expediet. Non ait Julianus servum hæreditarium ab hærede legatum, aut quem nominatim hæres restituere rogatus est, posse manumissione hæredis liberum fieri: sed posse hæredem, qui hæreditatem restituere jussus est, servum, qui ex ea hæreditate sit, manumittere, ut tamen obligatus maneat, pretiumque servi fideicommissario præstet. Inter quæ multum interest. Nam cum servus hæreditarius certus specialiter legatus est, manifestum est testatorem velle hunc ipsum servum præstari, non æstimationem ejus. At in fideicommisso hæreditatis potest favore alicujus rei, quæ in ea hæreditate sit, alia interpretatio voluntatis recipi, quasi ad sensum testatoris nihil intersit, utrum res ipsa, an æstimatio præstetur.

Sed & si alii donaverit, & is eum manumiserit, &c.] Hæres, qui servum proprium à se legatum alteri donavit, quamvis eum à se legatum ignoret, tamen si is, cui donatus est, eum manumiserit, tenetur in servi æstimationem, *d. l. si quis inquilinos 112.* §. *1. de legat. 1.* Ratio eadem, quæ in specie præcedente; quia facto hæredis accidit, ut servus commercio sit exemptus; quod alteri damnum afferre non debet. Tantum hic non proxima, sed remota causa hæres est.

TEXTUS.

De interitu quarundam ex pluribus rebus legatis.

17. *Si quis ancillas cum suis natis legaverit, etiamsi ancillæ mortuæ fuerint, partus legato cedunt. Idem est & si ordinarii servi cum vicariis legati fuerint; quia licet mortui sint ordinarii, tamen vicarii legato cedunt. Sed si servus fuerit cum peculio legatus, mortuo servo, vel manumisso, vel alienato, peculii legatum extinguitur. Idem est, si fundus instructus, vel cum instrumento legatus fuerit: nam fundo alienato, & instrumenti legatum extinguitur.*

NOTÆ.

17. Idem est, si ordinarii cum vicariis.] Nam vicarii hic non considerantur, ut pars peculii ordinariorum, sed ut eorum conservi, ut & revera sunt, *l. 9. d. t.* itaque etiam in hac specie duo sunt legata separata, *l. 4. d. t.*

Sed si servus cum peculio, &c.] *l. 1. d. t.* Ratio est, quia peculium accessionis locum obtinet, cujusmodi peremta re principali & ipsa extingui solent, *ll. 2. d. t. l. 178. de reg. jur.*

Idem est, si fundus instructus] Quia nec hic duo sunt separata & principalia legata, sed unum rei principalis, alterum accessionis: spectanda tamen mens testatoris, *l. 1.* §. *1. l. 5. de instr. vel instrum. leg.*

COMMENTARIUS.

1 *Si ancilla cum suis natis legata sit, duo intelligi legata separata & æque principalia.*
2 *Idem esse, si servus cum vicariis suis legatus sit.*
3 *Secus, si servus cum peculio, aut penus cum vasis.*
4 *Aut si fundus instructus, vel cum instrumento.*
5 *Paulus cum Justiniano conciliatur.*

HOc §. & *3. seqq.* docetur, quid juris sit, si rei legatæ vivo testatore vel decesserit aliquid, vel accesserit. Si aliquid decesserit, ita jus est, ut neque legatum extinguatur, nisi quod decessit, sit principale, reliquum accessorium; neque hæres teneatur supplere, quod decessit, sed præstatione ejus, quod superest, liberetur. Hæc res quatuor exemplis declaratur; legati ancillæ cum suis natis; servorum ordinariorum cum vicariis, *hoc* §. legati gregis, §. *seq.* legati peculii, §. *20.* Cæterum, ut dixi, ita quod superest, legato cedit, si id quoque principaliter legatum sit, non si ut accessio ejus, quod decessit; nam perempta re principali legatum accessionis extinguitur: quod ostenditur hoc §. exemplo legati servi cum peculio; item fundi cum instrumento legati. Si quid accesserit, placet etiam illud legato cedere: cujus rei tria exempla proferuntur, legati gregis, cui post-

postea adjecta plura capita, §. *seq.* legati ædium, quibus adjectæ columnæ & marmora, §. *19.* legati peculii, cui deinde aliquid accessit, *d.* §. *20.* Late autem hic locus patet. Nam huc etiam pertinent fructus, usuræ, pensiones prædiorum, partus, fœtus, alluvio, insula in confinio nata, & plura alia, quæ hic non tangit Justinianus, *l. 8. l. quod in rerum 24.* §. *1. & 3. l. cum servus* 39. §. 1. *de legat.* 1. *l.* 10. *l. si area 39. de legat. 2. l. sæpe* 16. *eod.* 3.

Partus legato cedunt] *l. si ancilla* 62. *cum l. seq. de legat.* 1. Poterat videri unum hic esse legatum principale, alterum, natorum scilicet, accessorium; quod etiam Servio visum fuit, qui ob id mortua ancilla negabat partum deberi. Sed revera liberi matris accessio non sunt: statim enim ut sunt editi, separatam plane habent existentiam: & ideo rectè Paulus scribit, duo hic esse legata separata, hoc est, æquè principalia, *l. 3. de pec. leg.* & Celsus in *l. si ancillas 63. de legat. 1.* sententiam Servii ut falsam nec voluntati defuncti accommodatam rejicit. Ego quoque sententiam Jo. Fabri & Aretini falsam esse puto, & voluntati testatoris minimè consentaneam, qui existimant, si pecudes cum fœtu legatæ fuerint, morte pecudum legatum fœtus tanquam accessorium extingui.

Idem est, si ordinarii cum vicariis] Hic eadem dubitatio occurrit, quæ in casu præcedenti: nam ut peculium servi accessio est, ita & servi vicarii, qui sunt in peculio ordinariorum, *l. 17. de pecul.* etiam horum accessio videntur; ac proinde his mortuis illos ex legato non deberi. Illud utique certum est, mortuo servo ordinario, qui cum peculio legatus est, peculii legatum ita extingui, ut nec vicarii, qui in
2 ejus peculio sint, debeantur. Et sane fatendum est, servos vicarios accessionis locum obtinere, quatenus considerantur ut pars peculii ordinariorum: cæterum ex se non sunt, sed revera ordinariorum conservi, *l. 9. de pec. leg.* Atque ut tales considerantur in casu proposito, cum diserte cum ordinariis & ipsi legantur, ut hic quoque sint duo legata separata, & vicarii æque principaliter ut ordinarii legati intelligantur, *l. 4. d. tit.*

3 *Sed si servus cum peculio*] Servo legato cum peculio, & alienato vel manumisso, aut mortuo, legatum etiam peculii extinguitur, *l. 1. de pec. leg.* Cur tam varie? quia peculium accessionis locum obtinet: cujus conditionis quæ sunt, extingui solent, cum principales res peremptæ fuerint: ratio reddita à Cajo in *l. 2. d. tit.* Eadem ratione placet, & penu certa cum vasis legata & consumpta, ne vasa quidem deberi, *l. 2. l. 4. in pr. de pen. leg.* Hoc tamen inter peculium & vasa penuaria interest, quod peculium non est simplex & mera accessio, quæ necessario servum sequatur: quippe qui simpliciter servus legatus sit, peculium legato non cedit, *l. si legatus 24. de pecul. leg.* Sed vasa penuria pura puta sunt accessio; & ideo penu simpliciter legata, vasa quoque, sine quibus rectè penus haberi non potest, legato continentur, *l. 3.* §. *ult. l. 4. pr. de pen. legat.*

Si fundus instructus, vel cum instrumento] Exemplum simile proxime præcedenti: ideo enim fundo cum instrumento legato & alienato etiā legatum instrumenti extinguitur; quia hic non sunt duo diversa & separata legata, sed unum rei principalis, alterum accessionis & sequelæ. Nam instrumentum fundi accessio est. Et siquidem sic aliquis legaverit, *fundum cum instrumento,* alienato fundo instrumentum peti non posse semper constitit, *l. 1.* §. *1. l. 5. de instr. vel instrum. leg.* Cæterum an idem sit, si sic legaverit, *fundum & instrumentum,* aut *fundum instructum,* non satis convenit. Labeo *lib. 1. pithan.* putat, inter omnes hasce scripturas nihil interesse, *l. 5. de instruct. leg.* Justinianus quoque hoc loco idem prædicat de legato fundi instructi & legato fundi cum instrumento. Denique & Paulus eadem duo, ut eandem vim habentia, cōjungit, *d. l. 1. in pr. eod. tit.* Verum idem Paulus in notis ad Labeonem *d. l. 5.* hanc scripturam, *fundum cum instrumento,* à cæteris disertè separat, sic ut dicat, ex illa scriptura, fundo alienato, nihil deberi: ex duabus reliquis posse instrumentum esse legatum. Eguinarius Baro existimat, Paulum cum Justiniano nullo modo conciliari posse? Hotomannus etiam secum pugnare, atque ex insita sibi cum Labeone simultate, solo Labeonis redarguendi studio, contrarium respondisse. Verum ego, ut fatear, Paulum eo genere morbi laborasse, eoque correptum aliquando non satis bona fide cum Labeone agere, ut videre est in *l. pen.* § *1. & 2. de acq. rer. dom. l. ult. de usuc.* & fortassis sic etiam Labeonem ab eo tractari; in *d. l. 5.* non arbitror tamen aut secum eum pugnare, aut cum Justiniano. Labeo dixerat, inter superiores scripturas omnes, nihil interesse. Paulus ait, interesse: nam ex hac scriptura, *fundum cum instrumento,* alienato fundo nihil deberi: ex his, *fundum & instrumentum,* vel *fundum instructum,* posse instrumentum esse legatum. Quasi dicat, in hac specie, cum fundus cum instrumento legatus est, tam perspicuum est, testatorem instrumentum, accessionis loco habuisse, ut alienato postea fundo frustra de mente testatoris, quod ad legatum instrumenti attinet, disputetur: quod ipse *d. l. 1.* §. *1. de instruct. leg.* sic expressit, *fundo cum instrumento legato & alienato, instrumentum non vindicabitur ex sententia defuncti.* Cum autem fundum & instrumentum, aut fundus instructus, legatus est, licet regulariter etiam utroq; hoc casu legatum instrumenti pro accessorio habeatur, eoque alienato fundo legatum instrumenti

strumenti evanescat: tamen quia mens testatoris hic non tam plana ac perspicua est, quam in specie superiore, ideo admitti posse quæstionem voluntatis, & tentari fundo alienato nihilominus instrumentum, tanquam separatim atque æquè principaliter legatum, ex sententia testatoris deberi, eoque probato legatarium vincere. Non pugnat igitur secum Paulus, cum in *d. l. 1. in pr. ait*, sive cum instrumento fundus legatus sit, sive instructus, duo legata intelligi: nam in illa specie alterum semper accessorium est, in hac potest utrumque esse principale. Sed nec cum Justiniano; quippe qui quod regulare est, hic tantum proposuit: quod & fecit Labeo *d. l. 5.* quem idcirco explicari potius à Paulo, quam taxari oportuit. Ad hunc fermè modum hæc quoque componunt *Cujac. Wesemb. post Cart. in d. l. 5. aliter l. 30. ibid. Mynf. Balduin. hic.* Quanto plenius sit legatum fundi instructi, quam fundi cum instrumento, docet Ulpian. *l. quæsitum 12. §. supellex 15. & §. sed si fundus 27. cum seqq. de instruct. vel instrum. legat.*

Textus.

De grege legata.

18. Si grex legatus fuerit, & postea ad unam ovem pervenerit, quod superfuerit, vindicari potest. Grege autem legato etiam eas oves, quæ post testamentum factum gregi adjiciuntur, legato cedere Julianus ait. Est autem gregis unum corpus ex distantibus capitibus: sicut ædium unum corpus est ex cohærentibus lapidibus.

NOTÆ.

18. Si grex legatus, &c. quod superfuerit vindicari] Quamvis grex esse desierit, quæ ratio est dubitandi, *l. 22. de leg. 1.* Sed nimirum qui gregem legat, etiam singula capita, quæ in eo grege sunt, ut partes totius, legare intelligitur, per *l. 113. de reg. jur.* Aliud juris est in legato usufr. gregis, *l. ult. quib. mod. us. am.* quia ususfructus rei mutatione extinguitur, *v. sup. §. pen. de usufr.*

Unum corpus] De generibus corporum vid. *l. 30. de usurp. & usuc.*

COMMENTARIUS.

1 *Ratio dubitandi circa priorem speciem hujus §. & cur non idem in legato usufructu gregis, remissivè.*

2 *Ratio exempli posterioris.*

1 Grege legato, si numerus ovium decreverit, tamen quæ supersunt, capita debentur, etiamsi unica tantum ovis reliqua sit, *l. si grege 22. de legat. 1.* quo loco Pomponius etiam dubitandi causam significat: quæ hæc esse poterat, quod rei legatæ interitu legatum extinguitur, *§. si res 16. sup. eod.* Etenim grex etsi neque accretione neque decretione mutetur, sed idem maneat; *l. si cum 21. §. 1. de exc. jud.* tamen ubi decrevit usque ad numerum minorem decem, interiisse censetur, quia iste numerus gregem non constituit, *l. ultim. de oblig. l. ult. quib. mod. us. am. vid. l. 65. §. 1. de leg. 2. Fabrot. ad Th. h. l. 79. de leg. 3.* Gregem autem legavit testator, non separatim singula capita, quæ aliud sunt, quam grex, *l. 1. in fin. de rei vind.* Dicendum est, eum, qui gregem legat, omnia capita, quæ in eo grege sunt, legare intelligi; atque ideo quicquid ex grege superest die legati cedente legatario deberi. Licet enim capita, quæ supersunt, pauciora sint, quam ut per se gregem constituant: tamen quotquot supersunt, pars sunt aut fuerunt illius gregis, qui legatus est; ac proinde etiam legato continentur, *l. in toto 113. de reg. jur.* Nam nec area insula est: & tamen si in insula legata combusta sit, responsum est, aream adhuc vindicari posse, *d. l. si grege.* Nimirum quia area pars est aut fuit rei legatæ, id est, insulæ, *l. qui res 98. §. aream, de solut.* Nec est contrarium, quod traditur, in *l. ult. quib. mod. us. am.* usumfructum gregis legatum, si in eum numerum pecus reciderit, quo grex constare non potest, perire. Aliud enim longe juris est in legato gregis, aliud in legato usufructu gregis. Diversitatis rationem alibi diligenter exposui sub *§. pen. sup. de usufr.*

Ad unam ovem] Quamvis enim unica hæc ovis gregem non constituat, id est, universitatem multorum capitum; est tamen unum ex capitibus illis, quæ gregem constituebant; ac proinde pars rei legatæ, *vide & l. peculium 63. §. 1. de leg. 2. l. si chorus 79. eod. Fabrot. ad Theoph. hic.*

Post testamentum gregi adjiciuntur] Exemplum contrarium, cum rei legatæ vivo testatore aliquid accessit. Cui grex legatus est, ad eum etiam omnia capita pertinent, quæ postea gregi adjecta sunt, *l. grege 21. de legat. 1.* Ratio est, quia testator non illum gregem, quantus tunc erat, sed plane quantuscunque erit, cum dies legati cedet, legasse intelligitur. In summa grex legatario crescit & decrescit. Eademque ratio legati armenti & equitii. 2

Unum corpus ex distantibus capitibus] Ut ædium, sic etiam gregis unum corpus est: verum illud συνημμένον, id est, *connexum*, atque ex pluribus partibus inter se cohærentibus constans; hoc διεστώς, *disjunctum*, constans ex pluribus corporibus distantibus, ut populus, legio, collegium, *l. in rem. 23. §. item quacunque 5. de rei vind. l. rerum 30. de usuc.*

TEXTUS.

De ædibus legatis.

19. *Ædibus denique legatis, columnas & marmora, quæ post testamentum factum adjecta sunt, legato dicimus cedere.*

COMMENTARIUS.

Si area legata domus imposita sit, superficiem simul cum solo deberi. Et quid si res legata in aliam speciem mutata sit.

1 ALiud exemplum augmenti rei legatæ. Per columnas autem & marmora quælibet additamenta intelligenda sunt, *l. cætera 41.* §. *item 9. & seqq. de legat. 1.* Sed & si areæ legatæ domus imposita sit, placet domum, hoc est, & solum & superficiem deberi, ut diserte traditum est in *l. si area 39. de legat. 2. & l. si servum 44.* §. *si area 4. de legat. 1.* ubi hæc quidem additur exceptio, nisi testator mutavit voluntatem: sed exceptio illa confirmat, solo eo facto testatorem voluntatem mutasse non videri; ac proinde in dubio aream cum superficie deberi. Quippe cui superficies etiam alias jure accessionis cedit; ut res aucta potius, quam mutata videatur, §. *cum in suo 29. & seq. sup. de rer. div. l. qui res 98.* §. *ult. vers. non est de solut.* Non est contrarium, quod apud Cajum scriptum est, si domo, quæ legata erat, destructa aliam eodem loco testator ædificaverit, legatum non deberi, *l. si ita legatum 65.* §. *ult. de legat. 1.* quia destructione rei legatæ legatum interit, veluti si domum legatam testator diruat, navem legatam dissolvat, *l. lana 88.* §. *2. de legat. 3.* Nova autem domus non debetur, quia non intelligitur legata; nisi aliud testatorem sensisse fuerit approbatum. Magis obstat locus Celsi in *l. si chorus 79.* §. *pen. de legat. 3.* & omnino adversatur, nisi hæc Celsi verba, *quanquam tunc peti non poterat,* per concessionem accipiantur. Ut sit hic sensus: quamvis ponatur is casus, quo tunc, id est, stante ædificio legatum peti non potuit, uti non potest, cum constat testatorem sic ædificasse, ut nollet domum deberi; quæ exceptio est *d. l. servum 44.* §. *si area, de legat. 1.* tamen nunc, id est, ædificio destructo, posse aream peti: quia mutatio voluntatis tantum in eo fuit, ne domus deberetur, ita *Duar. ad l. 8. de legat. 1. Don. 8. comm. 17.* Quod si res legata in aliam speciem mutata fuerit, si quidem ea species ad pristinam materiam redire non potest, veluti si ex marmore statua, ex lana legata vestis, ex materia legata navis facta sit, legatum intercidit, *l. quæsitum 78.* §. *illud 4. d. l. lana, pr. & §. 1. de legat. 3.* Si vero species, in quam res translata est, in suum initium redigi potest, veluti si massa legata, scyphi ex ea facti sint, placet consistere legatum, atque in hujusmodi materiam prævalere, *d. l. quæsitum,* §. *illud, d. l. lana,* §. *ult. fac.* §. *cum ex aliena 25. sup. de rer. div.* nisi tamen aut hic hæres probet testatorem à legato recessisse, aut illic legatarius probet non recessisse; quomodo accipi debet Ulp. in *d. l. servum,* §. *si pocula, de legat. 1.* adi *Don. d. cap. 17. Cujac. 5. ad African. in l. qui usumfructum 36. de usur. & 23. obs. 22.*

TEXTUS.

De peculio.

20. *Si peculium legatum fuerit, sine dubio quicquid peculio accedit, vel decedit vivo testatore, legatarii lucro vel damno est. Quod si post mortem testatoris ante aditam hæreditatem aliquid servus acquisierit, Julianus ait, siquidem ipsi manumisso peculium legatum fuerit, omne quod ante aditam hæreditatem acquisitum est, legatario cedere; quia hujusmodi legati dies ab adita hæreditate cedit: sed si extraneo peculium legatum fuerit, non cedere ea legato, nisi ex rebus peculiaribus auctum fuerit peculium. Peculium autem, nisi legatum fuerit, manumisso non debetur: quamvis, si vivus manumiserit, sufficit, si non adimatur: & ita divi Severus & Antoninus rescripserunt. Iidem rescripserunt, peculio legato non videri id relictum, ut petitionem habeat pecuniæ, quam in rationes dominicas impenderit. Iidem rescripserunt, peculium videri legatum, cum rationibus redditis liber esse jussus est, & ex eo reliqua inferre.*

NOTÆ.

SUFFICIT, SI NON ADIMATUR] Hoc enim ipso, quod dominus peculium apud jam liberum factum manere patitur, non obscure id ei donat, l. 53. *de pecul. l. un. C. de pec. ejus, qui lib. mer.*

QUAM IN RATIONES DOMINICAS] Hoc ideo,

ideo, quia quod dominus servo debet, verum debitum non est; quamvis peculium augeat, *l. 6. §. 4. de pec. leg. 7. §. pen. de pecul.*

COMMENTARIUS.

1 *Cujus lucro vel damno sit, quod peculio legato vivo testatore accedit aut decedit.*

2 *Cur placeat, si servo manumisso peculium legatum sit, etiam quod post mortem testatoris ante aditam hereditatem extrinsecus accesserit, legato cedere: si extraneo, non item.*

3 *Explicatur l. 8. §. ult. de pecul legat.*

4 *Cur servo testamento manumisso peculium non debeatur, nisi legatum sit: inter vivos manumissum sequatur, nisi ademptum fuerit.*

5 *Legato peculii non contineri, quod servus domino expensum tulit.*

6 *Peculium legatum videri ei, qui rationibus reliquisq; redditis liber esse jussus est.*

Multa ex hoc §. discimus. Primum, cujus lucro vel damno cedat augmentum vel deminutio peculii legati: deinde servo, qui peculium habet, manumisso, quem peculium sequatur: tum legato peculii an contineatur, quod expensum in rationes dominicas: postremo, qui rationibus reliquisque redditis liber esse jussus est, an peculiũ ei legatum intelligatur.

Accedit vel decedit vivo testatore] Peculium est instar universi alicujus patrimonii, in quo sunt corpora & nomina ac jura, seu credita & debita. Passim *tit. de pecul.* unde fit, ut facile & deminutionem & incrementum recipiat, *l. peculium 65. pr. de legat. 2.*
1 Papyrius Fronto dicebat peculium simile esse homini: quippe nasci, crescere, decrescere, mori, *l. peculium 40. de pecul.* Ait, *vivo testatore.* Neque hic distinguitur, utrum ipsi servo manumisso peculium legatum sit, an extraneo; neque etiam utrum ex rebus peculiaribus auctum sit peculium, an extrinsecus. Ratio est, quia quamdiu testator vivit, nullo casu dies legati cedit, id est, nihil dum deberi intelligitur.

Quod si post mortem testatoris, &c.] Si post mortem testatoris ante aditam hæreditatem auctum fuerit peculium, hic interest, ipsi servo manumisso peculium legatum sit, an extraneo; deinde si extraneo, utrum auctum sit peculium ex rebus ipsis peculiaribus, puta ex partu ancillarum, vel fœtu pecorum; an quid aliunde peculio accesserit, puta ex operis aut quæstu servi, ex donationibus aut legatis. Si ipsi servo manumisso peculium legatum sit, placet, omne augmentum legato cedere: si extraneo, incrementa ex rebus peculiaribus duntaxat; cætera non deberi, sed ad hæredem pertinere, *l. 8. §. ult. de pec. leg. & hoc nostro text.* Rationem diversi juris mox audiemus.

Quia hujusmodi legati dies ab adita hæreditate cedit] Ratio cur placeat in casu, quo ipsi servo peculium legatum est, etiam id, quod jacente hæreditate ex operis ejus vel ex alia re non peculiari accedit, ipsius lucro esse. Unde quoque simul intelligimus, cur in casu opposito penes hæredem illud maneat. Nimirum sic in universum jus est, ut cum quæritur, quantum sit in legato, id tempus inspiciatur, quo dies legati cedit, *l. 8. §. ult. de pecul. leg.* id est, cum res legata deberi incipit, *l. cedere 213. de verb. sign.* neque enim ante ad legatarium quicquam pertinere potest. Proinde si ante diem legati cedentem quovis modo auctum fuerit legatum, etiam augmentum illud legatario debetur: si post diem cedentem; id solum, quod res ipsa ex se producit. Jam vero quando ipsi servo manumisso peculium legatum est, tam peculii legati, quam libertatis dies ab adita demum hæreditate cedit, *l. 7. in fin. cum l. seq. quand. dies legat.* quando autem extraneo; cedit statim à morte testatoris, sicut in cæteris omnibus legatis, exceptis conditionalibus & quæ ad hæredem non transeunt, *l. 2. cum 3. seqq. d. tit. l. un. §. in novissimo 5. & §. seq. C. de cad. toll.* Consentaneum igitur omnino est, ut peculium legatum servo crescat, eumque sequatur cum omni augmento usque ad aditam hæreditatem: extraneo, augeatur quovis quidem modo usque ad tempus mortis testatoris; cæterum quod jacente hæreditate extrinsecus accedit, hæredis lucro fit. Quod tamen diximus, peculii legati diem extraneo cedere ex mortis testatoris tempore, ei aperte adversatur, quod ex Juliani sententia Ulpianus in *l. denique 8. §. ult. de pecul. legat.* scribit, si ipsi servo peculium legetur, *tempus spectandum, quo dies legati cedit:* si vero extraneo, *mortis tempus.* Ergo in extraneo mortis tempus, non est illud, quo dies legati peculii cedit. Paucissimi sunt interpretes, qui hoc animadverterunt: & tamen locus iste cum aliis omnibus, quibus pro certo jure traditur diem legati cedere à tempore mortis testatoris, tam manifeste pugnat, ut sine incusatione Compilatorum pugna hæc sedari non possit. Quid ergo dicimus? Nimirum Ulpianum cum Juliano respondisse secundum jus suorum temporum, & senatusconsulta, quæ circa legem Papiam facta sunt, ex quibus dies legatorum non à morte testatoris, sed ab apertura tabularum cedebat, *d. l. un. §. 1. C. de cad. toll.* Quam ob causam etiam aliam hujus differentiæ rationem afferunt, petitam à conjectura voluntatis testatoris. Id vero antiqui juris vestigium oculos ac manus consarcinatorum fugisse. 3

Nisi ex rebus peculiaribus] Puta ex partu peculiarium ancillarum fœtuve pecorum, *d. l. 8 §. ult. de pecul. leg.* Hoc enim cum accedit, ipsum peculium ex se augetur atque amplificatur; ut hujusmodi aug-

gmentum etiam post diem legati cedentem contingens merito legatarium sequatur, *arg.* §. *item ea 19. sup. de rer. div.* l. *6. de acq. rer. dom.*

Peculium autem nisi legatum, &c. quamvis si inter vivos] Servo testamento manumisso peculium, nisi nominatim ei legatum fuerit, non debetur, *l. si legatus 24. de pec. leg.* At eum, qui inter vivos manumittitur, placet peculium sequi, si non adimatur, *l. si Stichum 53. de pecul. l. un. Cod. d. pecul. ejus qui lib. mer.* Quæritur ratio differentiæ. Glossa ex Joanne hanc affert, quod inter vivos manumissus operas patrono debeat, in quarum compensationem peculium ei relictum credendum sit: libertus autem Orcinus neque hæredi neque ulli alii operas præstare teneatur. Schneidevvinus ex Jo. Fabro hanc, quod dominus servum, quem inter vivos manumittit, majori affectione prosequatur, quam quem testamento; ac proinde etiam majorem erga illum exercere intelligatur liberalitatem, quam erga hunc, cui libertatem in id tempus confert, quo rebus suis amplius uti non
4 potest. Hinc esse, quod plus mereri dicatur, qui vivens dat eleemosynam, quam qui moriens, &c. Sed quid nodum in scirpo quærimus? Peculium servo vindicta, verbi causa, manumisso relictum, eum neque ut compensatio operarum sequitur; quippe quas etiam adempto peculio præstaret; neque quia major putatur esse affectio domini erga servum, quem vindicta, quam quem testamento manumittit: licet enim hoc verum sit, tamen cum morientes longe simus liberaliores, quam viventes & adhuc valentes, liberalior quoque ac prolixior interpretatio convenit voluntati morientium, quam viventium, *l. in testamentis 12. de reg. jur.* Denique & cum testamento & cum vindicta servus manumittitur, manumissio ipsa præter libertatem nihil ei tribuit: est enim manumissio non peculii datio, sed libertatis. Sed quod vindicta manumissum peculium sequi placet, si id ei non adimatur; hanc rationem habet, quod duplex in tali casu donatio est; una expressa, libertatis; altera tacita, minime tamen obscura, peculii. Etenim cum dominus manumisso peculium non adimit, sed id eum jam libertum sibi habere permittit, hoc ipso non obscure id ei donat ac concedit, cum si donatum nollet, posset adimere. Hoc vero in manumissum testamento quadrare non potest, qui non nisi post mortem testatoris libertatem consequitur, hoc est, eo tempore, quo qui libertatem dedit, peculium liberto relinquere non potest: & quia cum poterat, nominatim non reliquit, ideo id apud hæredem suum cum cætero jure manere voluisse censetur, *fac. d. l. Sticho 53. de pecul. d. l. un. de pecul. ejus qui lib.*

5 *Petitionem pecuniæ, quam in res dominicas*] Quamvis quod servus domino expensum tulit, id est, quod ei dominus debet, peculium servi augeat, veniatque in actionem de peculio; *l. 7. §. pen. de pecul.* tamen quia verum debitum non est, nec ex ea causa actio servo competere potest, placet peculio legato id non contineri, *l. 6. §. sicut 4. de pecul. leg.* Quin etiam responsum est, si servo inter vivos manumisso peculium ademptum non sit, ac proinde concessum, tamen eum debitores peculiares convenire non posse, nisi mandatis sibi actionibus, *d. l. Sticho 53. de pecul.* adeoque verum videtur, quod Theophilus scribit, peculio legato, *τὰ ἐν προχείρῳ ὄντα καὶ ἐν ἑτοίμῳ, quæ in promptu & in parato sunt,* duntaxat dominum legasse censeri.

Et ex eo reliqua inferre] Ex eo solo, quod quis servum suum liberum esse jussit, si rationes reddidisset, peculium ei legatum defendi non potest: nam nec si vetuisset testator rationes ab eo exigi, peculium ei legatum censeretur, *l. dominus 23. §. 2. de pec. leg.* Cæterum si rationibus redditis reliqua, id est, quæ pu- 6
tatis rationibus domino eum debere compertum fuerit, de peculio solvere, aut certam summam hæredibus inferre jussus sit, ei quod in peculio superest, legatum intelligitur, *l. 8. §. interdum 7. d. tit.* Nam qui servum ex peculio, quod debet, aut partem peculii inferre jussit, non potest non videri de cætero aliter sensisse, *per l. quæsitum 12. §. idem respondit 43. vers. denique Neratius, de instruct. vel instrum. legat.*

TEXTUS.

De rebus corporalibus & incorporalibus.

21. Tam autem corporales res legari possunt, quam incorporales: & ideo quod defuncto debetur, potest alicui legari, ut actiones suas hæres legatario præstet; nisi exegerit vivus testator pecuniam. Nam hoc casu legatum extinguitur. Sed & tale legatum valet; Damnas esto hæres meus domum illius reficere: *vel* illum ære alieno liberare.

NOTA.

ACTIONES LEGATARIO PRAESTET] *d. l. 44. §. 6. d. l. 75. §. 2. eod. t.* Sed & non expectata cessione actionum directarum utilibus suo nomine experiri potest, *l. 18. C. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Legato nominis quid contineatur.*

2 *Extingui hoc legatum, si dum vivit testator, debitum exactum fuerit, aut etiam ultro solutum: & quare.*

3 *Admitti tamen hic probationem non mutatæ voluntatis ex facti circumstantiis.*

4 *Quid juris, si cum debitum peti cœptum esset, testator inter moras judicii, aut nondum facta solutione, decesserit.*

5 *Etiam facta legari posse, ut qui jussus est facere, parere debeat: & quibus conditionibus.*

CONcludi hic videtur locus de rebus, quæ recte leguntur. Duo autem sunt, quæ hoc §. docemur. Unum est, posse legari tam res incorporales, quam corporales. In textu trajectio est. Alterum, non solum res, quæ proprie & specialiter ita dicuntur, legari posse, sed etiam facta.

Quam incorporales] Non modo res corporales, ut fundus, ædes, homo, vestis, aurum, argentum, pecunia numerata, &c. legari possunt: sed etiam incorporales, ut usus, ususfructus, servitutes prædiorum, pars hæreditatis aut bonorum liberatio, actio seu nomen debitoris. Et hoc est, quod Jurisconsultus ait, & corpora omnia & jura & servitutes legari posse, *l. cætera 41. in pr. de legat. 1.* Quid usu, usufructu, quid servitute legata legato contineatur, explicatur propriis *tit. in π.* quid legata parte hæreditatis, *l. 8. §. ult. de legat. 2. l. mulier 22. §. ult. ad sen. Treb.* quid parte bonorum, *l. 9. de legat. 2. l. non amplius 26. §. 2. l. si quis 23. de legat. 1.* De liberatione legata, & quid eo legato contineatur, diximus sup. *§. si quis debitori 13.* agiturque de eo item tit. proprio in *π.* Hic de legato nominis agendum est.

Quod defuncto debetur, potest alicui legari] Quod mihi debetur, & debitori meo recte lego, legatum dicitur liberationis, & tertio alicui. Veluti, *Centum, quæ mihi Sejus ex causa mutui debet, Titio do, lego, l. si sic legatum 75. § 1. & 2. l. non quocunque 82. §. pen. de legat. 1.* estque id legatum, quod passim nominis appellatur, *l. servum 44. sed etsi 6. de legat. 1. l. 11. §. ergo 13. l. nomen 34. l. qui chirographum 59. de legat. 3. l. ex legato 18. C. de legat.* Qui chirographum legat, debitum quoque seu nomen aut actionem legare intelligitur, non tabulas solum, *d. l. servum, §. eum 5. de legat. 1. d. l. qui chirographum, eod. 3.*

Ut actiones legatario præstet] Legato nominis
1 nihil amplius continetur, quam ut actiones suas hæres præstet, *d. l. servum, §. sed & si, d. l. si sic legatum, §. 2. l. legatum 105. de legat. 1.* Ex quo intelligere possumus, nomine legato neque pecuniam ab hærede posse exigi, neque periculo ejus nomen esse; sed cessione actionum, licet inanium, si forte debitor solvendo non sit, hæredem defungi: tum etiam nullum esse tale legatum, si nihil debeatur, & vel eo etiam casu, quo certam quantitatem testator expressit, veluti si dixerit, *Decem, quæ mihi Sejus debet, Titio lego, d. l. si sic legatum, §. 2.* Atque olim quidem sive nomen legatum fuerat, sive venditum aut donatum, nulla actio legatario venditori aut donatario prodita erat, qua suo nomine cum debitore experirentur; sed expectandum iis erat, donec hæres aut creditor actiones suas mandaret: quibus mandatis, non suo, sed mandantis nomine, & procuratores in rem suam experiebantur. Postea vero his utiles actiones adversus debitores tribui cœperunt, quas suo nomine, non exspectata cessione directarum, exercerent, *l. ex legato 18. C. hoc tit. l. 5. & l. 7. C. de hæred. vel act. vend. l. si cum 16. in pr. de pact.* Quod ideo videtur constitutum esse, quia cessio actionum sæpe protrahebatur: & interdum nec cedi actio potest, ut in specie *l. 1. C. de obl. & act.*

Nisi exegerit testator pecuniam] Nominis legatum ita demum effectum habet, si debitum à vivo testatore exactum non fuerit; cæterum si testator post factum testamentum pecuniam à debitore exegerit, legatum extinguitur, teste Ulp. *d. l. si sic legatum, §. 2. de legat. 1.* Quod hic confirmat Justinianus. Ratio hujus rei est, quia testator exacto debito, quod legaverat, ademisse legatum videtur; quemadmodum & ille, qui rem legatam postea alienavit, *l. fideicommissa 11. §. si rem 12. & seq. de legat. 3.* Quin alia etiam ratione, eaque fortiore id hic efficitur, quam ubi res legata postea alienatur. Nam res tametsi alienata est, durat, legatumque consistere potest, licet res aliena facta sit: at cum nomen exactum est, extinguitur ipsa substantia debiti, ἡ οὐσία τοῦ χρέους, hoc est, illud ipsum, quod legatum est, perimitur, ne frustra desideraturus sit legatarius actiones sibi ab hærede præstari, quæ nullæ supersunt. Hæc differentiæ ratio indicatur, *d. l. fideicommissa, §. ergo 13. & d. l. si sic legatum, §. 2.* nec absimile est, quod traditur, in *l. 7. §. liberatio, de lib. leg.* legatum liberationis evanescere, si dum vivit testator, debitum exactum fuerit. Sed & si ultro, quod debebatur, solutum est, vel acceptilatione aliave qualibet ratione debitor liberatus, legatum nominis, sicut & liberationis, extinguitur, *l. si id 21. de lib. leg.* Enimvero 3
etiam hic admittitur probatio non mutatæ voluntatis ex facti circumstantiis, *l. pen. §. ult. de adim. leg.* Finge, ideo nomen exactum esse, quia forte debitor ad inopiam vergebat, & pecuniam pro deposito testatorem habuisse; poterit legatum aut fideicommissum peti, quasi non hoc animo testator debitum exegerit, ut legatum adimeret, *d. l. fideicommissa, §. ergo.* Petetur autem hoc casu legatum recta ab hærede: nam frustra etiam hic legatarius ageret cum hærede, ut actiones sibi cedantur. Quippe quæ debitore liberato nullæ supersunt. Similiter si debitor ultro pe-

pecuniam obtulit, & acceptam item pro deposito testator habuit, placet legati aut fideicommissi petitionem superesse, quasi voluntate non mutata, *d.* §. *ergo, l. fideicommissa.* Exigi vero etiam in hoc casu videtur, ut in deposito sit habita pecunia: secus autem esse, si ut in solutum data, ita simpliciter in solutum accepta sit, *arg. d. l. fideicommissa,* §. *ergo, d. l. si ia 21. de lib. leg.* ubi simpliciter Jurisconsultus respondet, solutione debiti extingui legatum nominis. Glossa tamen distinguendum putat inter debitorem, qui ultro solvit, & qui à creditore conventus: quam distinctionem Schneidevvino probari video. Ait, *nisi exegerit.* Quid ergo, si cum pecunia peti cœ-
4 pta esset, testator inter moras judicii, aut etiam post sententiam nondum facta solutione decesserit? *Bartol. in l. nepoti .6. de instruct. vel instrum. leg.* eumque secuti *Angel. & Mynſ. hic.* putant, eo casu petitionem legati superesse, nec intelligi ademptum legatũ, quamdiu res non desiit esse plane integra. Et v. si rem legatam vendidisset testator, eaque nondum tradita decessisset, legatum pro extincto non esse habendum probat textus in *l. prædia* 27. §. *liberto 3. de instruct. vel instrum. leg.* Quod etiam nobis videri supra diximus in § *si rem.* 12. Sed non sunt hæc prorsus similia. Et alienatio rei legatæ non necessaria, & petitio debiti, argumenta sunt mutatæ voluntatis. Cæterum nuda venditio seu quæ traditione consummata non est, pro alienatione non habetur, quod effectum attinet ademptionis; ideo scilicet, quia traditio arbitrii venditoris ejusdemque testatoris est, qui rei dominio, qnod transferre poterat, retento, & maxime si nec pretium acceperit, non videtur protinus legatum ademptum voluisse. Non debet autem legatario prodesse, quod moras nectit debitor, aut judex sententiam differt. Adde quod actio in judicium deducta consumitur, licet nova nascatur judicati. Nihil sane pro Bartoli sententia facit *d. l. 6. de instr. leg.* Nam in specie illic proposita vel maxime debetur, quod exactum est, idque pro confesso sumitur: sed dubitatur, an si debitor condemnatus vivente testatore non satisfecit, etiam ejus petitionem legatarius habeat, quod ex sententia judicis debitum nec dum solutum est, propter verba legati: *Quod meum erit.* Quibus testator usus proponitur.

5 *Damnas esto hæres domum illius reficere*] Etiam facta, ut diximus, recte legantur aut in fideicommissum deducuntur. Id est, damnari potest hæres, aliusve, qui testamento obligari potest, rogari, ut aliquid in gratiam alterius faciat, vel non faciat; & qui jussus aut rogatus est, parere debet; modo ne quod fieri scriptum est, contra jus vel bonos mores sit, *l. si quis* 112. §. *pen. de legat.* 1. aut æstimationem non recipiat, veluti si hæres liberos suos emancipare jussus sit, aut extraneum aliquem adoptare, *l. filiusfam.* 114. §. *sed si 8. de legat.* 1. *l. uxorem* 41. §. *ejus hæres 8. de legat.* 3. junge tamen *l. si cui 92. de cond. & dem.* Facere jubetur hæres & licite in exemplis hic propositis, cum damnatur domum alicujus reficere, vel aliquem ære alieno liberare, & similibus, veluti si jubeatur alteri domum vel monumentum extruere, aut fundum vendere, *l. mortuo 49.* §. *ult. de legat.* 2. *l. si cui 49.* §. *antepen. & seqq. eod.* 1. *l. fideicommissa,* §. *ult. eod.* 3. *Paul.* 3. *sent.* 6. Non facere, veluti si vetetur fundum aut domum aliamve rem alienare extra familiam, *d. l. filiusfam.* § *cum pater* 15. *de legat.* 1. *l. peto* 69. §. *fratre* 3. *eod.* 2. Plane si id, quod fieri jussum est, ad nullius utilitatem pertineat, veluti si testamento quid vetitum alienari, nec causa expressa sit, & persona ignoretur, propter quam testator id fieri velit, placet scripturam, quasi nudum præceptum contineat, nullius momenti esse, *d. l. filiusfam.* §. *Divi* 14. *l. pater* 38. §. *Julius, l. Lucius* 93. *in pr. de legat.* 3. Ejusdem generis sunt, quæ à Papiniano dicuntur ineptæ defunctorum circa sepulturam voluntates, veluti ut vestes aut ornamenta in funus impendantur, *l. servo* 113. §. *ult. de leg.* 1. *l. ult. de aur. leg.*

TEXTUS.
De legato generali.

22. Si generaliter servus, vel res alia legetur, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit.

NOTÆ.

12. SI GENERALITER] Valet legatum generis cum corpora ei subjecta sunt uniusmodi, eadem forma interna & natura constant, veluti si homo, equus aut bos legetur: alias inutile est, v. c. si animal legatum sit. Sed & si domus legata sit aut fundus, nec fundum ullũ aut domum testator habeat, magis derisorium, quam utile legatum est, *l. 69.* §. *4. de jur. dot.* fac. *l. 71. de leg. 1.* nimirum quia ista certam determinationem à natura non habent, & nimium quam utilitate distant, *l. 24.* §. *2. eod. 1.*

ELECTIO LEGATARII EST] *l. 108.* §. *2. eod. 1. l. 2.* §. *1. de opt. leg.* ut & in rebus disjunctim legatis, *l. 34.* §. *pen. eod. 1. l. 23. eod. 2.* Aliud est in contractibus, §. *33. vers. Huic autem inf. de act. l. 10. in fin. de jur. dot.* Neque enim tam largam contractus, quam ultimæ voluntates interpretationem recipiunt, *l. 12. de reg. jur.* Non est autem electio hæc plane libera, v. *l. 37. de leg. 1.*

ALIUD TESTATOR DIXERIT] Aut sermonem ad hæredem direxerit, ut in formula legati damna-

minationis; nam per exæquationem legatorum nihil derogatum voluntati testatoris, §. 2. *sup. eod.* Wes.

Commentarius.

1 *Quid prudentibus sit genus, quid species.*

2 *Definitionem hujus §. ad genera summa aut subalterna non pertinere, sed tantum ad genus infimum; nec tamen aliter, quam si species huic generi subjectæ certam à natura habeant determinationem.*

3 *Si res generi legato subjectæ natura determinatæ non sunt, legatum inutile esse, nisi testator res ex eo genere habeat: & num hoc etiam in fundo simpliciter legato obtineat.*

4 *Ubi utile est legatum generis, regulariter electionem esse legatarii.*

5 *Vetus & speciosa inter genera legatorum circa potestatem eligendi differentia.*

6 *An istius differentiæ ratio adhuc habenda postquam legatorum omnium una cœpit esse natura.*

7 *Quibus casibus hæredis sit electio, etiamsi testator id non expresserit.*

8 *Electionem in casu nostro non esse usquequaque liberam: & quid hic jure patrio.*

1 INsignis hic locus est, & difficilis. Illud primo notandum, genera à nostris dici ea omnia quæ sub appellatione communi plures res huic appellationi subjectas continent, etiam ea, quæ plerique Dialecticorum species esse ajunt, genera esse negant; cujusmodi sunt, verbi causa, homo, equus, bos: species autem nostris esse, quæ Dialectici vulgo vocant individua, & non esse species contendunt, ut Stichus, hic equus, hic bos. In quo nostri communem usum loquendi sequuntur; veluti cum dicunt, in mutuo recipi non eandem speciem, sed genus; pro quo in scholis dicerent, non idem numero, sed idem specie. Quinetiam ex sententia quorundam philosophorum revera quæ de individuis prædicantur, genera sunt, scilicet infima, individua ipsa species, nempe specialissimæ; atque adeo ab ipso etiam Aristotele sic appellantur, ut videre est *l. 2. philos. cap. 3. & lib.*
2 *4. cap. 4. item lib. 1. de part. animal. cap. 4.* Deinde non omne legatum generis valere. Interpretes primum & recte hinc removent genera summa & subalterna, veluti si quis substantiam, corpus, aut animal simpliciter leget: quia in his ea est infinitas generis, ut rem levissimam ex eo genere, & vel minimam de mundo, ut loquuntur, hæres præstando liberaretur. Dein in genere infimo, quod, uti diximus, in scholis est infima species, recte distinguunt inter res huic generi subjectas, ut, si tales sint quæ certam determinationem habeant à natura, ut homo, equus, bos, earum rerum generaliter relictarum legatum valeat, *l. 13. l. legato 37. in pr. l. si servus 108. §. 2. de legat. 1. l. hæredes 25. §. si incerto 17. fam. ercisc.* Si vero natura determinatæ non sint, ut fundus & domus, 3
(quippe quæ non natura, sed destinatione hominis constituuntur, *l. 24. §. quod si, de legat. 1. l. locus 60. de verb. sign.*) in eo omnes consentiunt, ut si testator nullas ædes aut fundos habuerit, ex simplici harum rerum legato nihil debeatur, magisque derisorium tale legatum sit, quam utile, *l. si domus 71. de legat. 1. l. cum post 69. §. gener. de jur. dot. l. ita stipulatus 115. in pr. de verb. obl.* utpote quod à superiore nihil aut parum utilitate distet; aut, quod magis puto, quia his rebus simpliciter legatis, nullisque à testatore relictis, tanta est incertitudo, ut nullo modo definiri possit, quantum præstari debeat, ac proinde similiter habendum, ac si corpus ignotum legatum sit, *d. l. cum post, §. gener.* Quod si testator fundos aut ædes habuerit, ædibus simpliciter legatis, omnes consentiunt, legatum esse utile, unasque ex his, quas testator reliquit, deberi; estque in eam rem textus apertus in *d. l. si domus, in pr.* At si fundum in genere legaverit, alii non magis hoc casu legatum valere putant, quam si nullos fundos testator habuisset: alii tam fundi legatum utile esse, quam domus, unumque ex fundis, quos testator regionibus distinctos habuit, præstandum. Pro illis facit, quod generaliter traditum est, fundo non demonstrato nec legatum ullum nec stipulationem esse, *d. l. cum post, §. gener. d. l. ita stipulatus, in pr.* pro his exemplum ædium legatarum, *d. l. si domus, de legat. 1.* quarum & fundi hactenus eadem ratio videtur, *argum. d. l. 24. §. pen. de legat. 1.* tum quod cum testator generaliter rem aliquam legat, dari jubet, de suis eum rebus sensisse existimandus sit, uti responsum est, si quis hæredem damnaverit vinum, oleum, frumentum dare, non adjecta quantitate, hoc legatum sic esse accipiendum, quasi testator legasset vinum, oleum, frumentum suum, & tantum, quantum ex his generibus habuit, *l. 7. de trit. vin. ol. leg.* Cui sententiæ, quæ est Petri de Bellapert. in *d. l. ita stipulatus.* ego quoque accedo; quamvis contraria pluribus probata dicatur: quod tamen & ipsum incertum est, vel teste Gomezio & ipso contrariæ sententiæ assertore, *1. resol. 12. num. 32. & 2. resol. 11. num. 9. consul. D. Don. in d. l. ita stipulatus, num. 13. & seqq.* ubi simul docet stipulationis & legati non eandem per omnia in proposito rationem esse: quod & verum esse vel ex sola collatione *d. l. 7. de tritic. vin. leg. & l. triticum 94. de verb. obl.* apparet. Quinimo, etsi nullum fundum nullasve ædes testator habuerit, ex æquitate tamen juris Can. atque ex verisimili mente defuncti sim-

ſimplex harum rerum legatum ſuſtinendum eſſe, & pro modo facultatum ejus, dignitate ac charitate vel neceſſitudine legatarii ſtatuendum, quales præſtari debeant, poſt Archidiac. Panorm. Felin. & Alexandrum cenſet idem Gomezius *d. l. num. 10.* ac moribus quoque id receptum tradunt *Autum. confer. du droict, ad d. l. 71. Grot. 2. introd. 22.*

4 *Electio legatarii eſt*] Ubi utile eſt legatum generis, placet electionem non hæredi, ſed legatario dari, ut hic ſcriptum eſt & in *l. 2. §. 1. de opt. leg.* Idemque eſt, ſi plures res disjunctim legatæ ſint, veluti Stichus aut Pamphilus, *l. plane 34. §. pen. de legat. 1. l. ſi is cui 19. C. Lucio 13. eod. 2.* aut ſi ex duabus pluribusve rebus nominatis una legata fuerit; puta ſi ſic teſtator dixerit, *Ex duobus ſervis meis unum Titio do, lego, l. qui duos 20. de legat. 1.* Diverſi autem caſus ſunt, qui proponuntur in *l. ſi quis 32. §. 1. l. cum ſervus 39. l. ſcio 6. eod.* Cæterum additur hic exceptio, *niſi aliud teſtator dixerit.* Addamus & alteram, *niſi ſermonem ad hæredem direxerit;* niſi potius dicimus, hoc etiam verbis illis, *niſi aliud dixerit.* ſignificari. Sed etſi teſtator aliud non dixit, magna tamen adhuc cautione, quod hic ſimpliciter definit Juſtinianus, in legato generis legatarii electionem eſſe, indiget.

5 Jure veteri etiam, cum genere legato, aut duabus rebus disjunctim, de jure eligendi quæritur, differentia erat inter genera legatorum. In legato vindicationis legatario, in damnationis hæredi, electio permittebatur: cujus differentiæ teſtimonia non obſcura videmus in *l. plane 34. §. pen. l. ſi à ſubſtituto 45. §. 1. l. ſi hæres 110. de legat. 1. d. l. ſi is cui, §. Lucio, l. ſi ita 43. §. ult. eod. 2. l. qui concubinam 29. §. 1. eod. 3.* Hoc autem & voluntas teſtatoris exigere viſa eſt, & ratio juris. Voluntas teſtatoris: quippe qui in legato vindicationis ſermonem confert ad legatarium, ei dans, legans, eum ſumere, capere, ſibi habere jubens. In legato autem damnationis hæredem alloquitur damnans, jubensve eum dare aut facere. Ratio juris, quia is, cui per vindicationem res legata erat, non tantum eam actione in perſonam ex teſtamento petere poterat, ſed etiam jus eam vindicandi habebat, & petendi actione in rem. Par autem eſt, ei electionem tribui, qui rem vindicare poteſt, quod ſignificat African. *l. ſi ſervus 108. §. 2. de legat. 1.* ubi ait, ejus electionem eſſe oportere, cui poteſtas ſit, qua actione uti velit. At cui per damnationem quid relictum erat, is eam rem vindicare non poterat, ſed tantum in perſonam ex teſtamento agere, hæredemque ut debitorem quaſi ex contractu obligatum convenire, hujusmodi puta formula, *Ajo, te mihi ſervum dare oportere;* aut hæc, *Ajo, te mihi Stichum aut Pamphilum dare oportere.* Itaque juris ratio poſtulabat, ut hic hæredi concederetur electio, exemplo cæterorum debitorum, quorum regulariter electionem eſſe in debito generis, aut pluribus rebus disjunctim promiſſis, conſtat, *§. ſi quis agens 33. verſ. huic autem, inf. de act. l. plerumque 10. in fin. de jur. dot. l. ubi autem 75. §. qui illud 7. de verb. obl.*

Quæritur vero, an hodie diſtinctionis iſtius ulla porro ratio habenda ſit. 6 Nam poſtquam Juſtinianus differentiam generum legatorum ſuſtulit, legataque omnia ſic exæquavit, ut etiam ejus vindicandi, à quo jus eligendi pendere videtur, per *d. l. ſi ſervus 108. §. 2. de legat. 1.* ex omnibus conceſſerit; *l. 1. C. comm. de legat.* multis viſum eſt, electionem legatarii factam perpetuam, neque ex modo legandi amplius æſtimandam. Verum ego eorum ſententiam veneror, qui negant, legatorum illam exæquationem ad effectum, de quo hic agimus trahi oportere: quippe quæ, ut ſupra quoque monui, ſic ſemper accipienda ſit, ut ne quid admittatur contra voluntatem teſtatoris. Utri autem electionem tributam teſtator velit, legatarione, an hæredi, non poteſt apertius declarare, quam cum jubet aut legatarium vindicare, aut hæredem dare. Illic enim, cum verba executiva, ut loquuntur, ad legatarium dirigit, apertiſſime ſignificat, ſe eligendi quoque poteſtatem ei facere: hic vero cum eadem verba ad hæredem refert, hoc ipſo contra oſtendit, ſe hæredis arbitrio permittere, quam rem velit, dare. Et igitur ſi ita teſtator legaverit, *Hæres meus damnas eſto hominem dare;* vel ſic alternative, *Hæredem meum Stichum aut Pamphilum dare jubeo:* in his legatis dicimus, etiam nunc hæredi electionem concedendam, non obſtante ſupra dicta exæquatione. Nihil enim magis rationi repugnat, quam ut ibi electionem tribuamus legatario, ubi eam teſtator tam manifeſte permittit hæredi. Quamobrem nec vindicationem legatario ante dari oportebit, quam hæres declaraverit, quid ex genere, aut rebus disjunctim hoc modo legatis præſtare velit. Atque hanc ſententiam poſt *Gloſſ. Bart. & comm. DD. in l. Lucio 23. de legat. 2. & in l. legato 27. eod. 1.* probat *Gomez. 2. var. reſol. 11. num. 43.* nec non ſummi viri *Covar. in c. indicante, numer. 3. x. de teſtam. Ant. Fab. 6. conj. 1. Weſembec. & Bachov. hoc.*

Niſi aliud teſtator dixerit] Aliud dixiſſe teſtator intelligi debet, non tantum ſi expreſſis verbis hæredi electionem permiſerit, *l. ſervo 12. de opt. leg. l. hujusmodi 84. §. Stichum 9. de legat. 1. l. 11. in fin. eod. 2.* verum etiam ſi verba legati executiva ad hæredem direxerit, ut fit, cum quid per damnationem ab hærede legatur, ut jam dictum & demonſtratum eſt. Plane enim, cum ex voluntate teſta-

testatoris tota hæc res æstimanda sit, parum interest, verbis, an per modum legandi voluntatem suam declaraverit. Sed etsi testator aliud non dixerit, o-
7 pus tamen hic est non una cautione. Nam neque ad res omnes generaliter legatas definitio Justiniani pertinet, & ad quas pertinet, in his electio legatarii non est infinita. Sciamus igitur primùm, definitionem tantùm pertinere ad eas res, quas ex eo genere testator habuit: si nullas habuit, placere, hæredis arbitrio potius rem permitti, quam legatario infinitam electionem dari, de qua verisimile non est testatorem sensisse cum tam insigni onere hæredis, *arg. l. unum 67. §. si rem 8. de legat. 2.* & quod de vino certæ quantitates expresse traditum est *l. 3. de tritic. vin. leg.* non est dubium, quin ad cæteras quoque res pertineat; idemque dicendum sit, non solum si certa quantitas, verum etiam si corpus in genere legatum fuerit, puta servus, nec ullum servum testator reliquerit. Id quod etiam ex eo efficitur, quia rei, quæ testatoris non fuit, vindicatio legatario competere non potest: at illa cessante nulla electio, *d. l. si servus 108. §. 2. de legat. 1.* Deinde nec pertinere definitionem ad res omnes, quas testator ejus generis habuit, sed ad corpora tantum, aut species, non ad quantitatem: quippe quæ undecunque sumi & solvi potest: *l. 4. de tritic. leg. l. Titia 35. §. 1. de aur. arg. leg.* & qua legata ut quantitate, nec actionis electio nec vindicatio est. Sed & cum corpora genere legato contenta certis finibus natura circumscripta non sunt, qualia sunt, domus, navis, fundus, non legatarii, sed hæredis electio est, qui rem unam, quam volet, ex his, quas testator habuit, legatario dabit. De domo legata hoc aperte scriptum est in *l. si domus 71. in pr. de legat. 1.* quapropter dubitandum non est, quin idem obtineat, si navis simpliciter legata sit, aut fundus, posito, quod nos putamus, fundi legatum valere, si testator fundos habuit. Ratio est non ea, quam vulgo afferunt, quod hæres præsumatur melius scire, de qua re testator senserit; nam hæc ratio in hæredibus extraneis, in impuberibus, furiosis, &c. locum non habet; & si vera esset, hæredi indistinctè tribui deberet electio: sed ne, si legatario hic electionem concedimus, hæredem; supra quam credibile est testatorem voluisse, oneremus, quæ conjectura legis est, *d. l. unum 67. §. si rem de legat. 2. Mantic. de conject. ult. vol. lib. 3. tit. 1. n. 26.* Nam inter ædes & ædes, inter navem & navem, inter fundum & fundum fieri potest ut nulla sit proportio, & major distantia quam inter Mantuam & Romam, inter viburna & cupressos: quam ob causam etiam his rebus generaliter legatis, si testator nullas ejus generis habuit, legatum inutile habetur. Estque hæc etiam interpp. nostrorum communis opinio, teste Gomez. quam ipse & probat 2. *var. res. 11. n. 9.* Auctoritas Pandectarum Florentinarum (in quibus hæc scriptura est *in pr. d. l. si domus. Si domus alicui simpliciter legata sit, cogentur hæredes, quam vellet, domum ex his, quas testator habuit, legatario dare.*) me aliquando movit, ut etiam domo aut re alia ejusdem conditionis indistinctè legata, putarem legatario electionem competere: sed plus apud me nunc valet consensus reliquorum omnium exemplarium, in quibus constanter legitur, *cogetur hæres, quam domum volet, &c.* ob rationem allegatam: & scriptura Florentina orationem efficit duriorem. In editione Holoandri legitur, *cogentur hæredes, quam domum volent, &c.* quæ scriptura etiam certius, quam vulgata, hæredi electionem tribuit. Postremo sciendum est, etiam 8
tunc cum legatario electio datur, non dari infinitam & per omnia liberam, ut possit ex genere legato quodcumq; velit, etiam optimum eligere; puta verbi causâ, homine generaliter legato, actorem: sed conclusam intra modum, ut ne optimum accipiatur, *l. legato 37. de legat. 1.* Unde apparet, veteres in tota hac electione id semper egisse, ne immensum quid tribueretur legatario, neve hæres nimis oneraretur. Illud expeditum est, si de certo servo, aut re alia testator senserit, nec appareat de qua, hæredis electionem esse, *d. l. legato §. 1. fac. l. si quis 32. §. 1. l. locum servus 39. §. scio 6. eod.* Secundum jus harum regionum sic in dubio, genere legato, circa electionem definiendum censet Grotius *lib. 2. manuduct. cap. 22.* Si ejus generis, quod legatum est, res sint in bonis defuncti, legatario electionem permittendam, sive res istæ naturalem determinationem habeant ut equus, sive arbitrariam, ut domus, navis, Sin autem defunctus nullas ex eo genere res habuerit, aut si res pondere mensurave constans simpliciter legata sit; tum hæredi permittendum unde velit, hujus generis rem sumere & præstare: id enim voluntati defuncti, cujus solius apud nos ratio habetur, maximè videri consentaneum. Cæterum neq; posteriore hoc casu hæredem defungi pessimum dando; neque priore illo legatarium posse optimum vindicare, extra quam si duæ tantum species istius generis in hæreditate defuncti reperiantur.

TEXTUS.

De optione legata.

23. Optionis legatum, id est, ubi testator ex servis suis vel aliis rebus optare legatarium jusserat, habebat olim in se conditionem: & ideò nisi ipse legatarius vivus optasset, ad hæredem legatum non transmittebat. Sed ex constitutione nostra & hoc in meliorem statum reformatum est, & data est licentia hæredi legata-

gatarii optare servum, licet vivus legatarius hoc non fecerit. Et diligentiore tractatu habito, & hoc in nostra constitutione additum est, sive plures legatarii extiterint, quibus optio relicta est, & dissentiant in corpore eligendo: sive unius legatarii pluris hæredes sint, & inter se circa optandum dissentiant, alio aliud corpus eligere cupiente, ne pereat legatum, (quod plerique prudentium contra benevolentiam introducebant) fortunam esse hujus opinionis judicem, & sorte hoc esse dirimendum, ut ad quem sors pervenerit, illius sententia in optione præcellat.

NOTÆ.

23. *Habebat in se conditionem*] Σωτηρῶς: quod tamen à Theophilo additum non est, ut quidam falso tradunt.

Constitutione nostra] Extat in *l.ult.C.comm.de legat.*

Sorte esse dirimendum] Frequens admodum etiam apud veteres sortis judicium, *l.14. de judic. l.5. fam. erc. l.24. §.14. de fideic. lib.* ubi sc. animi judicio negotium explicari non potest: alias sorti res non committitur, *l.8. de pact. §.1. sup. de satisd. tut. l.47. in fin. pr. C. de Episc. & Cler.*

COMMENTARIUS.

1. *Legatum electionis idem esse, quod optionis: diversum autem à simplici legato generis & alternativo.*
2. *Legatum generale & alternativum, quantumvis cum jure eligendi, non esse idem cum eo, quod optionis dicitur.*
3. *Optionis legatum habuisse olim in se conditionem, eamque cohærentem personæ legatarii, ita ut ad hæredes non transmitteretur.*
4. *Explicatur l. si sic legatum §.pen. de legat.1. rejecta interpretatione Donelli.*
5. *Notatur inconsiderantia Bachovii.*
6. *In l.ult. C.comm. de legat. nihil cautum de jure optandi transmittendo: sed temerè diversos casus misceri.*
7. *Frequens fuisse apud veteres judicium sortis; qui & micatione digitorum usi.*

1 QVidam putaverunt, aliud esse legatum optionis, aliud electionis; quod falsum esse, atque utroque vocabulo significari specialem ac solemnem electionem, manifestè apparet ex *l.5. de legat.1. l.1. l.2. in pr. & §.ult. l.4. l. si tibi 8. in pr. & pass. tit. de opt. vel elect. leg.* Cæterum legatum optionis seu electionis diversum esse à simplici legato generis aut alternativo, certum est, *d. l. 2. in pr. & §.1. l. cum ita 9. §.1. d.tit.* Nec una inter hæc differentia est. Nam primum in legato optionis solemnis est & expressa electio; in legato autem generis & alternativo inest quidem etiam electio, sed tacita & simplex, non solemnis. Deinde optionis legatum semper relinquitur per vindicationem: generis aut alternativum sæpè per damnationem. Hinc est quod 2
in legato optionis electio sit essentialis, atque ea, legata optione, non possit non esse legatarii: in legato autem generali & alternativo nonnunquam hæredi electio competit; vel quia expressè ei data est, vel quia forma legandi tacitè in eum collata. Præterea generis legatum purum est, ac proinde si antequam vindicet legatarius decesserit, ad hæredem transmittitur, *l. nec semel 12. §. pen. quand. dies leg. ced.* at optionis legatum habebat olim in se conditionem, scilicet si ipse legatarius optasset, ut hic ait Justinianus: eratque adeo jus hoc optandi merè personale, ut in hæredem tranferri non potuerit. Adhæc cui genus legatum est, ei optimum ex eo genere eligere non licet, *l. legato 37. de legat. 1.* ei autem licet; cui legata est optio, *l. si quis 9. §.1. de dol. mal. Grot.2 manuduct. cap.22.* excepto casu speciali *l. ult. §. 1. C. comm. de leg.* Denique optio solemnis numeratur inter actus legitimos, *l. actus 77. de reg. jur.* quo sanè referri non potest simplex, quæ legato generis inest, electio. Planè in *d. tit. de opt. leg.* occurrunt quidem etiam loci, in quibus tractatur, genere legato, cui arbitrium eligendi permittendum sit, ut in *l.2.§.1. l. servo 12. l si Pamphilo.10.* sed aliter fieri non potuit propter affinitatem, quam alterum legatum cum altero habet. Est enim in utroque electio: & in eo quoque conveniunt, quod semel duntaxat optare aut eligere licet, *l.5. de legat.1. l. apud Aufidium 20. de opt. leg. fac. l. hujusmodi 84. §. Stichum 9. de legat.1. l. statuliberum 11. in fin. eod. 2.* Idem in his, quod in utroque legata singulæ res quodammodo sub conditione legatæ intelligantur, *l.3. qui & à quib. man.* quod res omnes, quarum aut genus aut optio legata, exhibendæ, *l.4. de opt.leg. l.3. §. item si 6. ad exhib.* Quin amplius, etiamsi in legato generis aut alternativo nominatim facultas eligendi legatario data sit, veluti si ita testator dixerit, *Titio servum, quem voluerit, do, lego*: vel, *illud aut illud, utrum elegerit:* puto tamen, nihilo magis optionem legatam; sed pro simplici legato generis aut alternativo hoc etiam habendum, *arg l.illud 19. de opt. leg.* Propriè enim optio legata dicitur, cum ipsa electio, τὸ προαιρεῖσθαι, legatur: veluti si dicat testator, *Titio optionem servorum meorum do, lego:* quo casu tres servos eligi posse rescriptum est, *l.1. eod.* vel sic, *Titius ex servis meis, quem volet, optato;* vel, *Ex scyphis meis, quem velit, eligito, sibique habeto.* Julianus in *l. Pamphilus eod.* verbum optionis in

gene-

generaliore significatione accepit quo quavis electione.

3 *Habebat in se conditionem*] Σιωπηρῶς Veteres, ut hic commemorat Justinianus, credebant, legatum optionis in se habere hanc conditionem, *si ipse legatarius optasset*. Quæ quidem conditio etsi tacite inerat, cujus generis conditiones non solent facere legata conditionalia; *l. conditiones 99. de cond. & dem.* tamen quia ex voluntate testatoris videbatur proficisci, eandem vim atque effectum habebat, quam habent conditiones cæteræ, quæ ex testamento veniunt, scilicet ut legatum efficeret conditionale. Sed & ipsa conditio legati quasi personæ injuncta ab alio, quam à legatario ipso impleri non poterat, ut proinde jus eligendi in optionis legato personale esset, & vel ideò ad hæredem mortui ante electionem

4 legatarii transferri non potuerit. Non obstat *l. si sic legatum 75. §. pen. de legat. 1.* ubi sic scribit Ulpian. *Si quis ita stipulatus, Stichum aut decem, utrum ego velim, legaverit, quod ei debebatur, tenebitur hæres ejus, ut præstet legatario actionem, electionem habituro, utrum decem an Stichum persequi malit.* Nam, ut superius diximus, legatum generale aut alternativum, licet cum jure eligendi, non est idem aut ejusdem prorsus naturæ cum legato, quod in specie dicitur optionis. In legato hujusmodi, *illud aut illud*. utrum elegerit legatarius, est quidem etiam electio personalis, sed hactenus, ut servo aut filio cohæreat, *l. si stipulatus 76. de verb. obl.* non ut nullo electo, decedente legatario, post diem legati cedentem ad hæredem jus electionis non transmittatur: transmitti enim, expresse scriptum est à Paulo in *l. illud 19. de opt. leg.* nec ulla est inter tale legatum & ejusdem generis stipulationum differentia. Jam verò, si stipulatus fuerim illud aut illud, quod ego voluero, mortuo me ante electionem in hæredes obligatio transit, ut idem Paulus respondet in *d. l. si stipulatus 77. de verb. obl.* Nec est admittendum, quod Donellus in *d. l.* existimat, obligationem transire, electionem non transire; quo nomine etiam reprehenditur à Bachovio hic: nam Donelli illam opinionem cum ipse locus satis refellit, tum perspicuè species paulò ante proposita ex *d. l. si sic legatum §. pen. de legat. 1.* nisi enim unà cum obligatione ipsum etiam jus eligendi, quod ex stipulatione testatori quæsitum erat, in hæredem ejus translatum fuisse ponamus, hæres cedendo actionem id jus transferre in legatarium non potuit: quippe quod nec ipse habuit. Inconsideratè autem Bachovius jus electionis ex contractu quæsi-

5 tum in quæstione proposita distingvit ab eodem jure delato ex testamento, quasi illud non impediatur conditione quominus ad hæredem transeat, hoc contra. Nam etsi verum & notissimum est, legatum conditionale, mortuo pendente conditione legatario, intercidere: stipulationem autem sub conditione contractam mortuo ante conditionem stipulatore non extingui, sed spem obligationis transmitti in hæredem: *§. sub conditione inf. de verb. obl. l. 4. l. 5. §. 2. quand. dies leg. l. is cui 42. de obl. & act.* hæc tamen differentia non pertinet ad conditiones, quæ personis injunguntur: qualis sit omninò necesse est in memorata stipulatione, si eam conditionalem facimus, & nempe eadem, quæ in legato optionis, si ipse stipulator elegerit. Conditio omnis in personam certam collata personam non egreditur, deficitque, nisi in persona ejus impleta fuerit, *l. qui hæredi 44. l. sic ita 69. de cond. & dem.* Hinc jam opinor intelligimus, non temerè credendum iis esse, qui pro certo tradunt, apud Paulum in *d. l. illud 19. de opt. leg.* scriptum fuisse, *transmitti non placuit*; Tribonianum autem responsum Pauli ad jus novum & constitutionem Justiniani in *l. ult. C. comm. de leg.* accommodasse sublata negatione.

Ex constitutione nostra data est licentia hæredi legatarii optare] Ubi Justinianus caverit, quod hic se cavisse dicit, ut legatum optionis ad legatarii, qui non optavit, hæredem transmittatur, non invenio. Interpretes omnes intelligunt *l. ultim. C. comm. de leg.* 6
& sanè ea, quæ mox sequuntur de dissensione plurium hæredum circa electionem sorte dirimenda, arguunt, eam constitutionem hic significari. Etenim, quod interpretes non animadverterunt, nihil amplius ea constitutione sancitur, quam ut si hæredes legatarii inter se de electione non conveniant, controversia sorte dirimatur: de jure verò optandi ad hæredes legatarii, ante electionem mortui, contra rationem juris veteris transmittendo planè nihil ibi cavetur. Imò verò constitutio sic scripta est, ut ex eo nihil aliud colligi posse videatur, quam quod etiam apud veteres jam olim sic obtinuerit, ut legata optione, si legatarius ipse non optasset, ad hæredes ejus jus optandi traduceretur. Memorat enim, inter veteres dubitatum fuisse, quid statuendum foret, si plures legatarii, quibus optio legata esset, vel unius legatarii plures hæredes circa electionem corporis dissentirent. Inepta profectò dubitatio, si electio in legato optionis merè personalis fuit, hoc est, ita personæ legatarii cohæsit, ut nec ad hæredes ejus transierit. Quid dicam, non habeo, nisi quod Tribonianus diversos casus temerè videtur miscuisse, & casium plurium legatariorum de electione disputantium inconsideratè confudisse cum casu plurium hæredum unius legatarii: quod & Bachovius existimat.

Optare servum] Quod de servo hic dicitur, exempli causa dictum intelligimus, atque ad rem quamlibet, cujus optio legata sit, pertinere, *d. l. ult. C. comm. de legat.* Sic passim videmus, in optionis legato tantum

rum servorum mentionem fieri; & Papinianus in *l. actus 77. de reg. jur.* servi optionem refert inter actus legitimos, non quod non idem fuerit in aliarum rerum optione legata: sed quia plerumq; servorum potius, quam aliarum rerum optio legari solita erat: unde & de ea sæpius Jurisconsulti & consulebantur & scribebant, id quod manifestè apparet ex lectione totius *tit. de opt. legat.*

Sorte hoc esse dirimendum] Si plures legatarii, vel unius plures hæredes in optando dissentiant, unus fortè qui obstet, constitui, cujus optionem cæteri ratam habeant, expresse cautum est *d. l. ult. C. comm. de legat.* Frequens autem admodum etiam apud veteres fuisse sortis & fortunæ judicium, ex variis Jurisconsultorum responsis elucet, *l. sed cum 14. de judic. l. generaliter 24. §. quid ergo 17. de fideic. lib* quanquam vix, ubi negotium animi judicio explicari potest: de quo nos *lib. 1. select. quæst. c. 35.* Utebantur antiqui & micatione digitorum. Varro, *Micandum erit cum Græco, utrum ego illius numerum, an ille meum sequatur.* Cicero 1. *de offic. Sed quasi aut sorte aut micando victus, alteri cedat alter.* Svetonius *in August. Patrem & filium pro vita rogantes sortiri aut micare jussit.* Quando autem & quibus casibus res dubia sorti permittenda sit, ab hoc loco alienum est quærere.

TEXTUS.

Quibus legari potest.

24. Legari autem illis solùm potest, cum quibus testamenti factio est.

COMMENTARIUS.

Transit hic Imperator ad partem principalem hujus tituli secundam, in qua agitur de personis, quibus legari potest. Sic autem initio definit, legari illis solum posse, cum quibus testamenti factio est. Non ait, qui testamenti factionem habent; quo soli propriè significantur, qui testamenti faciendi jus habent; ut ostendimus supra in *§. testes autem de test. ord.* sed cum quibus testamenti factio est; quo continentur etiam, qui ipsi testamentum facere non possunt, modo jus capiendi ex alieno testamento habeant. Quinam autem isti sint, docetur *§. extraneis 4. præc. tit.* De iis, qui capere non possunt, dictum est in hæredum institutione. Olim hac in parte nonnulla inter legata & fideicommissa differentia fuit, poteratque quibusdam incapacibus fideicommissum relinqui, quibus legari non poterat, vel propter conditionem libertinitatis, vel propter leges Voconiam, Juliam, Papiam, aut similes, quibus capere, aut totum capere vetabantur: qua de re fortè uberius infra *sub. tit. de fideic. hær.* Illud nunc sciamus, legibus istis & differentiis incapacium sublatis, nullum amplius hac in re discrimen inter legata & fideicommissa superesse.

TEXTUS.

Jus antiquum, de incertis personis.

25. Incertis verò personis neque legata neque fideicommissa olim relinqui concessum erat. Nam ne miles quidem incertæ personæ poterat relinquere, ut divus Hadrianus rescripsit. Incerta autem persona videbatur, quam incertâ opinione animo suo testator subjiciebat, veluti, si quis ita dicat, Quicumque filio meo filiam suam in matrimonium dederit, ei hæres meus illum fundum dato. *Illud quoque, quod iis relinquebatur, qui post testamentum scriptum primi consules designati essent, æquè incertæ personæ legari videbatur: & denique multæ aliæ hujusmodi species sunt. Libertas quoque incertæ personæ non videbatur posse dari; quia placebat nominatim, servos liberari. Sub certâ verò demonstratione, id est, ex certis personis incertæ personæ rectè legabatur: veluti,* Ex cognatis meis, qui nunc sunt, si quis filiam meam uxorem duxerit, ei hæres meus illam rem dato. *Incertis autem personis legata, vel fideicommissa relicta, & per errorem soluta, repeti non posse, sacris constitutionibus cautum erat.*

NOTÆ.

25. *Incertis personis*] Receptum tamen fuit, ut paupertatis, *l. 24. C. de episc. & cler.* civitatibus *l. 26. ad SC. Treb. l. 22. de l. 1.* corporibus & collegiis licitis, *l. 12. C. de hær. inst. l. 1. §. 15. ad Treb.* relicta rata essent.

COMMENTARIUS.

1. *Exponontur aliquot loci, ex quibus falso quidam colligunt, etiam jam olim hæreditatem legatumve incertis personis relinqui potuisse.*
2. *De legatis relictis civitatibus, municipiis, collegiis, pauperibus.*
3. *Cur ejus, quod incertæ personæ relictum erat, per errorem soluti non esset repetitio.*

Incertæ personæ olim neque hæreditas, neque legatum, aut fideicommissum relinqui poterat. Ulpian. *tit. 22. §. 3. & tit. 24. §. incertæ Paul. 3. sent.* 6. Ratio hæc erat, auctore Ulpiano *d. tit. 22. §. 3.* quoniam certum esse debet testantis consilium. Sic enim

enim verba legis duodecim, *Uti quisque legassit*, veteres interpretati sunt, uti quisque certo consilio ac solido judicio statuerit, &c. At hæreditatem bo-
1 navé sua, magno sæpè labore quæsita, relinquere incertæ personæ, tam certi consilii non est, ut potius species quædam dementiæ esse videatur. Non est cōtrarium, quod Marcianus scribit, tale legatum utile esse; *Illis, qui testamentum meum obsignaverint, hæres meus decem dato. l. si quis* 14. *de reb. dub.* nam quod futuris signatoribus seu testibus legatur, id non incertis, sed certis personis relinqui intelligitur: Etsi enim tunc incerti & testatori ignoti sunt, cum is privatim voluntatem suam scribit; tamen non possunt non esse certi eo tempore, quo propriè testamentum fieri dicitur, hoc est, cum solemnia peraguntur, quibus adhiberi testes nisi sciente testatore & rogante non possunt. Non obstat quoque *l. in tempus* 62. §. 1. *de hær. instit.* agitur enim ibi expresè de institutione certæ personæ, quam & testator proprio nomine designavit: sed quia plures erant testatori eodem nomine amici, non apparebat, de quo sensisset: cujusmodi in casu audienda est probatio voluntatis; & qui probare poterit, de se sensisse defunctum, admittendus, *arg. l. falsa* 33. §. *de cond. dem.* quamvis totam exceptionem illam, *nisi ex aliis apertissimis probationibus fuerit revelatum pro qua persona testator senserit*, responso Jurisconsulti adjectam à Triboniano nullus dubitem, *add. Ant. Fab.* 5. *conj.* 19. Magis videtur obstare *l.* 5. *de reb. dub.* Respondet Donellus, proponi illic legatum aut fideicommissum relictum incertæ quidem personæ, sed ex certis tamen; quod etiam olim licuit; ut statim audiemus: quippe verba illa fideicommissi, *Sique quis alius restitutionem mihi impetraverit*, cum Juliano & Gajo sic interpretanda, si quis alius ex amicis, quorum testator mentionem non fecit. Alii putant, etiamsi quis alius curaverit testatorem restitui, non minus fideicommissum deberi, quasi pro beneficio, quod speratur, datum.
2 Porrò ex hoc jure manavit, quod nec civitates, nec municipia aut collegia hæredes institui aut legatum capere potuerint, *Ulpian. d. tit.* 22. §. 4. Plinius *lib.* 5. *epist. ad Calvisium; Nec hæredem, inquit, institui, nec percipere posse rempubl. constat.* Cæterum postea ut hæc corpora legatum capere possent, permissum fuit, etiam tempore mediæ jurisprudentiæ, *l. si quis* 32. *in fin. l. si hæres* 73. §. 1. *l. si quid* 117. *l. civitatibus* 122. *de legat.* 1. *l. cum senatus* 20. *de reb. dub. l. omnibus* 26. *ad Trebell.* A Nerua hoc primùm introductum; post deinde à senatu, auctore Hadriano, diligentius constitutum fuit, *Ulp. tit.* 24. §. *civitatibus.* Paulus Marco id tribuit, *d. l. cum senatus.* In propriis nominibus facilis est auctorum lapsus. Tandem etiam concessum, ut civitates & municipes hæredes institui possent, *l. hæreditatis* 12. *C. de hær. inst.* quod ætate Ulpiani & Pauli nondum obtinebat, ut liquet ex fragmentis ejusdem Ulpian. *tit.* 22. §. 4. *& d. l. omnibus ad Treb.* quibus locis hoc tantùm traditur, fideicommissam hæreditatem municipibus restitui ex Senatusconsulto Aproniano. Eandem denique rationem habuit, quod legatum pauperibus relictum non valebat: quod nunc firmum ratumque omnibus modis habetur: daturque jus & nomen hæredis episcopis, œconomis, xenoni: nomen, ut sint hæredes: jus, ut debita exigant, creditoribus hæreditariis respondeant, pauperibus relicta dividant, *l. id quod* 24. *l. si quis* 49. §. 1. *& seqq. Cod. de Episc. & Cler. Cyn. Bald. Salic. in d. l. id quod Bart. in l.* 5. *de reb. dub. Tulden. ad tit. Cod. de incert.*

Quam incerta opinione] Incerta persona hic dicitur, quam testator animo suo incerta & cæca opinione subjicit, id est, cum mens & cogitatio testatoris nullis certis finibus circumscripta tanquam in immenso atque infinito vagatur: nam si mens ejus certo numero personarum, quas omnes novit, terminetur, incertitudo personæ legatarii legatum non vitiat, ut exempla subjecta demonstrant.

Qui primi consules designati] Puto, hoc exemplum ad eum pertinere, qui vel ante candidatorum numerum constitutum, vel cum eos non nosset, incertissima opinione dixit; *Qui primi consules designabuntur.* Quod si è constituto jam candidatorum numero, quos testator novit, ei qui primus consul designatus fuerit, centum legaverit, magis est ut hoc legatum valeat, ut relictum uni ex certo personarum numero cum certa demonstratione.

Libertas quoque incertæ personæ] Antea dixit, ne 1
militem quidem legatum aut fideicommissum incertæ personæ relinquere potuisse, etsi militum testamenta nullis adstringebantur juris civilis subtilitatibus: cujus tamen generis unum hoc fuit, quod incertæ personæ legari non potuit. Aliam nunc subjicit ejusdem juris ampliationem, quod nec libertas, cujus summus alioqui favor semper fuit, incertæ personæ dari potuerit, addita ratione, *quia placebat, nominatim servos liberari*, quod videtur cautum fuisse lege Fusia Caninia. Ulp. *tit.* 1. §. *ult.*

Sub certa vero demonstratione] Ex certo personarum ordine aut numero cum certa demonstratione legari incertæ personæ etiam olim jus fuit, veluti; *Ex collegis meis, qui nunc sunt*, aut, *Ex cognatis meis, qui primus ad funus meum venerit*, aut, *qui filiam meam uxorem duxerit, ei hæres meus illud dato. Ulp. tit.* 24. §. *incerta*, & notandum, in exemplo proposito demonstrationi expresè addi hæc verba, *qui nunc sunt:* alioqui incerta adhuc foret demonstratio.

Per errorem soluta repeti non posse] Hic locus confirmat id, quod ante diximus, ex subtilitate quadam 5
juris civilis hoc esse, quod incertæ personæ legari non

non potest: neq; enim ratio naturalis impedit, quominus, verbi causa, ei, qui filiam meam aliquando uxorem ducturus est, hæredem meum aliquid dare jubeam. Proinde ex hujusmodi relicto etiam olim nascebatur debitum naturale, id est, hæres ex tali voluntate naturaliter obstringebatur, quæ causa est, quod Imperatorum constitutionibus cautum fuerit, ne ejus, quod incertæ personæ legatum erat, soluti per errorem repetitio esset: quippe naturalis obligationis hic certissimus jure quoque civili effectus est, ut impediat ejus, quod ex ea causa solutum est, repetitionem, *l. 13. l. si pœnæ 19. de cond. ind. l. 10. de obl. & act. Christin. vol. 4. decis. 50. n. 4.* erratque adeo manifestè Pacius, hunc locum restringens ad legata quæ pietatis aut religionis intuitu relinqvuntur: quo in errore Mynsing. non fuit, ut falso existimat Bachovius.

TEXTUS.

Jus antiquum, de posthumo alieno.

26. Posthumo quoque alieno inutiliter antea legabatur. Est autem alienus posthumus, qui natus inter suos hæredes testatori futurus non est: ideoqne ex emancipato filio conceptus nepos, extraneus erat posthumus avo.

NOTÆ.

26. *Ex mancipato filio conceptus*] Alienorum posthumorum diversa sunt genera, & varii gradus, v. Cujac.

COMMENTARIUS.

1. *Posthumos esse similes incertis personis: cæterum non per omnia eodem jure cum his censeri.*
2. *Posthumi alieni qui, & eorum diversa genera.*

QUI in utero sunt, sive posthumi, & tam alieni quam sui, in hæreditate legitima semper pro jam natis habiti sunt, & capaces hæreditatis sibi ab intestato delatæ, *l. pen. de stat. hom. l. pen. de legat. 1.* verum in hæreditatibus testamentariis & legatis nemo posthumus pro nato, initio habitus fuit, propter verba legis duodecim tabularum, *Uti quisque legassit, &c.* quæ sic à prudentibus, ut etiam antea diximus, accepta sunt, uti quisque certo consilio ac judicio decreverit, &c. Cum enim posthu- 1
mi omnes incertæ sint personæ, aut incertis personis similes, contra legem fieri visum est, si aut hæredes instituerentur, aut legatum iis daretur, quasi non solido consilio id à testatore factum esset, ignorante & an nascituri sint, & quales nascituri, & quot nascituri. Paulatim tamen disputatione fori propter utilitatem & non sine magna ratione receptum, ut posthumi sui rectè hæredes instituerentur, & legatum ex testamento caperent. In posthumis alienis interpretatione prudentum nihil mutatum: quâ de re fusius disputavimus sub §. 2. *supra de exhær. lib.* Non in omnibus tamen, eandem rationem posthumi alieni & cujusvis alius incertæ personæ fuisse, ex eo apparet, quod fideicommissum posthumo alieno utiliter relinquebatur; *l. 5. in fin. de reb. dub. l. 2. de jur. Codic.* cæteris incertis personis inutiliter. Et vero non est posthumus planè similis tali personæ, quam testator omnino incerta & cæca cogitatione animo suo subjicit: sed magis & quodammodo similis iis, quos nunquam vidimus, qui etiam hæredes institui possunt, *§. ult. sup. de hær. inst.* Cæterum quod hic Justinianus ait, posthumo alieno jure antiquo inutiliter legari, ei obstat *l. 6. de reb. dub.* nam in calce præcedentis *l. 5.* proponitur quis rogatus hæreditatem restituere posthumo suo vel alieno; & mox continenter in *l. 6. seq.* posthumus hæres institutus, vel cui legatum relictum est. Respondeo, sunt loci isti diversorum auctorum; ac proinde necesse non est, ut quod in uno dicitur de posthumo vel suo vel alieno, cui hæreditas restitui jussa est, repetatur in altero, in quo simpliciter proponitur posthumus hæres institutus, aut legatum posthumo datum: nec illud etiam eo loco quæritur, an cum posthumo, & cum quo testamenti factio sit, sed an & quando posthumus partem faciat.

Inter suos hæredes testatori futurus non est] Posthumus suus & alienus sic inter se oppponuntur, ut suus posthumus dicatur, qui si vivo testatore nasceretur, in potestate ejus esset, primumque ab eo gradum in familia obtineret, uno verbo, qui nasceretur testatori suus hæres: qualis est is, qui in utero uxoris testatoris est, aut uxoris filii ejus præmortui, aut emancipati postquam uxor jam conceperat, *§. pen. sup. de tutel. §. 2. tit. præc.* Posthumi alieni omnes, qui 2
si vivo testatore nascantur, aut in ejus potestate familiave non nascuntur, aut non nascuntur proximo ab eo gradu; uno verbo qui sui aut inter suos non nascuntur. Horum autem diversa sunt genera & varii gradus. Primum posthumus alienus avo est nepos natus ex filio, etiam quem superstitem in potestate habebat: quamdiu enim filius in familia manet, nepos ex eo suus hæres avo non agnascitur, *§. 2. sup. de exh. lib. d. §. 2. præc. tit. §. 2. inf. de hær. ab in test.* At enim quia aliquādo fieri potest, ut hic nepos posthumus suus hæres testatori agnascatur, puta si filius vivo testatore decesserit, pro suo hactenus habitus, atque ex formula Galli hæres institui potuit, *l. Gallus 29. de lib. & post.* Magis alienus posthumus est nepos conceptus ex filio emancipato, *hoc text.* in quo etiam ob causam jam dictam hujus tantum nepotis posthumi fit mentio: item qui in utero est uxoris filii, qui in adoptiva familia est, *l. 1. §. si filius de vent. in poss. mitt.* & qui nasci speratur ex testatoris filia,

lia; §. *ult. sup. de pat. pot.* Eadem porro ratione posthumus matri alienus est posthumus, puta si cæso utero extractus fuerit; *l.6. de inoff. test.* & aviæ, qui in ventre est filiæ, aut uxoris filii: & adhuc magis alieni, qui nascituri sunt ex agnatis aut cognatis, *l. pen. de leg. 1. d. l.6. de inoff.* Postremo alienissimi & maxime extranei, qui neque legitimi futuri sunt neque cognati, *l.6. de vent. in poss. mitt.* Hos autem omnes Justiniani definitio complexa est.

TEXTUS.
Jus Novum, de personis incertis & posthumo alieno.

27. *Sed nec hujusmodi species penitus est sine justa emendatione relicta, quum in nostro Codice constitutio posita sit, per quam & huic parti medemur, non solùm in hæreditatibus, sed etiam in legatis & fideicommissis: quod evidenter ex ipsius constitutionis lectione clarescit. Tutor autem nec per nostram constitutionem incertus dari debet: quia certo judicio debet quis pro tutela suæ posteritati cavere.*

NOTÆ.

27. *In nostro Codice constitutio*] Desideratur hæc Justiniani constitutio. Ex verbis autem hujus textus hoc constat Justinianum cavisse, ut incertitudo personæ, cui aliquid legatum est, non vitiet legatum, si vel in præsens, vel ex futuro eventu certitudo aliqua apparere possit.

COMMENTARIUS.

HUjusmodi *species sine justa emendatione*] Dubium est, utrum in distinctè hoc referendum sit ad speciem de incertis personis, de quibus superius egit, an vero tantum ad speciem de alieno posthumo, cujus proximè meminit in §. *præc.* Sed rectè plerique interpp. sentiunt, Justinianum loqui in universum de specie incertarum personarum, quas hactenus commemoravit, atque hoc dicere, constituisse se, ut & posthumo alieno & cæteris personis incertis, quas modo eventus postea demonstrarit, legatum relictum valeat. Atque hoc ex eo satis intelligitur, quod scriptum est in §. *incertis 25.* incertis personis legari olim concessum non fuisse: quod stulto diceretur, si ne nunc quidem id concessum esset constitutione Justiniani. Habemus etiam certissima hujus rei argumenta in hoc ipso §. quæ in progressu indicabimus. Hoc tamen dubii adhuc relinquitur, quatenus scilicet jus illud, quod de incertis personis recensuit, emandarit. Non enim dicit, se id jus penitus sustulisse, sed non penitus reliquisse inemendatum. Ex verbis quidem Justiniani nihil hic colligere possumus, quam, hoc eum constitutione sua cavisse, ut incertitudo personæ, cui quid legatum est, non amplius vitiet legatum, si ulla ratione vel nunc, vel ex futuro eventu certitudo aliqua apparere possit. Sed tamen non semper id admittendum videtur. Quid enim si eventus inciderit in eas personas mortuo aut ignorante testatore, quibus verisimile non est specialiter eum legaturum fuisse? Finge, sic esse legatum; *Qui filiam suam filio meo collocaverit, ei hæres meus centum dato:* eamque collocasse ingnorante testatore qui inimicus testatori fuerit, qui pessimè de eo meritus, qui sit infamis aut vitæ flagitiosæ: non putarem, huic quicquam ex hujusmodi legato deberi, ne nunc quidem post constitutionem Justiniani. Certius vero de re tota constitui posset, si constitutio, ad quam hic relegamur, extaret: sed in Codice, quo nunc utimur, desideratur. Græcam fuisse verisimile est, omissamque à Latinis descriptoribus intercidisse.

Non solum in hæreditatibus] Ergo olim nec hæres institui incerta persona potuit: quod etiam diserte scriptum est ab *Ulp. tit.22. §.3.* De posthumo tamen alieno testatur ipse Justinianus §. *seq.* potuisse eum & antea hæredem institui. Cæterum hoc quomodo accipiendum sit, ibi declarabimus.

Et fideicommissis] De fideicommissis cautum propter personas incertas, §. *incertis sup. eod.* nam posthumo alieno etiam antea fideicommissum relinqui potuisse evincitur ex *l.2. d. jur. cod. l.5. §. ultim. de reb. dub.* Et hoc certum argumentum est, Justinianum non solum de posthumo alieno cavisse, sed de cæteris quoque personis incertis.

Tutor autem nec per nostram const. incertus dari] Hic iterum locus ostendit, verum esse, quod diximus Justinianum in constitutione cujus hic meminit, emendasse jus de personis in ea certis, non solum posthumis: malè enim alioqui intutorem incertum exciperet. Quod autem exciperit tutorem incertum, atque in eo jus vetus conservari voluerit, *l. tutor. 20. de test. tut.* ad cautionem pupilli pertinet; quippe cujus interest, ne incerti aut ignoti; de quorum fide, diligentia ac moribus testatori constare non potuit, ad tutelam admittantur, maximè sine satisdatione, à qua tutores testamentarii immunes sunt: cui adde, quod in delatione tutelæ nullum lucrum vertitur, quod ea suscepta tutor consequatur.

TEXTUS.
De posthumo alieno hærede instituto.

28. *Posthumus autem alienus hæres institui & ante poterat, & nunc potest: nisi in utero ejus sit, quæ jure nostro uxor esse non potest.*

COM-

COMMENTARIUS.

1. *Quomodo accipiendum, quod hic ait Iustinianus, posthumum alienum etiam antea hæredem institui potuisse.*
2. *Consutantur Alciatus & Bachovius, qui putant, huic loco deesse negationem.*

Etsi, ut superius dixit, antea ita jus fuit, ut posthumo alieno inutiliter legaretur: nihilominus tamen, ut nunc hic ait, hæres institui is posthumus etiam ante potuit. Hoc autem non videtur convenire cum iis, quæ supra relata sunt de inutili institutione posthumi alieni, & de emendatione juris veteris etiam hac in parte à Justiniano facta. Tum si antea posthumus alienus hæres institui potuit, quid opus fuit addere, etiam nunc eum institui posse? An quia constitutione suâ jus vetus in eo confirmavit? nullo modo: profitetur enim expresse, se antiqui juris observationem circa incertas personas & posthumos alienos emendasse etiam in hæreditatibus, significans, sua demum illa constitutione effectum, ut etiam posthumus alienus rectè hæres instituatur. Sed sciendum est, neutrum jure civili in persona posthumi alieni valuisse; sive hæres institutus 1 esset, sive legatum ei datum: cæterum legatum etiam jure prætorio insuper habitum, cum eo jure institutio posthumi alieni, ut favorabilior, sustineretur, institutumque prætor adjuvaret dando ei bonorum possessionem secundum tabulas, *inf. de bon. poss. in pr. l. posthumus 6. de inoff. test. l. 1. §. si filius 12. de vent. in poss. mitt. l 3. de bon. poss. sec. tab.* Quamobrem interpp. ferè omnes hæc verba Justiniani, *& antè poterat, & nunc potest*, sic acceperunt, ante poterat jure prætorio, nunc potest etiam jure civili, ex constitutione scilicet Justiniani, ut cum utrumque intelligi non possit de eadem juris specie, accipiatur de eodem juris effectu; cum parum referat ad vim tabularum, utrum hæreditas ex iis adiri, an bonorum possessio peti possit: quod ego verissimum esse arbitror. Neque obstat, quod Justinianus loquitur de hærede instituto, quod verbum est juris civilis: sic enim loqui eum necesse fuit, ut ostenderet differentiam institutionis legatorum, de quibus antea egerat. Et quid prohibet, quominus dicatur jure facta institutio, quæ jure prætorio sustinetur? Sanè Ulpianus in *d. l. 6. de inoff. test. l. 1. §. si filius 12. de vent. in pos mitt.* cum de posthumo alieno loquens, eum hæredem scriptum aut hæredem institutum, natumque secundum tabulas habere scribit, nihil aliud significat, quam posthumum alienum jure prætorio rectè hæredem institui. Quin etiam Paulus simpliciter respondet, hujusmodi institutionem jure fieri, *Titius 25. §. 1. de lib. & posth.* cujus species huc quoque pertinet, ut bene contra Cujacium observavit *Ant. Faber 9. conj. 2.* D. Bachovius tamen contra omnium exemplarium & Græcarum Institutionum fidem existimat, huic loco deesse negationem, & legendum, *Posthumus autem non alienus*, id est, *suus*: quod jam olim etiam tentavit Alciatus *9. parerg. 1.* sed errare eos aperte ostendit subjecta exceptio, *nisi in utero ejus sit, quæ jure nostro uxor esse non potest*: quæ exceptio necessario intelligenda est de posthumo alieno, sive eam accipias de posthumo, qui in utero sit ejus mulieris, quacum omnino nullum connubium est, ut sunt Vestales, Sanctimoniales seu Ascetriæ, quæ perpetuam voverunt castitatem; sive etiam de eo posthumo, qui ex ea muliere & testatore nasciturus est, quæ illius uxor esse prohibetur, propter cognationem puta, aut affinitatem, aut quia alii nupta: quippe quod ex his nascitur vivo testatore, in potestate ejus nasci non potest: estque turpis hujusmodi institutio, ipsoque jure non valet, *l. 9. §. 1. de lib. & posthum.* Jam vero stultissime exciperetur posthumus alienus, si id quod præcedit, ad posthumum alienum non pertinet, sed ad non alienum sive suum duntaxat. Mirorque adeo judicium Bachovii, qui hac exceptione etiam confirmari putat suam illam & Alciati emendationem. Cæteris Bachovii argumentis quivis facile occurret, qui modo hæc nostra attente legerit.

TEXTUS.

De Errore in nomine legatarii.

29. Siquidem in nomine, cognomine, prænomine, agnomine legatarii testator erraverit, cum de persona constat, nihilominus valet legatum. Idemque in hæredibus servatur; & rectè. Nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt: qui si alio quolibet modo intelligantur, nihil interest.

NOTÆ.

29. *Cum de persona constat*] Id est, dummodo certum sit demonstratione testatoris, de quo ille senserit. Et pari ratione quamvis testator erraverit in nomine proprio rei legatæ, veluti si fundum Cornelianum pro Semproniano nominaverit, utile est legatum & debebitur Sempronius, *l. 4. de leg. 1.* Secus est si erraverit in nomine rei appellativo, puta si cum vestem legare vellet, suppellectilem scripserit: quia rerum vocabula naturæ consona, publica & immutabilia sunt, *d. l. 4. l. 7. §. 2. de sup. leg.*

COMMENTARIUS.

1. *Subtilius ac diligentius, quam passim, explicatur differentia nominum propriorum.*
2. *Cur error in nomine legatarii non vitiet legatum, cum de persona constat; & num. 5.*

3. *Nec*

3. *Nec errorem in nomine proprio rei legatæ vitiare legatum: & cur vitiet error in nomine appellativo.*
4. *Quid si testator rem oculis subjectum alieno nomine appellaverit.*

TRactationi de incertis personis ea de errore nominis, item de falsa demonstratione & falsa causa ideò subjungi videtur, quia hæc quoque quodammodo personam legatarii incertam reddunt. Pertinet huc titulus Pand. *de cond. & dem.* item *tit. C. de falsi. ca. adj. leg. cum 2. seqq.* ad quos vid. *D. Tuld. & Perez add. Christin. vol. 4. decis. 49.* Nos etiam quædam subtilius atque accuratius, quam illi fecerunt, explicabimus.

In nomine, cognomine, prænomine, agnomine] Hæc quatuor nomina etiam Imperator Gordianus distinctè expressit *l. 4. Cod. de testam.* Charisius Grammaticus sic scribit: *Propria nomina in quatuor species dividuntur, prænomen, nomen, cognomen, agnomen, ut Publius, Cornelius, Scipio, Africanus. Prænomen est, quod nomini præponitur, ut Publius. Nomen quod familiæ originem declarat, ut Cornelius. Cognomen, quod nomini subjungitur, ut Scipio. Agnomen, quod extrinsecus adjici solet, ut Africanus.* Hæc ille. Plura etiam ejusmodi apud Romanos videmus, ut *Marcus Licinius Crassus Dives, Marcus Porcius Cato Sapiens, Quintus Fabius Maximus Allobrox, Lucius Cornelius Scipio Asiatreus.* Charissius autem satis distinctè videtur rem ipsam explicasse. Prænomen erat nomen cujusque proprium; ut *Marcus, Lucius, Paulus, Publius.* Nomen totius gentis commune erat, hoc est, omnes, qui ex eadem gente erant, eodem nomine appellabantur, verbi causa, qui ex gente Cornelia, omnes Cornelii, qui ex gente Valeria, omnes Valerii nominabantur. Cognomine singulæ familiæ in quaque gente distinguebantur, idemque omnium, qui ejusdem familiæ erant, cognomen erat; ut in gente Cornelia, qui ex familia Scipionum, Scipiones, qui ex familia Lentulorum, omnes Lentuli, &c. Agnomen dicebant, quod ab eventu aliquo ducebatur, ut Publ. Scipio ex Africa, Lucius ex Asia oppressa agnomen acceperunt, quanquam ejusdem essent familiæ, teste Cicerone *pro Muren.* quo tamen loco non agnomen illud, sed cognomen vocat. Idem *lib. 2. de offic. Divitem Crassi*, & libro de senect. *Sapientem M. Catonis cognomen* fuisse scribit. Apud nostros quoque tantum nominis, prænominis & cognominis mentionem fieri reperio, *l. 1. de lib. & posth. l. hæredes 21. §. 1. qui test. fac. l. 8. §. 2. sec. tab.* Unde apparet veteres appellatione cognominis etiam agnomen complecti, etsi hæc interdum distinguant. Cicero *l. 1. de invent. Nomen cum dicimus*, inquit, *cognomen quoque & agnomen intelligatur oportet.* Non fuere autem apud Romanos agnomina aut frequentia aut necessaria, quippe quibus plerosque caruisse constat. At his tribus, prænomine, nomine, cognomine perpetuò uti consveverant: ut *L. Cornelius Sylla; C. Iulius Cæsar; M. Tullius Cicero.* Theophilus hanc rem Græcis parum cognitam, ut potest, declarat, scribens, nomen esse τὸ κύϱιον ὄνομα, prænomen, quod nomini præponitur, à majoribus vel benefactoribus assumptum. Hodiè in toto orbe Christiano præter nomen familiæ sive cognomen hæreditarium à parentibus aut amicis proprium nomen mutuamur, quod nobis imponitur, cum Sacramento Baptismi initiamur, & in Ecclesiam recipimur.

Cum de persona constat] Sive quis hæredem instituit, sive alicui quid legat, personam hæredis & legatarii demonstrare oportet. Demonstrantur personæ citra controversiam suo nomine, cæterum & aliis rebus demonstrari possunt, & si aliis demonstrentur, valet institutio & legatum perinde, ac si proprio nomine demonstratæ essent, *l. quoties 9. §. si quis 8. de hær. inst. l. 8. §. 2. de bonor. poss. sec. tab. l. 4. C. de test.* & generaliter in omnibus partibus juris demonstratio vice nominis fungitur, *l. 6. de reb. cred. l. nominatim 34. de cond. & dem. l. 2. de lib. & posth.* Cui jam & illud consequens est, ut si falsum nomen adjectum sit, errante in nomine testatore, nihilominus & institutio, & legatum valeat, perindeque habendum sit, quasi nomen omninò adjectum non esset; dummodò certum sit demonstratione testatoris, de quo ille senserit. Ut enim cætera omittantur, personam tamen necesse est ita demonstrari à testatore, ut certò appareat, quem ille intellexerit, *d. l. quoties §. si quis.* Pro non dicto enim est, aut pro non scripto, quod ita dictum scriptumve est, ut non intelligatur, *l. 2. de his, quæ pro non script. hab.* Finge ergò, hoc modo vel instituisse, *Corneliæ sororis meæ filius hæres esto*; vel legasse, *Corneliæ sororis meæ filio fundum illum do, lego:* si soror unum tantùm filium habeat, hic quia satis apparet, quem testator designavit, valet institutio & legatum. Idemque est, si sic dixerit, *Cornelius sororis meæ Corneliæ filius hære esto:* aut, *Cornelio sororis meæ Corneliæ filio centum lego:* etiamsi ei non Cornelio, sed Sempronio nomen sit. Porrò dum certa sit demonstratio, unde ea ducatur, nihil interest. Nam & sic rectè hæres nuncupatur indicio digiti, *Hic mihi hæres esto*, cum præsens est, qui ostenditur, *l. nemo 58. de hær. inst.* Denique & sic quoque rectè demonstratur, *Cujus nomen in codicillis scripsero, ille mihi hæres esto, l. 10. de cond. inst.* cujusmodi demonstrationes in legatis vel magis valere debent. Pari ratione etsi testator erraverit in nomine rei legatæ, veluti si fundum Cornelianum pro Semproniano nominaverit, utile est legatum, & debebitur Sempronianus, si constet hunc legatum esse, *l. 4. de legat. 1.* Et convenienter, si-

si quis cum unum tantum servum haberet, dixerit, *Servum meum Stichum do, lego*, valebit legatum, licet servo *Davus*, non *Stichus*, nomen sit, *arg. §. seq.* Plane, si quis cum vestem legare vellet, supellectilem scripserit, putans vestem appellatione supellectilis contineri, placet, nec supellectilem nec vestem deberi, quasi neutrum legatum sit, *d. l. 4. de legat. 1.* ubi Jurisconsultus differentiæ hanc rationem reddit, quod *rerum vocabula immutabilia sint, hominum mutabilia.* Rerum vocabula vocat, quæ Grammatici appellativa; hominum, quæ illi propria, eo quod rei sive personæ tantum singulari designandæ causa reperta sunt. Hæc mutabilia esse ait, quia scilicet privata sunt, & pro arbitrio singulorum & imponuntur, & mutantur; illa immutabilia, quia publica & communia, *l. Labeo 7. §. 2. de supell. leg.* ut proinde error in his tolerabilis sit, in illis stultus & intolerabilis. Et est sane ingens inter hæc discrimen. Propria nomina omnia θέσει constant, & ita ut pro arbitrio cujusque privati, & citra considerationem naturæ rei imponantur: unde nec rei οὐσίαν, sed tantum differentiam ἰδιωτικὴν indicant. Appellativa autem fere φύσει constant, id est, à natura vim suam habere videntur, saltem prima, quæ sunt ἀρχικὰ καὶ στοιχεῖα, id est, principia & elementa reliquorum. Sane Cratylus apud Platonem existimat, majorem quandam vim, quam humanam, prima rebus nomina imposuisse. Sed & flexa, etsi impositia sunt, publica tamen & ipsa sunt ac communia, & sive prudenter, sive temere & ἀπὸ τοῦ αὐτομάτου imposita sunt, non sunt tamen arbitraria, ut ex singulorum opinione exaudiri debeant, sed ex communi usu. In summa eorum impositio naturæ consona habetur, nec minus hæc, quam prima, ipsam rei substantiam indicant. De illo quæsitum est, an non saltem valeat legatum, si res, cum oculis subjecta esset, à testatore demonstrata sit, ut alieno nomine eam appellaverit; veluti si, cum equus præsens esset, ita legavit, *Hunc bovem Titio do lego.* DD. comm. probant sententiam Accursii in *l. quæ extrinsecus 65. de verbl. obl.* existimantis, valere, atque equum deberi: quod tamen mihi minime consentaneum videtur ei, quod scribit Paulus *l. 3. de reb. dub.* eum, *qui aliud dicit, quam vult, neque id dicere, quod vox significat, quia non vult, neque id, quod vult, quia id non loquitur*: convenienter plane sententiæ sive Servii sive Celsi, *non videri quenquam id dixisse, cujus non suo nomine usus sit*, aut, quod idem valet, neminem videri sensisse, quod non dixit: quanquam Tubero plus hic tribuebat voluntati, *l. 7. §. 2. de sup. leg.* Quamobrem magis est, ut tale quoque legatum inutile haberi debeat, atque æque stultum ac derisorium, ut illa de quibus *in l. 4. de legat. 1.* quod etiam Mynsingero verius videtur. Sane si quis chartas librorum appellatione, aut contra, complexus esse dicatur, locus esse potest quæstioni voluntatis propter rerum affinitatem, *l. librorum 52. §. quod tamen 4. de legat. 3.* Quin etiam generaliter id admittendum putem, si aliquo colore usuve loquendi vocabulum, quo testator usus est, ad id, quod voluisse dicitur, extendi potest, *arg. l. 9. de trit. vin. ol. leg.*

Significandorum hominum gratia] Ratio elegans. Si enim nomina in hoc inventa sunt, ut per ea commodius personæ designentur, profecto nec omissio nominis, nec error in nomine legatarii, si aliunde de persona ejus certo constat, legatum vitiare debent: & recte Pedius nihil referre dicebat, proprio nomine res appelletur, ad digito ostendatur, an vocabulis quibusdam demonstretur, quoniam vice mutua fungantur, quæ tantundem præstant, *l. 6. de reb. cred.*

TEXTUS.

De falsa demonstratione.

30. *Huic proxima est illa juris regula, falsa demonstratione legatum non perimi. Veluti si quis ita legaverit,* Stichum servum meum vernam do, lego. *Licet enim non verna, sed emptus sit: si tamen de servo constat, utile est legatum. Et convenienter, si ita demonstraverit,* Stichum servum, quem à Sejo emi, *sitque ab alio emptus, utile est legatum, si de servo constat.*

COMMENTARIUS.

1. *Regulam hoc loco traditam sic esse temperandam, nisi quid aliud legato obstet præter falsitatem demonstrationis: quod variis exemplis declaratur.*

Quod in errore nominis personæ legatarii, aut proprii vocabuli rei legatæ custoditur, ut etsi falso hujusmodi nomine testator usus sit, legatum tamen ob id non vitietur, modo de persona aut re aliunde constet, id etiam obtinet in demonstratione, hoc est, adjectione omni, quæ extra nomen personæ aut rei designandæ gratia adhibetur, ut etsi vel in persona legatarii, vel in re legata demonstranda aliquid erratum sit, tamen perinde legatum valeat, ac si nullus error intervenisset; dummodo constet, cui legare, aut quam rem legare testator voluerit, *l. demonstratio 17. in pr. & §. 1. l. falsa 33. cum l. seq. de cond. & dem.* Ratio est, quia nomen & demonstratio mutua vice funguntur, aut demonstratio vice nominis, *l. 6. de reb. cred. l. nominatim 34. de cond. dem.* Eoque respicit Justinianus in

pr. hujus §. cum ait, proximam esse superiori hanc juris regulam, *falsa demonstratione legatum non perimi.* Habet autem hæc regula suas nonnullas exceptiones, & in universum sic temperanda est, nisi quid aliud legato obstet præter falsitatem demonstrationis. Etenim si demonstratio certam rem aut summam indicet, sed circumscriptam certo loco, eaque res illo loco non reperiatur, inutile hoc esse legatum traditum est. Ut ecce, testator ita legavit, *Centum, quæ in arca habeo, Titio lego.* Si hæc in arca nulla sint, placet nihil deberi, quasi certum corpus, quod in rerum natura non est, legatum sit, *l. si servus 108. §. qui quinque 10. de legat. 1. l. 1. §. sed & si 7. de dot. prel. juncta l. plane 34. §. 4. de legat. 1.* prius enim esse debet, quod legatur, quam legatum valeat, aut dici possit falsa demonstratione non perimi, *l. quibus 40. §. pen. de cond. & dem.* Item si quis ita legaverit, *Quod mihi Titius debet, Sempronio lego,* sine adjectione coroporis aut quantitatis, neque Titius quicquam debeat, placet nullum legatum esse, non propter vitium demonstrationis, sed alia evidenti ratione, quia non apparet, quid quantumve legatum sit, *l. si sic legatum 75. §. 1. de legat. 1.* Et eadem igitum ratione inutile erit & hoc legatum, *Quod Titio debeo, ei lego,* si testator neque debeat, neque quantitas adjecta sit; quamvis si ita dixerit, *Decem, quæ Titio debeo, ei lego,* nec quicquam Titio debeatur, legatum sit inutile: quia sola falsa demonstratio legatum non vitiat, *d. l. si sic legatum, §. 1. l. legavi 25. sub fin. de lib. leg.* Sed & amplius licet quantitas adjecta sit, tamen ne sic quidem semper utile legatum in superioribus speciebus. Finge, testatorem ita legasse, *Centum, quæ Titio debeo, Sempronio lego,* constat, hoc legatum inutile esse, etiamsi verum sit, centum Titio deberi: quoniam debitor id quod ipse debet, alii quam creditori legare non potest. Quam ob causam nec si falsum erit, legatum valebit: nam quod inutile foret legatum detracto vitio demonstrationis, id adjecta vitiosa demonstratio utile efficere non potest. Finge iterum legasse hoc modo, *Titio centum, quæ mihi debet, lego,* cum Titius nihil deberet, responsum est, nihil hic item esse in legato, multumque interesse inter falsam demonstrationem & falsam conditionem sive causam, *d. l. si sic legatum, §. 1. d. l. legavi; vers. quod si sic.* Nimirum etsi hic centum verbo legata sunt, revera tamen nihil aliud legatum, quam liberatio: quo legato hoc continetur, ut si hæres petat, exceptione removeri, si non petat, ultro pulsari possit, ut debitorem liberet, *l. 3. §. 3. de lib. leg.* Neutri vero horum locus esse potest, ubi nulla est obligatio. Pari denique ratione si testator centum, quæ Titius ei debeat, legaverit Sempronio, dicendum erit, inutile esse legatum, si nihil Titius debeat, *d. l. si sic legatum, §. 2,* quippe nec hic legantur centum, quæ hæres det, sed actio, quam præstet adversus Titium: hoc enim legato nominis continetur, ut hæres actiones suas præstet; nullas vero habere aut præstare potest adversus eum, qui nihil debet: quod Jurisconsultus in *d. l. si sic legatum, §. 2.* breviter his verbis significat, *Esse enim debitor debet.*

Stichum servum meum vernam] Exemplum falsæ demonstrationis. Est autem verna servus domini ex ancilla natus, οἰκογενής, οἰκοτραφής. Quod nomen Festus à *vere* deductum putat, *quod id tempus duce natura fœturæ est.* Hinc *vernaculus*, ut *vernacula lingua, uvæ vernaculæ*, id est, ἐπιχώριοι. Cicero *vernaculum crimen* pro domestico; Cæsar *6. comment. vernaculas Pompeji legiones* pro propriis dixit.

Stichum servum, quem à Sejo emi] Aliud ejusdem generis exemplum ex *l. demonstratio 17. §. 1. de cond. & dem.* ubi & aliud occurrit, veluti si ita servus demonstratus sit, *Stichum sutorem, Stichum cocum Titio lego.* Licet enim neque sutor, neque cocus sit, ad legatarium pertinere dicitur, si de eo sensisse testatorem appareat. Exempla autem hæc sunt falsæ demonstrationis adjectæ rei legatæ: idem vero etiam obtinet, si in persona legatarii designanda quid erratum sit aut falso demonstratum, puta circa corpus, vel artificium, vel officium, vel patriam, vel necessitudinem, vel affinitatem, dummodum de persona ejus constet, cui testator legaverit, *d. l. 17. §. 1. l. falsa 33. & l. seq. eod.* Quod tamen & ipsum semper sic accipiendum est, dum nihil amplius obsit legato, quam falsa demonstratio; non etiam error, qui obstet voluntati: qualis plerumque nascitur ex errore sanguinis. Nam si quis propter hanc opinionem aliquid alicui legaverit, ut sanguine conjuncto, qui non erat, legatum non valebit, *arg. l. 4. & l. 7. C. de hær. inst.*

TEXTUS,

De falsa causa adjecta.

31. *Longe magis legato falsa causa adjecta non nocet: veluti cum quis ita dixerit,* Titio, qui me absente negotia mea curavit, Stichum do, lego: *vel ita,* Titio, quia patrocinio ejus capitali crimine liberatus sum, Stichum do, lego. *Licet enim neque negotia testatoris unquam gesserit Titius, neque patrocinio ejus liberatus sit, legatum tamen valet. Sed si conditionaliter enuntiata fuerit causa, aliud juris est: veluti hoc modo,* Titio, si negotia mea curaverit, fundum meum do, lego.

NOTÆ.

31. *Legato non nocet*] Quia ait Papinianus, ratio legandi legato non cohæret, *l. 72. §. 6. de cond. & dem.* Id est, quia legatum constat etiam citra rationem adjectam legato, ideo falsa causa non nocet, quia vera quoque necessaria non est. At citra nomen aut demonstrationem legari non potest.

COMMENTARIUS.

1. *Cur longe minus falsa causa legato adjecta nocere dicatur, quam falsa demonstratio.*
2. *Causam in futurum collatam sive modum huc non pertinere.*
3. *Qua ratione legatum in proposito sustineatur.*
4. *Insigne hujus juris temperamentum.*
5. *Qua in re conditio & modus conveniant, & discrepent.*

1 Quod juris est, ait Gajus, in falsa demonstratione, hoc vel magis est in falsa causa, *l. demonstratio 17. §. 2. de cond. & dem.* Causa nostris dicitur causa præterita, seu ratio, propter quam aliquid datur aut fit, *l. damus 52. de cond. ind.* causa irritatrix, quam dialectici προκαταρκτικὴν vocant; alias ἀφορμὴ, occasio, causa impellens, dicitur. Igitur causa, id est, ratio legandi, etiamsi falsa sit, legato non obest. Sed cur ait, longe minus falsam causam legato adjectam nocere, quam falsam demonstrationem? Puto idcirco, quia nomen & demonstratio cum legato cohærent; adhibentur enim ad personam legatarii aut rem legatam designandam: causa autem legandi à legato separata est, & sine ulla causa legari & potest & solet. Hanc differentiam indicat Papinianus *l. cum tale 72. §. falsam 6. de cond. & dem.* cum ideo ait falsam causam legato non obesse, *quia ratio legandi legato non cohæret.* 2 Causa, quæ in futurum confertur, modus appellatur; veluti, *Centum lego ut opus extruatur.* &c. *d. l. 17. §. ult. de cond. & dem. tit. C. de his quæ sub. mod. leg.* Ea autem huc non pertinet: quia quod sub modo legatum est, perinde fere habetur, ac si sub conditione relictum esset, *l. si cui 92. de cond. & dem. l. 1. C. d. tit.*

3 *Legatum tamen valet*] Donare enim nihilominus testator voluit, aut saltem voluisse præsummitur. Quippe qui sciebat, se ob negotia sua gratis gesta, aut patrocinim sibi præstitum nulla necessitate remunerandi teneri, *arg. l. donari 82. de reg. jur. l. damus 52. l. in summa 65. §. 2. de cond. ind.* Cum igitur gratuitam mereque voluntariam exercuerit liberalitatem, non debet hanc evertere falsitas occasionis, qua primum provocatus ad legandum fuit. Nam & si quis inter vivos ob hanc causam quid dederit, quod negotia sua adjuta putabat, falsa licet persvasione, datum consistit, nec repeti potest, *d. l. damus, de cond. ind.* redditurque hæc ratio in *d. l. in summa §. 2. eod.* quia qui dedit, donare voluit. Et vel magis igitur id valere debet in ultimis voluntatibus, *argum. in l. testamentis 12. de reg. jur.* Cæterum insigne hujus juris temperamentum Papinianus addit *l. tale 72. §. falsam, de cond. & dem.* nisi hæres probet testatorem legaturum non fuisse, si causam, quam adjecit, falsam esse scivisset. 4 Verba Papiniani sunt, *Sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur, alias legaturum non fuisse.* Quasi dicat, etsi falsa causa adjecta legatum nunquam ita vitiat, quin summo jure peti possit, propter regulam de falsa causa: tamen plerumque fieri, ut petentem legatarium hæres summoveat exceptione doli mali, docens, testatorem solius causæ, quæ adjecta est, gratia legatum reliquisse, alias non fuisse legaturum: Id vero sæpe probatu non est usque adeo difficile. Quid enim si testatur aliquando apud amicos aperte dixerit, se, si verbi causa, Titius negotia sua non curasset nihil habere, cur ei quicquam relictum vellet; vel se facere non potuisse, quin egregium officium sibi à Titio præstitum legato aliquo remuneraretur; aliam legandi causam non habuisse; vel hoc unum se movisse, ut Titium legato honoraret, quia restitutionem sibi à Principe impetrasset, alias nihil se illi legaturum fuisse. Denique quotiescunque probari potest, tanquam pro compensatione accepti beneficii legatum datum esse, locus erit exceptioni doli: quippe quæ omnibus obstat, qui non ex voluntate defuncti aliquid petunt, *l. 3. §. ult. de adim. leg. l. 4. §. præterea 10. de dol. mal. exc.* Et ideo si quis cum Titio quædam sua negotia peregre curando commisisset, atque existimans ea diligenter curata esse, centum eidem Titio legaverit; cum adjectione hujus causæ, quam falsam esse & negotia illa neleсta hæres doceat; putarem hic etiam petenti legatario obstaturam doli mali exceptionem.

Conditionaliter enuntiata] Si causa conditionaliter hoc modo enuntiata fuerit, Titio, si negotia mea curavit, fundum lego, causa legato ipsa conceptione cohæret, & si falsa est, fit, ut voluntas legato desit, & legatum sit inutile, *l. demonstratio 17. §. pen. de cond. & dem.* nam conditiones, quæ in præsens aut præteritum tempus conferuntur, si falsæ sint, statim vi sua inanem & inutilem actum reddunt, *§. pen. inf. de verb. obl.* Itaque hoc casu legatum non debebitur ipso jure; eoque nec exceptio adversus petentem desiderabitur. Conditioni affinis est modus: 5 utrumque enim futurum aliquid spectat: nam si hac legandi formula testator utatur, *Titio centum do. lego, ut mihi monumentum faciat*, legatum est sub modo, *d. l. demonstratio §. ult.* si ita dixerit, *Do lego si monumentum faciat*, est conditionale. Effectu autem inter hæc multum interest: nam legatum sub modo relictum purum est, & statim peti potest, præ-

stita

stita scilicet cautione de re restituenda, si modus non impleatur: sub conditione autem relictum non debetur ante eventum conditionis, & si conditio defecerit, extinguitur, *l.3. l.4. C. de cond. insert.* quanquam non omnium conditionum eventus perpetuo expectatur: nam si qua earum, quæ in non faciendo consistunt, collata sit in potestatem legatarii, desiderante eo statim repræsentatur relictum, dum is caveat, nihil se ejus facturum, quod testator vetuit: si contra fecerit, rem una cum fructibus restituturum ei, ad quem jure civili deficiente conditione legatum pertinere potest. Quæ cautio, quod à Q. Mucio inventa est & composita, Muciana dicta: atque in hæreditatibus quoque locum habet, *l.7. l. is qui 18. de cond. & dem.* Plura de conditionibus insertis *D. Tulden. & Perez. ad tit. C. de fals. ca. adj. & 2. seqq. Christin. vol.4. decis.49.*

TEXTUS.

De servo hæredis.

32. An servo hæredis recte legemus, quæritur. Et constat, pure inutiliter legari, nec quicquam proficere, si vivo testatore de potestate hæredis exierit: quia quod inutile foret legatum, si statim post factum testamentum decessisset testator, hoc non debet ideo valere, quia diutius testator vixerit. Sub conditione vero recte legatur servo, ut requiramus, an quo tempore dies legati cedit, in potestate hæredis non sit.

COMMENTARIUS.

Hujus & sequentis §. exiguus hodie usus est, servitute jam sublata. Proponuntur duæ quæstiones contrariæ, una hoc §. an servo hæredis recte legetur. Altera §. seq. an recte legetur domino servi hæredis instituti.

Pure inutiliter legari] Quod servo legatur, ipsi domino legari intelligitur, *l. non minus 31. de hær. inst.* proinde si servo legetur, vi ipsa hæredi à semetipso legatur; quod à juris ratione alienum est, *l. & quidem 18. l. legatum 116. §.1. de legat.1.* Ulp. *tit.24. §.20.* neque natura patitur, ut idem sibi & creditor sit, & debitor; quod fieri necesse est, si servo hæredis legari volumus: nam hæres hic & creditor fit oportet, quia dominus legatarii, & debitor, quia hæres testatoris. Hinc quotiescunque accidit, ut creditoris & debitoris jura in eandem personam concurrant, confunditur obligatio, & necessario extinguitur: quia nemo sibi obligatus esse potest, *l. sicut. 75. de solut. l.7. Cod. de pact.*

Si vivo testatore de potestate] Utrum quod pure relictum est, valeat, nec ne, ex tempore facti testamenti æstimandum, juxta præscriptum regulæ Catonianæ, quæ quod legatum inutile foret moriente statim testatore, ex postfacto convalescere non patitur, *l.1. de reg. Cat.* Atqui in proposito, si statim testator decedat, vires habere legatum non potest. Eadem ratione supra dictum est, cum res sua alicui legatur, quia hoc legatum ab initio non consistit, ideo non convalescere, etiamsi legatarius eam rem vivo testatore alienaverit, *§. sed si rem 10. sup. eod.*

Sub conditione vero recte] Quod legatum per conditionem suspenditur, id in incerto est aliquando valiturum sit, nec ne, ut dici non possit tempore testamenti valere aut non valere: & ideo placet Catonis regulam ad legata conditionalia non pertinere, *l.4. de reg. Cat.* quæ ob hoc amplius non pertinet ad legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam hæreditatem cedit, *l.3. eod.*

An quo tempore dies legati cedit] Dies legati sub conditione relicti ante eventum conditionis non cedit, *l.5. §.2. quand. dies leg.* id est, legatum sub conditione datum non ante deberi incipit, quam conditio extiterit, *l. cedere diem 213. de verb. sign.* atque ex eo demum tempore vires hujusmodi legatum capit; ut proinde etiam satis sit, cum conditio existit, rem in eo statu esse, ut possit vires capere; quemadmodum in proposito potest, si scilicet eo tempore servus non sit in potestate hæredis. Quod si tempore conditionis existentis adhuc in hæredis sit potestate, procul dubio legatum nullum est. Sed inquies, etiam in casu præcedenti contingere potest, ut die legati cedente servus non sit in potestate hæredis: potest enim ante mortem testatoris, ex quo tempore dies legati pure relicti cedit, ab hærede manumitti aut alienari. Respondeo, quod attinet ad utilitatem legati puri, ita spectari tempus mortis, ut id tempus vi & potestate regulæ Catonianæ conjungatur cum tempore testamenti facti, perindeque omnino habeatur, licet diutius testatorem vivere contingat, ac si statim testamenti facti tempore decessisset. Ex quo est, quod nec ad ulla legata regula pertineat, quorum dies non cedit tempore mortis, *l.3. de reg. Cat.*

TEXTUS.

De Domino hæredis.

33. Ex diverso, hærede instituto servo, quin domino recte etiam sine conditione legetur, non dubitatur. Nam etsi statim post factum testamentum decesserit testator, non tamen apud eum, qui hæres sit, dies legati cedere

Uuu 3 intelli-

intelligitur; cum hæreditas à legato separata sit, & possit per eum servum alius hæres effici, si prius, quam jussu domini adeat, in alterius potestatem translatus sit: vel manumissus ipse hæres efficitur: quibus casibus utile est legatum. Quod si in eadem causa permanserit, & jussu legatarii adierit, evanescit legatum.

COMMENTARIUS.

HÆc species superiori contraria est. Ait, ei, cujus servus hæres institutus est, etiam sine conditione recte legari, hac ratione, quia etiamsi statim decedat testator, tamen hoc casu dies legati apud eum, qui hæres fit, non cedit: innuens, legatum quidem cedere domino, ac proinde eo mortuo ante aditam hæreditatem ad hæredem ejus transmitti; sed non cedere apud hæredem, ut in casu superiori, cum domino hærede instituto servo ejus legatur. Quippe dominum non recta per servum hæredem fieri, sed ita, si jussu ejus hæreditatem adierit: posse autem fieri, ut servus institutus priusquam jussu domini hæreditatem adeat, vel manumittatur, vel alienetur, atque ita vel sibi, vel alteri domino, cujus jussu adierit hæreditatem acquirat, maneatque sic hæreditas à legato separata. Cum itaque hic legatum & hæreditas decedente testatore statim in eandem personam non concurrant, neque ita necessario sequatur hæreditatis cum legato confusio, ut superiore casu legati cum hæreditate, placet legatum interim in suspenso esse; & siquidem servus antequam jussu domini hæreditatem adierit, manumissus vel alienatus fuerit, utile esse legatum: si vero in eadem causa manserit, & jussu legatarii adierit, evanescere propter confusionem cum hæreditate, quo fit, ut in eum casum deducatur, unde incipere non poterat. Eadem ratione responsum est à filio hærede patri etiam pure legari posse; *l. à filio 25. quæsitum 91. in pr. de legat. 1.*

TEXTUS.

De modo & ratione legandi.
De ordine scripturæ.

34. Ante hæredis institutionem inutiliter antea legabatur; scilicet quia testamenta vim ex institutione hæredis accipiunt, & ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti hæredis institutio. Pari ratione nec libertas ante hæredis institutionem dari poterat. Sed quia incivile esse putavimus, scripturæ ordinem quidem sequi, (quod & ipsi antiquitati vituperandum fuerat visum) sperni autem testatoris voluntatem; per nostram constitutionem & hoc vitium emendavimus, ut liceat & ante hæredis institutionem, & inter medias hæredis institutiones legatum relinquere, & multo magis libertatem, cujus usus favorabilior est.

NOTÆ.

Sperni testatoris voluntatem] Quæ etiam juxta veterum sententiam totum in testamento facit, *l. 35. §. 3. de her. inst. l. 12. in fin. ad l. de leg. 1.*

Et ante hæred. institutionem] Nam in actu continuo & unius temporis nihil ὕστερον πρότερον videri debet; manetque hæredis institutio semper caput & fundamentum testamenti, sive sequatur sive antecedat. Wes.

COMMENTARIUS.

1. Veteres non satis idoneam rationem habuisse improbandi legata ante hæredis institutionem relicta: & n. 2.

SEquitur hujus tituli caput ultimum: in quo abolentur quædam juris veteris scrupulositates, quæ circa formam legandi observabantur; & nimirum hæ tres, quod ante hæredis institutionem, quod post mortem hæredis, quod pœnæ nomine legari non poterat.

Ante hæredis institutionem] Olim si ab institutione hæredis initium testamenti factum non esset, legata ante institutionem hæredis relicta inutilia erant; veluti si quis in ordinando testamento ita primo loco dixisset, *Titio centum do, lego*; deinde loco secundo, *Sempronius mihi hæres esto*: legatum hoc, ut præpostero ordine ante hæredis institutionem relictum non valebat, *Ulp. tit. 24. §. ante 14. Paul. 3. sent. 6. §. 1.* Cujus rei rationem hanc affert Ulp. *quia potestas testamenti ab hæredis institutione incipit.* Id est, quia per institutionem hæredis demum vires, robur ac firmamentum testamentum accipit: ut proinde hæredis institutio veluti caput ac fundamentum totius testamenti præcedere debeat: & quod ante relictum est, tanquam extra testamentum relictum videatur, ἐκτὸς τῆς διαθήκης, ut ait Theophilus. Cæterum hæc ratio Justiniano tanti visa non est, ut propter eam ordo scripturæ necessario sequendus sit, spreta testatoris voluntate. Et merito. Sit enim institutio hæredis caput & fundamentum testamenti, ex ea testamentum vires accipiat, uti revera accipit, *l. quod per manus, de jur. cod.* non ideo tamen legatum institutioni hæredis præpositum

per-

perinde habendum, quasi extra testamentum relictum sit: quoniam cum, unus continuus testandi actus sit, nihil in eo ὕστερον πρότερον videri debet: & proinde sive antecedat legatum, sive institutionem hæredis sequatur, institutio semper manet caput ac fundamentum testamenti. Nec scio, an aliam rationem habeat, quod olim etiam ante hæredis institutionem fideicommissum dari potuit, Ulp. *tit.* 25. *§. 6. & tutor. §. ad certum, sup. qui test. tut. dar.* & quod licebat testamentum ordiri ab exhæredatione, *l. 1. de hær. inst.* qua de causa Jurisconsultus ibi non simpliciter dicit, eum, qui testatur, ab hæredis institutione debere initium facere testamenti, sed plerumque debere.

Nec libertas hæredis institutionem] Quasi dicat, quamvis libertatis magnus semper fuerit favor; tamen hac in re non plus licuisse circa libertatis dationem, quam cætera legata. Excipit Ulpian. testamentum militis *tit. 1. de libert. §. post mortem* 15.

Et ipsi antiquitati] Ipsi etiam veteres in plerisque potiorem rationem ducunt voluntatis, quam ordinis scripturæ. Cujus rei exempla passim occurrunt. Ut in *l. 14. de pec. leg. l. cum pater* 77. *§. fidei* 12. *de legat. 2. l. 6. de solut. l. si idem* 14. *de legat. 2.* & identidem pronuntiant, voluntatem testatoris in testamento totum facere, *l. ex facto* 35. *§. rerum, de hær. inst. l. si mihi* 12. *in fin. de legat* 1. Atenim in hac specie, quæ non tam ab ordine scripturæ, quam à juris ratione dependere visa est, non sunt ausi idem definire. Quæ tamen profecto nimia fuit scrupulositas. Nam cum illud admiserint, ut fidejussor præcedere posset principalem obligationem, *§. 3. inf. de fidejuss.* nulla idonea ratio dari posse videtur, cur non etiam hoc receperint, ut legata præcedere possent institutionem hæredis. Neque enim magis fidejussio sine principali obligatione consistere potest, quam legatum sine hæredis institutione. Denique cum, ut antea diximus, actus testamenti sit continuus, in eo considerari non oportet, quid prius aut posterius fiat, cum totum illud, quod fit, unus sit unius temporis actus, *l. hæredes* 21. *§. ult. qui test. fac.* quod & D. Wesembecius notat.

Per nostram constitutionem] Non extat alia, quæ hujus rei meminit, quam illa ad Mennam præfectum prætorio in *l. ambiguitates* 24. *C. de testam.* qua tamen nihil aliud cavetur, quam ut ne vitia in scribendo commissa imperitia tabellionum obsint testatoris voluntati. Unde plerique putant, & est verisimile, constitutionem, qua primum atque ex professo jus vetus abolitum est, desiderari. Cæterum quod Baro existimat, constitutione illa sic cautum fuisse, ut ordo, qui hic commemoratur, à testatore observari debeat, & tantum inversio ordinis in scribendo à tabulario facta non vitiaret testamentum, falsum esse, arguunt verba hujus textus, quæ manifeste indicant, Justinianum sua illa constitutione totam hanc rem arbitrio testatoris simpliciter permisisse, ut nihil intersit, veterem ordinem servet, an à legatis initium sumat.

Et inter medias] Hoc etiam jure veteri licitum fuisse testis est Paul. 3. *sent. 6. §. 1.* Nostri notarii ineptiam suam produnt, dum semper fere à legatis & fideicommissis testamentum incipiunt, quasi putent inverti rerum ordinem, si hæredis institutio, quæ tamen caput est & basis totius rei, primo loco scribatur. *Gomez. 1. var. res. 2. n. 5. Jac. Verwey. art. test. cap. 16.*

TEXTUS.

De Legato post mortem hæredis, vel legatarii.

35. ***Post mortem quoque hæredis aut legatarii simili modo inutiliter legabatur: velut si quis ita dicat***, Cum hæres meus mortuus fuerit, do, lego. *Item*, Pridie quam hæres aut legatarius morietur. ***Sed simili modo hoc correximus, firmitatem hujusmodi legatis ad fideicommissorum similitudinem præstantes: ne in hoc casu deterior causa legatorum, quam fideicommissorum, inveniatur.***

NOTÆ.

35. *Quam fideicommiss.*] Jam olim enim benigne receptum erat, ut fideicommissa post mortem hæredis relinquere liceret, *l. 5. §. 1. de leg. 3.* Ulpian. *tit.* 25. *§. 6.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur post mortem hæredis aut legatarii legare non licuerit.*
2. *Cur licuerit in tempus mortis.*
3. *Legatum filio emancipato post mortem patris relictum conferri: cum pater morietur, non item.*

HÆc item mera quædam subtilitas fuit, quod olim post mortem hæredis aut legatarii legare concessum non erat, testibus Ulpiano *tit.* 24. *§. post mortem* 15. & Paulo 3. *sentent.* 6. §. 4. quam ob causam hunc quoque juris articulum emendavit Justinianus.

Inutiliter legabatur] Ulpian. *d. loc. post mortem hæredis*, inquit, *legari non potest, ne ab hæredis hærede legari videatur: quod juris civilis ratio non patitur*, & Paul. similiter *d. loc. post mortem hæredis legari non potest: quia nihil ab hæredibus hæredis relinqui potest.* Credo quia incertum est, quinam illi futuri sint; deinde quia mandare alieno hæredi non licet. In universum vero post mortem hæredi aut lega-

legatarii ideò legare non licebat, quoniam vetus erat regula juris, ut obligatio, quæ non cœperat à defuncto vel contra defunctum, in persona hæredis vel contra hæredem non inciperet, *§. post mortem* 12. *inf. de inut. stip.* Jam verò, si quod post mortem hæredis legatur, valere volumus, necesse est obligationem, quæ contra defunctum non incepit, adversus hæredem transire: si, quod post mortem legatarii, necesse est, ut obligatio, quæ à defuncto non incepit, ad hæredem ejus transeat. Cur igitur, inquies, fideicommissum post mortem hæredis relinqui potuit? Ulpian. *tit.* 25. *§.* 6. Resp. Benignè id receptum fuit, ut fideicommissum relinqui posset ab hæredis vel legatarii hærede, salvâ in cæteris superiore regulâ, *l.* 5. *de legat.* 3.

Cum hæres meus mortuus] Aut, *Titio, cum mortuus fuerit, do, lego.* Enimverò, quamvis post mortem legari non potuit, in tempus tamen mortis tam legatarii, quàm hæredis legatum conferri poterat, puta hoc modo, *L. Titio, cum morietur, do, lego:* vel, *Hæres meus, cum morietur, damnas esto dare. Paul. d. loc.* §. 5. *& Vlp. eod. l. si pecunia* 12. *§.* 1. *de legat.* 2. *l. hæres* 79. *§.* 1. *de cond. & dem.* quemadmodum & stipulatio in mortem promissoris aut stipulatoris utiliter concipiebatur, *§. ita autem* 14. *inf. de inut. stip.* Nimirum moriendi momentum vitæ attribuitur: quoniam viventes morimur; & mors, si non semel tota est, non est: unde fit, ut in tempus mortis collata obligatio, ante mortem in persona morientis incipiat, & cœpta ad hæredem transmittatur. Hinc etiam illud est, quod etsi filius emancipatus non tenetur conferre legatum post mortem patris ei relictum, *l. pen. de collat. l. nec emancipati* 15. *C. eod.* conferre tamen teneatur, quod ei legatum est, cum pater morietur: quia id non post mortem patris demum acquisivisse, sed moriente patre, manenteque adhuc vitâ, eum habuisse interpretamur. Constat autem, emancipatum juberi ea omnia conferre fratribus, qui in potestate manserunt, quæ moriente patre habuit, *l.* 6. *C. d. tit. Vlpian. tit. de poss. dand.* §. 3. *add. Cujac.* 3. *obs.* 34.

Pridie quam hæres aut legatarius morietur] Existimaverunt veteres, hoc legatum incidere in speciem præcedentem, & eum casum, quo post mortem hæredis aut legatarii legatur. Nam cum illud *pridie* ante mortem incertum sit, & non nisi postquam jam mortuus est hæres aut legatarius, sciri possit, quis ille dies fuerit, non magis hic obligationem ante mortem incipere posse crediderunt, quàm si expreßè post mortem legatum esset. Quam ob causam stipulatio quoque hujusmodi, *Pridie quam moriar*; vel, *Priedie quam morieris, dare spondes?* inutilis erat, *d. §. post mortem inf. de inut. stip.* Ecce sollicitam veterum diligentiam.

Correximus] Ex constitutione Justiniani etiam post mortem hæredis aut legatarii legare licet, uti & stipulatio in tempus post mortem stipulatoris aut promissoris concepta ex ejusdem constitutione valet, *l. scrupulosam C. de contr. stip.* Idem alia constitutione antiqui juris regulam abrogavit, permisitque, actiones ab hæredibus & contra hæredes incipere, *l. un. Cod. ut act. ab hæred.* Mutandi juris veteris hanc causam habuit, quod illud in pura puta subtilitate consistebat. Cur enim cum legatum in tempus mortis conferre liceat, non liceat in tempus post mortem, aut in ante diem mortis? Meræ subtilitatis est, momentum mortis vitæ in hac causa attribuere, atque hoc solo colore defendere legatum: aut propter illud verbum *pridie*, voluntatem testatoris infirmari.

Quam fideicommissorum] Nam fideicommissa etiam olim post mortem hæredis recte relinquebantur teste Ulpiano *tit.* 25. *§.* 6. *& in l.* 5. *§.* 1. *de legat.* 3.

TEXTUS.

Si pœnæ nomine relinquatur, admittatur vel transferatur.

36. *Pœnæ quoque nomine inutiliter antea legabatur, & adimebatur, vel transferebatur. Pœnæ autem nomine legari videtur, quod coërcendi hæredis causa relinquitur, quo magis aliquid faciat, aut non faciat: veluti si quis ita scripserit;* Hæres meus si filiam suam in matrimonium Titio collocaverit: *vel ex diverso,* Si non collocaverit, dato decem aureos Sejo: *aut si ita scripserit;* Hæres meus si servum Stichum alienaverit: *vel ex diverso,* Si non alienaverit, Titio decem aureos dato. *Et in tantum hæc regula observabatur, ut quamplurimis principalibus constitutionibus significaretur, nec Principem agnoscere, quod ei pœnæ nomine legatum sit: nec ex militis quidem testamento talia legata valebant: quamvis aliæ militum voluntates in ordinandis testamentis valdè observabantur: quinetiam nec libertates pœnæ nomine dari posse placebat: eo amplius nec hæredem pœnæ nomine adjici posse Sabinus existimabat: veluti si quis ita dicat,* Titius hæres esto: si Titius filiam suam in matri-

trimonium Sejo collocaverit, Sejus quoque hæres esto. *Nihil enim intererat, qua ratione Titius coerceretur, utrum legati datione, an cohæredis adjectione. Sed hujusmodi scrupulositas nobis non placuit: & generaliter ea, quæ relinquuntur, licet pœnæ nomine fuerint relicta, & adempta, vel in alium translata, nihil distare à cæteris legatis constituimus, vel in dando, vel in adimendo, vel in transferendo: exceptis videlicet iis, quæ impossibilia sunt, vel legibus interdicta, aut aliàs probrosa. Hujusmodi enim testamentorum dispositiones valere secta meorum temporum non patitur.*

NOTÆ.

Quod coercendi hæredis causa] Addit Ulp. *d. loc. non ut quid ad alium pertineat*, id est, non ut legatum facilius à legatario obtineatur. Itaqur tale legatum, *Hæres uxori meæ penum dato: si non dederit, centum dato, l. 1. de pen. leg.* & si quæ similia, non est exemplum legati pœnæ: etsi enim & hic constringitur hæres, id tamen non fit hæredis puniendi, sed legati juvandi causa. Locus Africani in *l. 1. de his, quæ pœn. caus.* interpolatus videtur à Tribon.

Secta meorum temporum] Ratio, disciplina, justitia, *l. ult. C. de pact.* Alex. *l. 2. Cod. ad leg. Jul. maj.* Trajan. *ad Plin.* 10. 56. Igitur tale legatum, *Hæres meus nisi mare ebiberit*, aut, *nisi uxorem prostituerit, centum Titio dato*, nullius momenti est; quia pœnæ causa hæredi, quod impossibile aut turpe est, injungitur. At cùm impossibilitas imponitur legatario, puta hoc modo, *Titio, si mare ebiberit*, &c. *centum lego*, valet legatum, & conditio hujusmodi pro non scripta habetur, ut *§. propen. sup. de hær. inst.* quod notandum.

COMMENTARIUS.

1. *Veteris juris, quod hic refertur, variæ rationes.*
2. *Quid sit pœnæ nomine legare.*
3. *Abrogatio hujus juris cum causa abrogandi.*
4. *Interpp. plerosque circa hunc articulum errasse, eo quod non satis intellexerint, quid sit, pœnæ nomine legare.*
5. *Notatur Bachovii & Sutholdi insignis error.*

Tertia hæc species est, in qua jus verus circa formam legandi à Justiniano mutatum. Olim quod pœnæ nomine relictum erat, in ea causa fuit, ut qualecumque hoc esset, in totum non valeret, *Vlpian. tit. 24. §. pœn. facit l. 12. d. cond. & demonst. l. 2. d. his quæ pæn. nom.* Jul. Capitolinus in Anton. *Primus constituit, ne pœnæ causa legatum relictum maneret.* Neque alia in hac re fideicommissorum, quam legatorum causa fuit, *Vlp. tit. 25. §. 11.* Hujus autem juris duplicem rationem fuisse Theophilus memorat. Primum, quoniam in hæredis arbitrium hoc legatum confertur: sic autem juris constitutio est, ut legatum in potestate hæredis poni non possit, *l. senatus 43. §. pœn. de legat. 1.* Deinde quia finis legandi hujusmodi legato obstat: quippe legata ex animo & benevolentia erga legatarium proficisci debere, non puniendi aut territandi hæredis causa relinqui: pœnę verò causa quod legatur, non beneficentiæ erga legatarium exercendæ gratiâ relinqui; sed contra naturam legati odio hæredis, ut sit pœna, non præmium, non honos. Quin & tertia ejusdem juris ratio dari potest, quod scilicet per ejusmodi legata infringebatur libertas faciendi, quod jure cuique facere licet, & licere debet: quod & ipsum jus civile improbat, *l. Titio 71. §. 2. de cond. & dem.* atque hanc quoque rationem videtur significare Theophilus, cui ait hoc genus legati modum quendam præscribere hæredibus, καθ' ὃν ἔδει αὐτοὺς πολιτεύεσθαι. 1

Adimebatur vel transferebatur] Exemplum sit; *Titio centum do, lego. Titius filiam suam Sejo in matrimonium ne collocet. Si Titius filiam suam Sejo collocaverit, quod Titio legavi, non do, non lego: vel, quod Titio legavi, Sempronio do, lego.*

Quod coërcendi hæredis causa relinquitur] Vel etiam quod coërcendi legatarii causa adimitur aut transfertur, ut in exemplo modo proposito. Plenius aliquanto definit Ulpianus *tit. 24. §. pœnæ 16. Pœnæ*, inquit, *causa legatur, quod coërcendi hæredis causa relinquitur, ut faciat quid, aut non faciat, non ut quid ad alium pertineat*: id est, non ut legatum, quod alicui relictum est, facilius à legatario percipiatur aut obtineatur. Quæ nos definitio docet, non omnem eum pœnæ nomine legare intelligi, qui coërcendi hæredis gratiâ legat; sed eum solum, qui nullam aliam causam legandi habet, quàm ut hæres coërceatur: quod diligenter notandum est, ut scilicet intelligamus, legatum pœnæ nomine non relictum videri, non solùm cum hæres non constringitur ullo modo, sed etiam, cum constringitur aut coërcetur, sed alius rei gratiâ, legati scilicet, quod datum est, juvandi aut voluntatis testatoris confirmandæ. 2

Et in tantum hæc regula observabatur] Amplificat veterem regulam quatuor modis. 1. quod etiam Principes in eo, quod pœnæ nomine ipsis relictum erat, huic se juri subjiciebant. 2. quod nec ex eo testamento militis hujusmodi legata debebantur. 3. quod ne libertas quidem pænæ causa dari poterat. 4. quod placebat, nec hæredem

pœnæ causâ adiici posse. Quibus & quintum adjici potest, quod nec fideicommissa, quorum longè laxior natura, quàm legatorum erat, pænæ nomine dari poterant, *Ulp. tit.* 25. §. *pœna* 11.

Hujusmodi scrupulositas nobis non placuit] Justinianus etiam in hoc articulo juris veteris observationem, ut nimis scrupulosam abrogandam putavit, idque effecit constitutione eâ, quæ extat in *l. un. C. de his, quæ pœn. nom.* ut jam quæ pœnæ nomine relinquuntur, vel adimuntur, aut transferuntur, non minus valeant, quàm cætera, quæ jure relicta sunt. Et profectò nemini iniquum videri debet, eum, qui hæres instituitur aut legato honoratur, pro modò relicti à testatore gravari, aut constringi, ut aliquid faciat, quod possit facere, & honestè possit: præsertim cum voluntatem defuncti legis instar observari etiam veteres voluerint, *l. ex facto* 35. §. *rerum* 3. *de hær. inst.* Humanum tamen esse plerisque visum est, ut hæres ob justam ac probabilem causam saltem excusetur à pœna, *Covar. in c. Rainaldus* §. 1. *n.* 7. *pand. de testam. Peregrin. lib.* 3. *d. jur. fisc. cap.* 18. *n.* 108. *Sand. lib.* 4. *tit.* 6. *def.* 1. Ex his verò perspicuum est, errare interpp. qui putant, jam tum tempore mediæ jurisprudentiæ pœnæ nomine legare licitum fuisse, & Justinianum hîc intelligere jus quoddam antiquius eo, quod relatum est in Pandectas.

4 Causam errori præbuit, quod intellexerunt, quid sit, pœnæ nomine legare. Putant, tale legatum: *Hæres uxori meæ penum dato: si non dederit, centum dato*; quale legatum citra controversiam semper valuit, *l.* 1. *de pœn. leg. l.* 1. §. *item si* 18. *ad leg. Falc. l. cum fine* 19. *quand. d. leg.* exemplum esse ejus, quod pœnæ nomine relictum est. Verùm ex definitione Ulpiani paulò ante à me relata atque illustrata facile apparet, hoc exemplum ad legata pœnæ causa relicta non pertinere: quippe in quo nihil proponitur relictum aut cautum odio hæredis, aut ob eam causam, ut hæres coërceatur: sed totum apparet relictum & cautum uxoris gratia. Manifesta igitur illa ignoratio est elench. Neque necesse est, ut cum Cujacio *tract.* 5. *ad African. in l.* 1. *de his, quæ pœn. nom.* excipiamus de regula hanc speciem, *Hæres meus tale monumentum mihi ædificato: si non ædificaverit, centum Titio dato l.* 6. *l. in testamento* 27. *de cond. & dem.* nam ne hoc quidem legatum pœnæ nomine relictum dici debet ex superiore definitione, quod præcipuè testatoris causa relictum est, & quo hæres provocetur ad faciendum, quod testator sibi fieri voluit. Justius movere interpp. potuit, *d. l.* 1. *de his, quæ pœn. nom.* Sed jam docti omnes vident, locum istum esse interpolatum, Tribonianumque de suo hæc verba, *illicitè vel probrosè*, responso Africani inseruisse, atque in calce item adjecisse verbum *talem*, ut subserviret constitutioni Justiniani, quæ quidem sublato jure veteri permittit pœnæ causa legari; sed excipit, quæ illicita, probrosa, vel impossibilia sunt.

Impossibilia, vel legibus interdicta] Impossibilia; veluti si quis ita leget, *Hæres meus, nisi digito cœlum tetigerit*, aut, *nisi mare ebiberit, Titio centum dato.* Legibus interdicta & probrosa, veluti si ita leget, *Nisi amitam uxorem duxerit, dato*: Legibus interdicta & probrosa, veluti si ita leget, *Nisi amitam uxorem duxerit, dato*: vel, *Si parenti alimenta præstiterit: Si patrem ab hostibus redemerit, dato*, *l. conditiones* 9. *de cond. inst.*

Hujusmodi dispositiones valere secta meorum temporum non patitur] Meritò hujusmodi dispositiones ne nunc quidem valere patitur: quippe pœnæ locus dari non debet, ubi nullum delictum, nulla fraus aut culpa est, *l. aliud est fraus* 131. *de verb. sign.* Quæ verò culpa aut fraus in eo, qui non facit, quod vel natura impossibile est, vel legibus aut bonis moribus contrarium? Igitur hujusmodi legatum, *Hæres meus, nisi mare ebiberit, nisi matrem domo expulerit, centum Titio dato*, nullius momenti est; ut benè Glossa in *d. l. un. C. de his, quæ pœn. nom.* notat, & disertè scriptum est in *d. l.* 1. *Pand. eod.* Mirorque adeò judicium Bachovii in *Treutl. vol.* 2. *disp.* 13. *thes.* 6. & Sutholti, qui hoc à præceptore hausit, *dissert.* 11. *n.* 59. contendentium, in proposito non vitiari legatum, sed vitiari illud ipsum, & non pro adjecto haberi, quod adjectum impossibile aut legibus interdictum est, *arg.* §. *impossibilis* 10. *sup. de hær. inst. l. ab omnibus* 104. §. 1. *de legat.* 1. *l.* 3. *de cond. & demonst. cum similib.* quibus locis traditur, conditionem impossibilem aut turpem legato adjectam legatum non vitiare, sed ipsam vitiari & pro non scripta esse. Quis enim non videt, quantum intersit, utrum simpliciter quis centum leget sub conditione impossibili aut turpi, puta hoc modo, *Titio, si digito cœlum tetigerit, si uxorem suam prostituerit, centum do, lego*: an centum leget pœnæ causa, eo hæredi injuncto; quod impossibile aut probrosum est; veluti si ita dicat, *Hæres meus, nisi digito cœlum tetigerit, nisi uxorem suam prostituerit, centum dare damnas esto?* Illic legatum non vitiatur, sed favore ultimæ voluntatis ejusmodi conditiones detrahuntur aut remittuntur, ne legatario, cui nihil imputari potest, fraudi sit, quod non pareat conditioni, cui per rerum naturam aut leges parere non potest. Hic legatum nullius momenti est, non quia legato adjecta impossibilis aut turpis conditio: sed quia relictum est puniendi hæredis causa, si ipse conditioni non pareat, id est, non faciat, quod natura aut jure facere non potest. Hic inquam tale legatum inutile esse placet, ne puniatur, qui pœnam non meretur. Atque hanc esse mentem Justiniani ex hoc ipso loco satis intelligitur, cum legatis, quæ pœnæ nomine re-

linquuntur, confirmatis, excipit ex eo genere, quæ impossibilia aut turpia sunt. Vidit tandem hoc etiam D. Bachovius, & verum esse confessus est in comment. ad hunc §.

TITULUS XXI.

D. Lib. 34. Tit. 4.

De Ademptione Legatorum, & translatione.

Continuatio. Quam variis modis ademptio legatorum fiat.

Dictum hactenus est de iis, quæ ad constitutionem legati pertinent: nunc, uti mos est Jurisconsultorum, exponitur, quomodo rectè ab initio constituta infirmentur. Id fit cum aliis modis, tum maximè ademptione aut translatione; de quibus etiam hic Justinianus solum agit. Est autem hæc facultas liberrima, ut quod testator semel alicui legavit, id ei adimere, aut in alium transferre possit; voluntasque defuncti ambulatoria est usque ad vitæ supremum exitum, *l.* 4. *hoc tit* Ademptione legati vel ipso jure legatum extinguitur, vel ope exceptionis enervatur. Ipso jure legatum ademptum intelligitur, si testator declaraverit contrariam voluntatem: idque vel verbis; sive directo contrariis, dum testatur se adimere quod dedit; sive aliis quibuscum, ex quibus apertè intelligatur, pœnituisse eum prioris voluntatis: arg. *l. Divi* 13. *eod.* vel rebus & factis: veluti si legatum consulto induxerit, *l. nihil interest* 16. *eod.* aut rem legatam destruxerit, *l. si ita* 65. *§. ult. de legat.* 1. *l. lana* 88. *§.* 2. *de legat* 3. aut in novam speciem transtulerit, quæ ad pristinam materiam reduci non possit, *d. l. lana in pr. &* §. 1. vel nulla necessitate adductus alienaverit, de quo actum *tit. præc. §. si rem* 12. vel denique si quis nomen debitoris sui alteri legatum exegerit, de quo sub §. *tam autem* 21. *eod. tit.* Ope exceptionis ademptio introducitur, si quid intervenerit, ex quo mutata voluntas testatoris colligi possit, cum neque verbis, neque facto aliquo palam declaraverit se legatum adimere; veluti si graves inimicitiæ inter testatorem & legatarium intercesserint, nec reconciliatio sequuta sit, hic petenti legatario obstabit exceptio doli ex nuda eaq; præsumpta contraria voluntate, *l.* 3. *§. ult. junct. l. seq. hoc tit.* Proinde omnino assentior Bartolo in *l. si ita* 14. *de legat.* 1. *Angelo, Mynsing. & Schneid. hic*, posse legatarium opposita exceptione doli submoveri, etiamsi imperfecto testamento legatum ademptum esse proponatur: quippe cum hæc exceptio obstet omnibus, qui voluntate testatoris destituuntur, *l.* 4. *§. præterea* 10. *de dol. mal. exc. l. militis* 36. *§.* 3. *de testam. mil.* Præter hæc, quod hic non tangit Justinianus, legata etiam casu intercidunt, videlicet si testamentum, quo aliquid relictum est, rumpatur aut irritum fiat, *l. filio* 17. *de injust. rupt. l.* 8. *§. pen. de inoff. test. l. si nemo* 181. *de reg. l.* 1. *C. de post. hær. inst.* Unde tamen hic exceptio est ex jure novissimo, nisi testamentum rescissum sit ex causa præteritionis aut exheredationis: quod cum incidit, sola institutio irrita esse jubetur, cætera autem capita rata manere, *auth. ex causa C. de lib. præt. vid. sup. tit. de inoff. test.* Porro eadem libertate, qua legatum adimitur, etiam in alium transferri potest, de quo in §. 1. seu parte hujus tit. altera.

TEXTUS.

De ademptione.

Ademptio legatorum, sive eodem testamento adimantur, sive codicillis, firma est. Sed & sive contrariis verbis fiat ademptio; veluti si quod ita quis legaverit, Do, lego, *ita adimatur,* Non do, non lego: *sive non contrariis, sed aliis quibuscumque verbis.*

NOTÆ.

Sive codicillis] Testamento confirmatis ipso jure. Ulpian. *tit.* 24. *§.* 27. fac. *l.* 43. *de man. test. d. l.* 26. *de vulg. & pup.* non confirmatis tuitione prætoris, opposita petenti doli mali exceptione, *l.* 4. *§.* 10. *de dol. mal. exc.*

Firma est] *l.* 17. *C. de legat.* Quippe voluntas defuncti ambulatoria est usque ad vitæ supremum exitum, *l.* 4. *hoc tit.*

Aliis quibuscumque verbis] Ut in *l.* 3. *§.* 8. *l.* 13. *eod.* vel si facto aliquo contrariam voluntatem declaraverit, cujusmodi exempla habes, *l.* 16. *eod. l.* 65. *§.* 2. *de leg.* 1. *l.* 88. *eod.* 3. *§.* 12. *sup. tit. præc.* Ope etiam exceptionis ademptio introducitur ex nuda contrariæ voluntatis præsumptione, veluti si graves inimicitiæ inter testatorem & legatarium exortæ fuerint, nec reconciliatio secuta, *l.* 3. *§. ult. l. seq. h. t.*

COMMENTARIUS.

Sive eodem testamento] Meminit tantum ejusdem testamenti, propterea quod si aliud testamentum factum fuerit, hoc ipso legata priore

testamento relicta infirmantur, unaque cum testamento, in quo relicta sunt citra ullum alium revocationem corruunt. Et igitur quod priore scriptura testamento datum est, id posteriore adimi potest, *l. Divi* 13. *l. nihil prohibet* 17. *hoc tit. l. si quis* 16. *de vulg. & pup.* Atque adeo etiam statim & continenter, ut opinior, revocari; puta hoc modo, *Centum Titio do, lego: imo non do, non lego.* Neque obstat, quod traditur in *l. ubi* 188. *de reg. jur.* ubi pungnantia in testamento jubentur, neutrum valere: quod Græci reddiderunt τὰ ἐν διαθήκῃ ἀλλήλοις ἐναντιούμενα οὐκ ἔρρωται. quoniam regula ista procedit in perplexis atque inter se collidentibus: cujusmodi speciem habemus in *l. si Titius* 16. *de cond. inst.* non ubi prior scriptura per posteriorem corrigitur, commutatur, aut rescinditur, *d. l. nihil prohibet*, & ibi *Gloss. & Bart. hoc tit.*

Sive codicillis] Intellige testamento confirmatis, ut bene Martin. & Placent. teste Accurs. *hic & in præfat. Nov.* 159. *vers. manifestum.* Quippe cum codicillis testamento non confirmatis nihil directo dari potuerit, *l. libertatis* 43. *de man. test.* §. *preterea* 10. *inf. de fideic. her.* consequens est, & arguit *l. si quis* 16. *de vulg. & pup.* nec quod testamento datum erat, codicillis non confirmatis potuisse adimi; ita quidem certè, ut ademptio ipso jure valeret; nam quin petens legatarius per exceptionem doli hoc casu repelli potuerit, non est dubitandum, *l.* 4. §. *preterea* 10. *de dol. mal. exc.* Errat igitur & *Accurs. dd. loc. & Bart. in l. si ita* 14. *de legat.* 1. quorum ille contendit, ne confirmatis quidem codicillis ipso jure legatum adimi; hic contra ipso jure adimi codicillis etiam non confirmatis: quod tamen novo jure defendi poterit. Quoniam autem olim legata ab intestato dari non poterant, quæri non potuit, an ita data aliis codicillis potuerint adimi: sed huic quæstioni locus erat in fideicommissis. Hodie tamen etiam in legatis est, post eorum cum fideicommissis exæquationem: cumque dari legata codicillis & ab intestato possint, consentaneum est, posse etiam ipso jure similiter adimi: eoque jure utimur.

TEXTUS.

De translatione.

§ I. *Transferri quoque legatum ab alio ad alium potest; veluti si quis ita dixerit,* Hominem Stichum, quem Titio legavi, Sejo do, lego: *sive in eodem testamento, sive codicillis id fecerit: quo casu simul & Titio adimi videtur, & Sejo dari.*

COMMENTARIUS.

AB *alio ad alium*] Ex Cajo *l.* 5. *hoc tit.* Potest vero & aliis modis translatio fieri. Paulus *l.* 6. *eod.* quatuor modos commemorat. *Aut enim*, inquit, *à persona in personam transfertur*; ad quem modum pertinet species hic proposita: *aut ab eo, qui dare jussus est, transfertur, ut alius det: aut cum res pro re datur, pro fundo decem aurei: aut quod purè datum est, transfertur sub conditione* Adjiciatur & quintus, cum quod prius sub conditione datum est, deinde pure legatur, *l. non ad ea* 89. *de cond. & dem.*

Hominem Stichum, quem Titio legavi, Sejo do, lego] Videtur hæc formula similis esse formulæ conjunctionis, quæ re fieri dicitur, cum disjunctim eadem res duobus legatur; qualis illa, *Titio hominem Stichum do, lego: Sejo eundem do, lego:* qua nil Titio adimi sed Sejus in eandem rem cum Titio vocari intelligitur, §. *si eadem tit. prec.* nisi evidenter appareat, adimere testatorem voluisse, *l. si pluribus* 33. *de legat.* 1. Sed diversæ omnino sunt hæ formulæ: & cum quis ita dicit, *Quod Titio legavi, id Sejo do, lego;* ex ipsa conceptione perspicuè apparet, Titium & Sejum non conjungi in eandem rem, sed adimi Titio, quod ei legatum erat, & Sejo dari. Quam ob causam, etiamsi persona legatarii non mutetur sed verbi gratia ita testator scripserit, licet ex continenti, *Stichum, quem Titio legavi, heres meus illi dato, si illud aut illud factum erit;* legatum sub conditione translatum videri responsum est, eo quod commemoratione prioris legati posterius scriptum sit, *l. non ad ea* 89. *de cond. & dem.* Obstare tamen videtur, quod ex Juliano Ulpianus & Paulus referunt in hac specie, *Ex qua parte Sejum instituti, ex eadem parte Sempronius heres esto;* Sejum & Sempronium conjunctim intelligi institutos, *l. Iulianus* 15. *in pr. de her. inst. l. triplici* 142. *in fin. de verb. sign.* Sunt qui in institutione hæredum sic jus esse arbitrantur, in legatis contra: quod ego falsum puto, & diversas esse formulas: *Stichum, quem Titio legavi, Sejo lego: & Stichum, quem Titio legavi, eundem Sejo lego:* illa enim apertè adimitur Titio, quod Sejo datur: hac uterque in eandem rem manifestè conjungitur; cum idem utrique legatur.

Titu-

TITULUS XXII.

D. Lib. 35. Tit. 2. C. Lib. 6. Tit. 50. Nov.

De Lege Falcidia.

Ratio ordinis, & argumentum tituli.

IN disputatione de legatis omitti non debuit de lege Falcidia, qua novissimè antiqua legandi licentia repressa, & modus legatorum constitutus est. Indicatur hic primum occasio hujus legis ferendæ; inde summa juris lege constituti proponitur. Tertio docetur, quo tempore visum sit spectari modum patrimonii in ponenda ratione legis. Postremo, quæ res ante rationem Falcidiæ deducantnr, ostenditur, & quomodo porro in reliquo ratio legis ineatur.

TEXTUS.

Continuatio. Ratio, & Summa hujus legis.

Superest, ut de lege Falcidia dispiciamus, qua modus novissime legatis impositus est. Cum enim olim lege duodecim tabularum libera erat legandi potestas, ut liceret vel totum patrimonium legatis erogare: quippe cum ea lege ita cautum esset, Uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto: *visum est hanc legandi licentiam coarctare: idque ipsorum testatorum gratia provisum est, ob id quod plerumque intestati moriebantur, recusantibus scriptis hæredibus pro nullo aut minimo lucro hæreditatis adire. Et cum super hoc tam lex Furia, quam lex Voconia latæ sunt, quarum neutra sufficiens ad rei consummationem videbatur, novissimè lata est lex Falcidia, qua cavetur, ne plus legare liceat, quam dodrantem totorum bonorum: id est, ut sive unus hæris institutus sit, sive plures, apud eum eosve pars quarta remaneat.*

NOTÆ.

Ipsorum testatorum gratia] Non singulorum; sed in genere, & quasi in abstracto consideratorum. Nam singulorum potius hæredum gratia leges hæ latæ, *l. 71. hoc tit.*

Tam lex furia, quam Voconia] Quarum illa cavebat, ne supra mille asses legare liceret. Ulpian. in *fragm. princ.* Hæc, ne quis census plus cuiquam legaret, quam ad hæredem perveniret. Cic. 3. *in Verr.* Tu. hic add. Cujac.

Sive unus, sive plures] Hoc tamen sic temperandum est, ut procedat, si legata simpliciter ab omnibus relicta sint; aliud, si unus gravetur nominatim, *§. seq.*

COMMENTARIUS.

1. *Occasio legis hujus ferendæ.*
2. *Exponuntur verba legis duodecim* Tabb. uti quisque legassit suæ rei.
3. *Quo aspectu leges Furia, Voconia, Falcidia testatorum gratia latæ dicantur.*
4. *Latas esse hasce leges hæredum potissimum causa, non singulorum testatorum.*
5. *Quid à quo cautum lege Furia.*
6. *Quid à quo lege Voconia.*
7. *Quando à quo lata lex Falcidia, & quid in ea cautum.*
8. *Ad quævel statim, vel sensim virtus legis producta.*

L*Ege duodecim Tabb. libera erat legandi potestas*] 1 Causa seu potius occasio rogandæ hujus legis. Lege duodecim tabb. licebat testatoribus universum patrimonium suum in legata consumere, nihil ut hæredi relinqueretur, præter onus & molestiam æris alieni. Sic enim ea lege simpliciter cautum erat, uti quisque legavisset, ita uti jus esset, *l. verbis 120. de verb. sign.* Hac licentia cum testatores usi essent, eveniebat plerumque, ut suprema eorum judicia destituerentur, recusantibus scriptis hæredibus nullo suo aut quam minimo lucro hæreditatem adire, atque aliena duntaxat gratia maximis sæpè oneribus minimeque necessariis se implicare. Quod cum & ipsis testatoribus inutile esset, & publicè interesse existimaretur supremas hominum voluntates conservari; *l. 5. test. quem aper.* visum est ex usu esse reip. hæredes justo aliquo lucro ad adeundam hæreditatem invitari, quo suprema morientium judicia retinerentur. Id quod ita commodè fieri posse creditum est, si libertas illa legandi intra certum modum ac finem cohiberetur, ut cum non totum patrimonium legatis exhaustum foret, esset aliquid videlicet, quod hæredes ex testamento caperent. Quæ res cum primum lege Furia, deinde Voconia tentata esset, tandem lege Falcidia perfecta est.

Uti quisque legassit suæ rei] Ita quoque verba legis duodecim referuntur in *l. verbis 120. de verb. sign.* *Legassit suæ rei* dictum pro *super pecunia & re sua:* quomodo auctor ad *Heren. lib. 1. &* Ulp. *in fragm. tit. 11. §. testamento 13.* legis verba referunt, quasi dictum esset, pro commodo & utilitate rei suæ; ut sit dativus acquisitivè positus, ut loquuntur Grammatici. Illud enim minimè convenit, ut hæc verba, *rei suæ*, 2

non ad verbum *legasſit*, ſed ad illa, *jus eſto*, referantur, atque ita legamus, *Uti legasſit, ita rei ſuæ jus eſto:* quod voluit *Alciat. ad d. l. verbis & Baro hic.* Primum quia verba illa, *ita jus eſto*, abſolutè ponuntur. Deinde, quia etſi tranſitum in rem aliam haberent, tamen nemo ita loqueretur, *ita jus eſto illius rei*, ſed *de illa re*. Denique non dicimus, ſi quis quid legaverit, *ita jus eſto de re ſua*, ſed *de re ejus*, utentes pronomine demonſtrativo, non reciproco; quia legans de ſe prius locutus non eſt.

3 *ipſorum teſtatorum gratia*] Ait, leges Furiam, Voconiam, Falcidiam ipſorum teſtatorum gratia latas, ne ſcilicet, ut ſubjicit, voluntas eorum deſtituto teſtamento periret. Fortè etiam hæc ratio fuit, quod qui ſubſtantiam omnem legatis erogant, credibile ſit errore ductos id facere, exiſtimantes, plus ſe in bonis habere, quam habent, *arg. l. in fraudem, qui & à quib. man.* Quanquam autem etiam retenta plena legandi licentia, & ſecundum eam exhauſto legatis patrimonio, legatarii adhuc facere poſſunt, ut voluntas ſervetur; quippe qui ne deſerto teſtamento nihil conſequantur, potius cum hærede paciſcentur partemque remittent: *§. 2. inf. in fin. eod.* tamen facilius hæredem inductum iri, ut hæreditatem adeat, legumlatores putaverunt, ſi jure ſuo & beneficio legis partem aliquam haberet, quam ſi beneficio legatariorum. Licet autem hinc intelligere, leges haſce rogatas non eſſe ſingulorum teſtatorum gratia, ſed tantum in genere & quaſi in abſtracto teſtatores à latoribus conſideratos, tanquam omnes ita affecti ſint, ut malint partem legatariis detrahi, quam voluntatem ſuam in totum perire. Etenim ſingulorum teſtatorum favore ſi hæ leges introductæ eſſent, licuiſſet ſingulis, & verbi cauſa Titio teſtatori, huic ſuo favori renuntiare, & teſtamento cavere, ne hæres aliqua harum legum uteretur: quod non licuiſſe certum eſt, ſed contra etiam invito teſtatore, contra ſententiam ejus, eoque prohibente, vim ſuam illas exercuiſſe, ut de lege Falcidia expreſſè traditum eſt, *l. quod bonis 15. §. 1. & ult. l. Titia 86. in fin. hoc tit.* convenienter capiti ſecundo ejuſdem legis, quo nemini plus legare permittitur, quam dodrantem bonorum, *l. 1. in pr. verſ. ſecundo eod.* Hujus rei etiam fortiſſimum argumentum eſt, quod placet, in teſtamento militis legi Falcidiæ locum non eſſe, *l. 7. C. eod. l. 12. C. de teſt. mil.* Nam ſi ex voluntate teſtatoris induceretur, vel magis valere deberet in teſtamento militis, utpote cujus voluntati multo plus, quam cæterorum tribuitur. Illud enim planè à ratione juris noſtri alienum eſt, quod cum Portio Mynſingerus tentat, ideo in teſtamento militis ceſſare Falcidiam, quod hoc ipſo, quod cautum eſt, ne legi Falcidiæ locus eſſet in teſtamento militis, cautum quoque intelligatur, ut hæres à milite inſtitutus, velit, nolit, hæreditatem adeat, compellente eum, ſi nolit, magiſtratu: & adhuc magis, quod illi magis placet, dum exiſtimat cum Coraſio, eo, quem miles hæredem inſtituit, repudiante, proximos qui ab inteſtato veniunt, legati præſtatione obſtringi. Et quid ſi illi quoque repudient? Deniq; ex eo quoque perſpicuè apparet, Falcidiam non induci ex voluntate ſingulorum teſtantium, quod laudatur hæres, qui ſolida legata præſtat, quaſi pleniore officio fidei fungens, & apud quem plus valeat defuncti voluntas, quam beneficium legis, *l. 1. & ult. C. hoc tit. l. 5. §. ſi quis 15. de don. int. vir. & ux.* Porro ex his ſimul intelligimus, latas eſſe ſuperiores leges in hæredum potiſſimum gratiam, & nominatim Falcidiam, de qua ſola nunc quæritur; quod etiam diſertè traditum eſt in *l. poteſt 71. hoc tit.* ac proinde toto cœlo errant, qui aſſerunt, haſce leges principaliter & potiſſimum introductas eſſe teſtatoris cauſa: ſecundum autem teſtatorem cauſa hæredis; quo in numero etiam D. Hotomannus eſt.

Lex Furia] Primus C. Furius Tribunus plebis liberam illam legandi poteſtatem coanguſtavit, lege perlata, ne cui ſupra mille aſſes legare liceret, conſtituta quadrupli pœna adverſus eum, qui plus cepiſſet, Ulp. *tit. 1. & Theoph. hic.* qui tamen non aſſes, ſed *νομίσματα* habet, id eſt, aureos ſeu ſolidos. Et forte hæc eadem lex eſt, quam intelligit M. Tullius pro Corn. Balb. *Tulit*, inquit, *apud majores noſtros legem C. Furius de teſtamentis*, ſed tamen non auſim hoc certo affirmare; quia quid ea lege, quam memorat, cautum fuerit, non exprimit: atque ex ſolo Ulpiano & Theophilo diſcere poſſumus, quid lege Furia teſtamentaria, cujus hic meminit Juſtinianus, cautum tentatumque ſit coërcendæ licentiæ legandi gratia, videlicet, ne legare liceret ultra mille aſſes. Qua quidem re etſi modus aliquis legatis imponitur, finis tamen non fit legandi: & cum de ſingulis duntaxat legatariis lex caveret, facilè evenire poterat, ut uno atque altero, itemque tertio legato hæreditas, præſertim non opulenta, tota abſumeretur, atque hoc modo res ad vetus incommodum recideret. 5

Lex Voconia] Cum uſu omnium rerum magiſtro compertum eſſet, lege Furia ſuperius incommodum nequaquam eſſe ſublatum, Q. Voconius tribunus plebis aliud remedium adhibendum eſſe exiſtimavit. Igitur abrogata lege Furia ipſe aliam tulit, ne quis cenſus plus cuiquam legaret, quam ad hæredem hæredesve perveneri, ut ex Verrina de prætura urbana intelligitur; ubi duo hujus legis capita memorantur, quorum altero coërcitæ mulierum hæreditates, altero cautum (quod etiam Theophilus ſcribit) ne plus haberet legatarius, quam hæres. Verum ne hac quidem lege finis legandi factus, cum & ipſa de ſingulis tantum caveret legatariis. Quid enim ſi nume- 6

numerus legatariorum tantus sit, ut in singulos singulis sextulis erogatis, una quoque tantum sextulas, & fortè unus aureus hæredi relinquatur? Quis spe tanculi lucelli hæreditatem alicujus cernat? Sed & lex illa de eo tantum cavebat, qui sensus esset: ei vero, qui census non esset, licebat per eandem legem plus legare, quam ad hæredem perventurum erat ut ex eodem loco Ciceronis intelligi potest.

Lex falcidia] Quæ & ipsa plebiscitum est. Lata est à Pub. Falcidio tribuno plebis, temporibus Augusti, Cn. Domitio Calvino & C. Asinio Pollione Coss. anno ab urbe condita DCCXLV. teste Dione *lib.*48. Hac demum lege certis terminis circumscripta est legandi licentia, dum non de singulis legatariis, sed de cunctis cavet, ne ultra dodrantem in legata consumatur, *l.*1. *hoc tit.* Quare, ut maximè legetur multis, semper tamen quadrans totorum bonorum post hanc legem latam hæredis lucro cedat necesse est. Superiores igitur leges etsi modum legatis imponebant, nullum tamen faciebant legandi finem: hæc & modum & finem fecit: quam ob causam & ipsa sola superioribus antiquatis recepta, atque in hoc usque tempus retenta est.

Ne plus legare] Lex Falcidia nominatim de legatis locuta videtur. Cæterum & ad alia producta est: & statim quidem, ut opinor, interpretatione prudentum ex legis sententia ad fideicommissa singularum verum. Neque enim persvadere mihi possum, id Primum factum Senatusconsulto Pegasiano centum demum annis post legem latam: quamvis ferè omnes sic sentire videam, motos §. *sed quia* 5. *seq. tit. vers. ex singulis.* Nam cum utique hoc lex velit & caveat, ne minus, quam quarta pars bonorum hæredibus relinquatur; ut proinde directo ea pars nec auferri, nec minui à testatore potuerit, *l. quod bonis* 15. §. 1. *& ult. hoc tit.* quis credat, oblique id fieri potuisse, licitumque fuisse tam longo tempore, legis sententiam circumvenire, patrimonium fideicommissis onerando aut exhaurendo? Neque in *d. vers. ex singulis* Expresse dicitur, retentionem quartæ partis ex singulis rebus per fideicommissum relictis permissam esse Senatusconsulto Pegasiano, sed simpliciter, permissam esse, non addito, quo jure permissa sit: quanquam etiam alia istius loci interpretatio est. Quin etsi Tribonianus expresse hoc affirmaret, mihi tamen id suspectum foret. Sane in liberis nostris promiscuè, quantum ad hanc rem attinet, de legatis & fideicommissis singularibus tractatur, *l.*5. *l. si tacitum* 13. *l. quod bonis* 15. *l. filiusfam.* 18. *& passim. hoc tit. l.*2. *& l.*3. *C. eod.* Porro lex Falcidia producta etiam est ad donationes mortis causa, idque constitutione, *l.*5. *C. eod. l.*2. *C. de don. mort. ca.* Quod si quis dicat, etiam per mortis causa donationes fraudem legi fieri potuisse, is cogitet, ante hanc constitutionem eandem rationem harum donationum & inter vivos fuisse: quippe sic donata placebat antea in computationem Falcidiæ non venire: propterea quod vivo testatore exibant ex bonis ejus; siquidem etiam quod mortis causa donabatur, ἀπὸ τοῦ πολύ statim transferebatur in donatarium. Cæterum quoniam revocare hujusmodi donationem licebat, nec ante plena ac perfecta censebatur, quam mors insecuta fuisset, *l. non videtur* 32. *de mort. ca. don.* ob hanc causam Severo visum est, id etiam quod ita donatum est, hactenus in patrimonio computari, ut de eo quarta Falcidiæ nomine detrahi posset At fideicommissa omnimodo in bonis reliquuntur, ut demum post mortem ab hærede præstentur. Exemplo donationum mortis causa admissa etiam est Falcidia in donationibus inter virum & uxorem, quæ morte confirmantur, *l. in donationibus* 12. *C. hoc tit.* propter fideicomissa quoque introducta est in intestatorum successionibus. Quod à Divo Pio factum scribit Paulus in *l. filiusfam.* 18. *hoc tit.* Denique vis legis Senatusconsulto Pegasiano tracta est etiam ad fideicommissarias hæreditates, de quo seorsum *tit. seq.*

Sive unus sive plures] Interest vero, utrum legata simpliciter ab omnibus hæredibus relicta sint, an ex pluribus hæredibus ex certis partibus institutis aliqui nominatim gravati: illo enim casu sufficit, ut solida legata præstentur, dodrantem hæreditatis ea non excedere: hoc casu non item; quia suæ quisque partis, ex qua institutus est, quadrantem habere debet. De quo §. *seq.*

Pars quarta remaneat] Nec solum hæres, si possidet quartam partem retinere potest, aut errore facti non retentam repetere, *l.*1. §. *si legatarius* 11. *hoc tit. l.*9. *C. eod.* sed etiam si non possidet, portionem suam à quowis possessore vindicare *l. lineam* 26. *eod.* Putat D. Cujacius, à Justiniano id primum constitutum esse, *l. pæn. C. eod.* verum hoc vel eo refellitur, quod placet legata pro rata portione ipso jure per legem Falcidiam minui, *l. in quantitate* 73. §. *ult. eod. vid. Ant. Fab. lib.*4. *conject.*1. *& lib.*6. *c.*2.

TEXTUS.

De pluribus hæredibus.

1. *Et cum quæsitum esset, duobus hæredibus institutis, (veluti Titio & Sejo) si Titii pars aut tota exhausta sit legatis, quæ nominatim ab eo data sunt, aut supra modum onerata: à Sejo vero aut nulla relicta sint legata, aut quæ partem ejus duntaxat in partem diminuant: an quia is quartam partem totius hæreditatis, aut amplius habet, Titio nihil ex legatis, quæ ab eo relicta sunt, retinere liceat,*

uti

ut quartam partem suæ partis salvam habeat: placuit posse retinere. Etenim in singulis hæredibus ratio legis Falcidiæ ponenda est.

NOTÆ.

1. *Exhausta, aut supra modum onerata*] Per legem Falcidiam delibari hæreditas potest, onerari aut exhauriri non potest. Cujac.

Placuit posse retinere] Ratio dubitandi, quod videri potest legi satisfactum, cum quarta pars apud alterum maneat illibata.

In singulis hæredibus] Ratio decidendi ex *l. 77. eod.* Nam cum lex omnibus & singulis hæredibus consultum velit, apparet legi non satisfieri, nisi singulis quoque hæredibus suæ cujusque partis quarta pars intacta servetur.

COMMENTARIUS.

1. *Cur dubitatum, an in specie hic proposita Falcidiæ locus esset: & cur esse placuerit.*
2. *Quando in portionibus defectis ratio legis habeatur.*

Lege Falcidia potestas facta est patrifam. tantam pecuniam testamento dandi, legandi, quantam volet; dum ita detur, legetur, ut ne minus, quam quartam partem hæreditatis hæredes capiant. In uno hærede instituto res expedita est: nam si is solutis legatis quartam totius hæreditatis integram habet, legi satisfactum est; eaque portione contentus esse debet, sive semel ex toto asse institutus sit, sive ex pluribus partibus, ex una pure, ex altera sub conditione, ex una legatis onerata, ex altera illibata, *l. 1. §. id quod 13. l. in ratione 11. §. pen. hoc tit.* cujus rei ratio peti potest ex *l. cum hæres 52. §. 1. de acq. hær.* Manifesta quoque est legis sententia, ubi plures quidem hæredes, sed sine partibus omnes instituti sunt, aut legata simpliciter ab omnibus relicta. Sed quæsitum est, duobus aut pluribus hæredibus ex certis partibus institutis, si unius duntaxat portio nominatim onerata sit aut exhausta, an legi satisfactum videri debeat, si apud cohæredes pars quarta hæreditatis maneat intacta. Placuit autem satisfactum non videri, idque hac ratione, quod lex non de uno aliquo hærede caveat, sed ex æquo omnibus consultum velit, *l. in singulis 77. eod. & hoc text. in fin.*

Duobus hæredibus institutis] Testator cum non amplius quam centum in bonis haberet, duos hæredes, puta Titium & Sejum, utrumque ex semisse hæredes instituit. A Titio quadraginta aut quinquaginta legavit: à Sejo vero nihil, aut minus viginti quinque, ita ut apud Sejum quarta totius hæreditatis pars, vel etiam amplius, atque adeo semis integer maneat. Quæritur, an mortuo testatore Titius in-
1 tegra quadraginta aut quinquaginta, quæ ab eo nominatim relicta sunt, legatariis solvere teneatur, an nihilominus quartam partem suæ partis possit retinere. Videri poterat legi Falcidiæ satisfactum esse, cum quarta pars apud alterum maneat illibata; utique satis esse ad intentionem legis, hoc est, ad sustinendum testamentum, si vel unus suo quadrante contentus hæreditatem adierit. Placuit tamen in proposito Titium quartam partem ejus partis, ex qua institutus est, retinere posse. Quippe legem non simpliciter cavere, ut quarta pars hæreditatis salva maneat, sed nominatim ut hæredes quartam partem ex testamento capiant. Quibus verbis cum non uni alicui hæredi tantum, sed omnibus & singulis consultum velle intelligatur, apparet legi non satisfieri, nisi singulis quoque hæredibus suæ cujusque partis quarta pars intacta servetur. Et hoc est, quod dicitur, in singulis hæredibus rationem legis Falcidiæ ponenda esse, *l. in singulis 77. hoc tit.*

In singulis hæredibus ratio legis ponenda] Hoc tamen ita est, si omnes, qui instituti sunt, hæredes extiterint: nam si quidam defecerint, in portionibus defectis non semper separatim ratio legis Falcidiæ habetur; sed aliquando hæ confunduntur cum portionibus aliorum, qui hæredes extiterunt. In quo hæc distinctio probata est, ut si verbi causa ex duobus hæredibus institutis alter deficiat, à quo aut nihil, aut parum relictum erat, atque ita hujus portio vel substitutionis vel accretionis jure ad cohæredem, cujus portio onerata est, pervenerit, placeat legatarios per deficientem portionem adjuvari, videlicet ut integra legata præstentur, quæ non præstarentur, si is, qui defecit, hæres extitisset. Quod si pars, quæ accessit, exhausta sit, aut onerata; ejus vero, qui accessit, integra aut tantum delibata, tum perinde in deficientis portione ratio Falcidiæ ponatur, ac si ad eum, qui suam portionem omisit, pervenisset. Extat hæc distinctio in *l. quod si alterutro 78. hoc tit.* eademque à contrario sensu colligi potest ex *l. 4. C. de fideic.* quanquam variasse Jurisconsultus apparet ex *l. 1. §. si cohæredis 14. hoc tit.* de cujus §. lectione vide *Cujac. 4. obs. 35.* Et hanc rationem habere videtur, quod is cujus portio onerata est, uti ex sua persona legata præstat, ita & ex sua persona tantum Falcidia utitur: qui vero suam portionem integram habet, legata præstat ex persona deficientis; cujus proinde jure eum uti æquum sit, *arg. l. 10. l. qui in jus 177. de reg. jur.* Indicatur hæc ratio non obscure in *l. qui fundum 87. §. qui filium 4. l. 1. §. id quod 13. hoc tit.* Cæterum in parte onerata, quæ defecta est, sententia superior sic accipienda ac temperanda, si cohæres deficiens testatori supervixerit, ut dici possit moriente testatore fuisse institutus. Nam si vivo testatore decesserit, quia isto modo fit, ut alter solus tempore mortis testatoris repe-

reperiatur institutus, ex sua parte pure, ex defecta, quasi sub conditione, quæ jam extitit, solida legata præstanda erunt, satisque tunc est, ut legi satisfiat, hunc alterum totius assis quadrantem consequi, auctore Juliano in *d. l. qui fundum*, §. 4. nam ut legata in ea specie repetita esse dicamus cum Cujacio 4. *obs.* 35. ratio decidendi, qua Jurisconsultus utitur, non finit; qui etiam diserte sententiam suam sic restringit, ut dicat, eam tunc procedere, cum cohæres vivo testatore decessit. Quod etiam Paulus non obscure significat in *d. l.* 1. §. *id quod* 13. sic enim ait, legata per oneratam deficientis portionem non augeri, si is omiserit hæreditatem, *add. Don.* 8. *comm.* 23. Cujacius 4. *obs.* 36. & 15. *obs.* 14. & & 25. *obs.* 13. *Ant. Faber* 4. *conj.* 13. & 18. *conj.* 14. & *seqq.* mire variant, nec sibi constant. Est vero universæ superiori distinctioni locus in legatis uno eodemque testamento relictis; ad ea legata, quæ pater primis tabulis ab impubere, secundis à substituto reliquit, non pertinet: siquidem vetus est juris regula, *In tabulis patris & filii unam Falcidiam servari*, *l. in ratione* 11. §. *quod vulgo* 5. & *pen. l. in duplicibus* 79. *d. l. qui fundum* 87. §. *ult. hoc tit.* quasi legata secundis tabulis relicta primis sub conditione data videantur.

TEXTUS.

Quo tempore spectatur quantitas patrimonii, ad quam ratio L. Falcidiæ redigitur.

2. *Quantitas autem patrimonii, ad quam ratio legis Falcidiæ redigitur, mortis tempore spectatur. Itaque (verbi gratia) si is, qui centum aureorum patrimonium in bonis habeat, centum aureos legaverit, nihil legatariis prodest, si ante aditam hæreditatem per servos hæreditarios, aut ex partu ancillarum hæreditariarum, aut ex fœtu pecorum, tantum accesserit hæreditati, ut centum aureis legatorum nomine erogatis, hæres quartam partem hæreditatis habiturus sit: sed necesse est, ut nihilominus quarta pars legatis detrahatur. Ex diverso si septuaginta quinque legaverit, & ante aditam hæreditatem in tantum decreverint bona, (incendiis forte, aut naufragiis, aut morte servorum) ut non amplius quam septuaginta quinque aureorum substantia, vel etiam minus relinquatur, solita legata debentur. Nec ea res damnosa est hæredi, cui liberum est non adire hæreditatem: quæ res efficit, ut sit necesse legatariis, ne destituto testamento nihil consequantur, cum hærede in portione pacisci.*

NOTÆ.

Solida legata debentur] Nempe si damnum circa rem aliam, quam quæ legata est, inciderit. Nam damnum circa rem ipsam seu speciem legatam contingens legatarium sequitur, hæresque interitu rei legatæ liberatur, §. 16. *sup. de legat.* ex jure sc. communi omnium debitorum certæ rei, *l.* 23. *de verb. obl.* add. *l.* 30. *hoc tit.* καὶ ναί.

Cui liberum est non adire hæreditatem] Neque enim legatarii aut fideicommissarii particulares hæredem cogere possunt, ut hæreditatem adeat, quod solis permissum fideicommissariis universalibus, propterea quod in hos etiam onera ex Sc. transferuntur, *l.* 14. §. 5. & *seqq. ad Sc. Treb.*

Ne nihil consequantur] *d. l.* 73. *in fin. pr. h. t.* Nam destituto testamento, id est, hæreditate ex testamento non adita, legata extinguuntur, *l.* 14. *C. de fideic.*

COMMENTARIUS.

1. *Exceptio regulæ hic propositæ.*
2. *Ejusdem regulæ declaratio.*
3. *Hæredem à legatariis cogi non posse, ut adeat.*

IN quantitate patrimonii exquirenda circa deductionem Falcidiæ visum est mortis tempus spectari exinde neque accessione legata augeri, neque decessione minui; sed incrementum omne & damnum, quod jacente hæreditate contingit, hæredem sequi, *l. in quantitate* 73. *l. quod bonis* 15. §. 3. *in fin. l. cum quo* 56. *pr. hoc tit.* Cujus rei ratio est, primum quoniam hæres quartam partem ex bonis hæreditariis habere debet: at ea proprie sunt, quæ tempore mortis cujusque inveniuntur. Deinde quia legatorum dies ex tempore mortis testatoris cedit, hoc est, legata ex eo tempore deberi incipiunt, *l. un.* §. 3. *C. de cad. toll.* adde quod per legem Falcidiam legata ipso jure minuuntur, *d. l. in quantitate*, §. *ult.*

Nihil legatariis prodest, si ante aditam hæreditatem, &c.] Postquam placuit, à morte testatoris legata deberi pro eo modo patrimonii, qui tunc fuit, accessio ante aditam hæreditatem contingens legatariis prodesse non debet, *d. l. in quantitate d. l. in ratione* 30. *hoc tit.* Excipiendum tamen hic est, si quid accesserit ratione facti præcedentis aut obligationis à 1 defuncto contractæ; veluti si debitoris, qui solvendo non erat, facultates post mortem creditoris ampliatæ fuerint, aut conditio crediti tunc extiterit: nam istis

modis placet, ex postfacto uberiorem videri fuisse hæreditatem commodo legatariorum, *l. cum quo* 56. §. 1. *eod.* eandemque rationē habet, quod responsum est, si pater, cum quo ex contractu filii de peculio agi poterat, à creditore filii hæres institutus sit, & legis Falcidiæ ratio ponatur, peculii quantitatem, non quod mortis, sed quod aditæ hæreditatis tempore fuit, in quadrantem patri imputari: *d.l. cum quo*, §. 1. *l. si creditor* 83. *eod.* quamvis peculio post mortem creditoris deminuto, juxta regulam spectetur tempus mortis, neque legatariis id noceat; quasi nihil intersit, peculium post mortem creditoris deminutum sit, an debitor pauperior factus, *d. l. cum quo, in*
2 *pr. l. eo tempore* 50. §. 1. *de pecul.* Quamobrem quod vulgo dici solet, *eandem rationem esse damni & commodi*, id intelligamus locum habere in iis, quæ primum emergunt & accedunt post mortem, veluti si quid accesserit hæreditati ex fructibus, ex partu ancillarum, aut per servos hæreditarios quæsitum: *hoc text. & d.l. in quantitate, d. l. in ratione* 30. *hoc tit.* non in iis, quibus causam dedit præcedens factum testatoris. Quinimo hæc, si subtilius res examinetur, non post mortem demum accedunt, sed omnino ad tempus mortis sunt referenda; quoniam ratione principii & fundamenti jam tum in bonis fuerunt: quemadmodum & servi, qui apud hostes sunt, post mortem testatoris reversi, quod ad Falcidiam pertinet, locupletiorem faciunt hæreditatem, *l. servi* 43. *eod.* ita fermè & *Bachov. hic.*

In tantum decreverint] *d. l. in ratione* 30. *d. l. in quantitate.* Sunt vero hæc sic accipienda, si damna circa res alias, quam quæ legatæ sunt, inciderint: nam si res ipsa legata perierit sine culpa hæredis, id non hæredi, sed legatariis nocet, secundum tenorem perpetui juris, quo traditum est, omnes debitores, qui speciem aliquam, id est, rem certam debent, liberari, si ea res ante moram sine facto eorum perierit, *l. si ex legati* 23. *de verb. obl. l.* 5. *de reb. cred.* Sciamus igitur, tunc periculo hæredis esse res hæreditarias, cum res incerta legata est, veluti homo in genere, aut quantitas, puta centum aurei, decem modii frumenti. Hic enim etsi res omnes hæreditariæ perierint, dici tamen nunquam potest, rem, quæ legata est, periisse, *l.* 11. *C. si cert. pet.* eleganter Mæcian. in *d.l. in ratione* 30. §. 2. *& aliquot seqq.* vid. sup. §. *si res* 16. *de legat.*

Cum hærede in portione pacisci] In fideicommissariis hæreditatibus provisum est Senatusconsulto Pegasiano, ut si scriptus hæres nolit adire hæreditatem, jussu prætoris adeat, & restituat. Hoc vero
3 beneficium neque legatariis, neque his, quibus singulæ res per fideicommissum relictæ sunt tributum est, *l. si quis* 17. *si quis om. ca. test. l. nam quod* 14. §. *non omnis, & 2. seqq. ad SC. Treb.* quo loco Hemogenianus etiam differentiæ rationem reddit; nimirum nullam habere iniquitatem, quod fideicommissi hæreditatis servandi causa hæres adire cogatur postquam Senatusconsulto Trebelliano cautum est, ut omnia onera hæreditatis transferantur in eum, cui ex fideicommisso hæreditas restituta est, *l.* 4. *eod. tit.* legati vero aut fideicommissi particularis causa hæredem compelli adire hæreditatem æquum non esse; propterea quod in hos onera hæreditaria transferri non possunt, neque admittendum est, ut quis alieni duntaxat emolumenti causa se æri alieno & litibus, vexationibus, aliisque molestiis implicare cogatur. Proinde hoc solum relinquitur, ut legatarii cum hærede in portionem paciscantur; quod illi facile facturi sunt, & potius aliquid remissuri, quam ut patiantur testamentum destitui, totumque, quod legatum est, sibi perire, *d.l. in quantitate, in fin. pr.*

TEXTUS.

Quæ detrahuntur ante falcidiam.

3. *Cum autem ratio legis Falcidiæ ponitur, ante deducitur æs alienum, item funeris impensa, & pretia servorum manumissorum: tunc demum in reliquo ita ratio habetur, ut ex eo quarta pars apud hæredem remaneat, tres vero partes inter legatarios distribuantur, pro rata scilicet portione ejus, quod cuique eorum legatum fuerit. Itaque si fingamus, quadringentos aureos legatos esse, & patrimonii quantitatem, ex qua legata erogari oportet, quadringentorum esse, quarta pars singulis legatariis debet detrahi. Quod si trecentos quinquaginta legatos fingamus, actova debet detrahi. Quod si quingentos legaverit, initio quinta, deinde quarta detrahi debet. Ante enim detrahendum est, quod extra bonorum quantitatem est, deinde quod ex bonis apud hæredem remanere oportet.*

NOTÆ.

3. *Deducitur æs alienum*] *l.* 6. *C. eod.* id est, omne, cujus præstandi necessitate defunctus obstrictus fuit, *l.* 54. *D. eod.* Nam Falcidia detrahitur ex bonis: bona autem non intelliguntur, nisi quæ deducto ære alieno supersunt, *l.* 39. §. 1. *de verb. sign.*

Si fingamus quadringentos] *l.* 73. §. *ult. h. t.* Legata ad contributionem dodrantis pro rata suæ cujusque quan-

quantitatis revocantur, *l.2.l.6.§.2.C. eod.* Not. Falcidiæ locum non esse in testamento militis, *l.7. C.eod.* ex novo jure nec in legato in pios usus relicto. *Nov. 13. c. 12. auth. similiter C. eod.* nec in ea re, quæ ita relicta, ne alienetur, *auth. sed & ea. C. eod.* nec cum hæres inventarium facere neglexit, *l. ult. §. pen. C. de jur. del.* Nec cum testator expresse prohibuit hæredem beneficio legis uti. *Nov. 1. c. 2. auth. sed cum testator, C. h. t.*

COMMENTARIUS.

1. *In bonis defuncti quæ numerentur, cum de lege Falcidia quæstio est.*
2. *An hæres, quod sibi à defuncto debetur, deducat; & quid si rogatus, ne id legatariis imputet.*
3. *Quibus casibus lex Falcidia cesset.*

ANtequam summa constituatur, unde quarta Falcidiæ deducenda sit, necesse est exquiratur, quid in patrimonio defuncti sit habendum: ex eo enim quartam hæres habere debet. Patrimonium cujusque dici scimus, cujusque facultates aut substantiam, sive quod quisque in bonis habet, *l. nam quod 14. ult. l. cogi 16. ad Senatusconsultum Treb.* Bona cujusque intelliguntur, quæ deducto ære alieno supersunt, *l. subsignatum 39. §. 1. de verb. sign.* Nimirum ergo in bonis seu patrimonio defuncti sciamus non numerari omnia, quæ cum moreretur, habuit, sed id solum, quod hæreditariis oneribus deductis superest. Cujusmodi onera sunt, æs alienum hæreditarium, funeris impensæ, & pretia servorum manumissorum: quæ omnia idcirco in ponenda ratione legis Falcidiæ deduci placuit, uti hoc loco docetur. Cætera, quæ appellatione bonorum continentur, in patrimonii quantitate esse intelliguntur, si modo ejus naturæ sint, ut & ad hæredes certo mansuræ transeant, (nam contra est, si vel non transeant, ut actio injuriarum, ususfructus; *l.32. hoc tit.* vel ita transeant, ut non sint mansuræ. Exempl. *in l. 11. §. 1. & 2. l. statu liber. 38. eod.*) & ex iis hæres aliquid commodi percipere potuerit. Non enim computatur nomen inane, quod tantum ex eventu hæreditatem auget, *l. Nesennius 22. §. pen. l. cum quo 56. §. 1. eod.* neque debitum naturale nondum solutum, *l. 1. §. id quod 15. eod.*

Æs alienum] Primum in hanc deductionem venit æs alienum, id est, id omne, cujus præstandi necessitate defunctus obstrictus fuit, *l. pater 54. hoc tit.* Sed & æris alieni loco habetur, si quid est, cujus præstandi causa mortuo testatore ante aditam hæreditatem nata est, tanquam contractum ab hæreditate *l. eris 39. eod.* Illud quæsitum circa hanc deductionem, an etiam hæres, quod sibi à defuncto debetur, detrahere possit. Subtilitas rationis facere videtur, ne possit: quippe cum aditione hæreditatis confundatur obligatio, atque ita fiat, ut quod prius ei debebatur, deberi desinat, *l. sicut 75. l. Stichum 95. §. 2. de solut.* Sed nihilominus placuit deduci posse, *l. 6. Cod. hoc tit.* idque ob hanc procul dubio causam, quoniam in ratione legis Falcidiæ, cum de æstimatione patrimonii agitur, mortis tempus spectatur, quo tempore nondum est ulla actionum confusio. Hodie hoc amplius à Justiniano tributum hæredi, qui inventarium confecit, ut nec adita hæreditate actiones ejus confundantur, sed ut similem cum creditoribus extraneis fortunam habeat, *l. ult. §. in computatione 9. C. de jur. delib.* Quid si hæres rogatus sit, ne creditum legatariis imputet? Ratione doli mali exceptionis apud arbitrum Falcidiæ voluntas defuncti servabitur *l. si debitor 12. hoc tit.* sic ut debito fini quadrantis compensato, superfluum æris alieni tantum dodranti detrahatur, *l. quod bonis 15. §. cum fideicommissum 4. eod.* Exemplum esto. Quadraginta sunt in bonis: hæredi debita ducenta: legata trecenta. Hæres compensabit cum quadrante centum; reliqua centum de dodrante detrahet. Hodie de hoc supervacuo quæritur: quoniam Falcidiæ detractatio nominatim vetari potest. *Nov. 1. cap. 2.*

Impensa funeris] Ea est, quæ fit causa funeris, hoc est, ut funus ducatur, mortuus efferatur & sepeliatur, & sine qua neque funus duci neque mortuus sepeliri honeste potuisset. Quare etiam id, quod erogatum est in locum, in quem mortuus infertur, funeris causa impensum videri debet, *l. & si quis 14. §. funeris 3. de rel. & sumpt. fun. l. 1. in fin. cum l. seq. hoc tit.* Hæc autem impensa semper ex hæreditate deducitur, quæ etiam omne creditum solet præcedere, cum bona solvendo non sunt, *l. pen. de relig. & sumpt. fun.*

Pretia suorum manumissorum] Nec tantum eorum, qui testatoris proprii fuerunt, verum etiam quos hæres cum alieni essent, redimere & manumittere rogatus est, *l. ejus 37. §. 1. eod.* Aliarum quoque impensarum, quæ modo hæreditatis suscipiendæ causa factæ sint, deductionem permisit Justinianus, *l. ult. §. in computatione 9. C. de jur. delib.* Quæ sequuntur, interpretem non desiderant. Illud sciendum est, beneficium legis Falcidiæ non esse perpetuum. Et jam olim etiam cessabat in testamento militis, *l. 7. C. hoc tit. l. 12. C. de test. mil.* item in dote mulieri relegata; propterea quod suam rem mulier recipere videtur, *l. sed ususfructus 81. §. 1. hoc tit.* in commodo tamen repræsentationis legi patuisse locum non dubito, *arg. l. 1. in pr. de dot. præl. l. 1. §. si quis 10. hoc tit.* Libertates quoque datæ per Falcidiam non minuebantur, *l. si servus 33. eod. l. 8. §. quarta 9. de inoff. test.* Hodie cessare creditur in legato in pios

usus relicto, *per auth. similiter, C. hoc tit.* quanquam *in Nov.* 131. c. 11. unde *d. auth.* sumpta est, hoc non dicatur absolute & contra sæpe judicatum, *Sand. lib. 4. tit. 7. de fin.* 10. *Christin. vol.* 1. *decis.* 320. *id fin. Fachin.* 5. *contr.* 17. si testator rem legatam vetuerit alienari, *Nov.* 119. *cap.* 12. *unde auth. sed & ea. C. hoc tit.* & in universum si prohibuerit expresse hæredem Falcidia uti. *Nov.* 1. *c.* 2. *auth. sed cum testator. C. hoc tit.* item si hæres inventarium facere neglexerit, *l. ult. C. de jur. delib.* Indignus etiam olim beneficio legis Falcidiæ visus est, qui id egerat, ut fideicommissum intercideret: & qui non capienti rogatus erat restituere, per Senatusconsultum Plancianum quartam retinere non poterat, *l. beneficio* 59. *pr. & §.* 1. *hoc tit.* Postremo qui sciens aut errore juris totum legatum solvit, nullam quartæ nomine condictionem habet, *l.* 9. *C. hoc tit.* Circa detractationem Falcidiæ nihil apud nos servatur, alienum à jure Romano, *vid. Grot.* 2. *manuduct.* 23. *Gudelin. lib.* 2. *cap.* 11.

TITULUS XXIII.

D. lib. 36. tit. 1. C. lib. 6. tit. 42. & 49. Novell. 39. 108.

De fideicommissariis hæreditatibus.

Ratio ordinis: tum quid sit fideicommissum.

Supra titulo de legatis §. 3. promisit Imperator, se separatim de jure legatorum & fideicommissorum tractaturum, ne scilicet permista utriusque juris tractatio rem ipsam redderet difficiliorem aut magis laboriosam. Exposito igitur jure legatorum, quæ ratione obligationis & tempore & jure antiquiora sunt fideicommissis, superest nunc, ut de fideicommissis instituatur disputatio; quod alterum est partitionis antepositæ membrum. *Fideicommissum est*, auctore Ulp. *in fragm. tit.* 25. *quod non civilibus verbis, sed precativè relinquitur, nec ex rigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis.* Igitur sic recte definiveris; *Fideicommissum est id omne, de quo quis suprema defuncti voluntate rogatus est, ut daret vel faceret.*

TEXTUS.

Continuatio.

Nunc transeamus ad fideicommissa. Sed prius est, ut de hæreditatibus fideicommissariis videamus.

NOTÆ.

Fideicommissa] Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precativè relinquitur. Ulp. *tit.* 25. Legatum autem relinquitur legis modo, id est, imperativè, *dato, capito, sumito, damnas esto dare.* Idem tit. 24.

COMMENTARIUS.

1. *Fideicommissi divisio; & summa eorum, quæ hic explicantur.*
2. *Cur prius de fideicommissis hæreditatis, quam singularum rerum agatur.*

Fideicommissum aut universale est, aut particulare seu potius singulare. Universale, quod hæreditatem vel totam vel partem ejus continet. Particulare, quo non hæreditas aut pars hæreditatis, sed res singulæ relinquuntur; quod proinde rectius dixeris singulare, aut speciale. De fideicommissis rerum singularum agitur proximè: de universalibus sive de fideicommissariis hæreditatibus hoc præsenti titulo; in quo Justinianus ostensa prius communi fideicommissorum origine & incremento, disserit de forma relinquendi fideicommissum hæreditatis ab hærede scripto, deque restitutæ hæreditatis effectu; tum de Senatusconsultis Trebelliano & Pegasiano, ac mox de Pegasiani in Trebellianum transfusione: inde docet, qui restituere rogari possint. Ad extremum aliquid de suo adspergit, ad probationem fideicommissi in genere pertinens. 1

Prius est] Quemadmodum prius egit de hæredibus instituendis & deferenda testamento hæreditate, quam de legatis testamento dandis, acquisitionem universitatis, ut digniorem, præponens acquisitioni rerum singularum, ita etiam hic prius agere voluit de fideicommissis universalibus, quæ vi & effectu idem sunt, quod hæreditas: postea de fideicommissis singularibus, quæ respondent legatis: de quibus alioqui prius dicendum fuerat juxta §. 3. *de legat.* Nam uti quoque monuimus in explicatione *d.* §. 3. exæquatio legatorum & fideicommissorum, de qua illic agitur, ad fideicommissariam hæreditatem minimè pertinet; quoniam fideicommissarius restituta hæreditate hæredis loco habetur; 2

sed

sed ad specialia fideicommissa duntaxat. Potest & hæc ratio dari, quod cum antequam de legatis dissereret, egerit de deferenda directo hæreditate tum hæredem instituendo tum substituendo, recte quoque nunc atque ordine faciat, quod antequam disputet de fideicommissis rerum singularum, doceat quomodo hæreditas deferatur indirecto atque oblique, sive quomodo per fideicommissum hæredes substituantur. Vide quæ notavimus sub *§. ult. per quas pers. cuique, acquir.* & ad *rubr. de vulg. subst.*

TEXTUS.

Origo fideicommissorum.

1. *Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma fuisse: quia nemo invitus cogebatur præstare id, de quo rogatus erat. Quibus enim non poterant hæreditatem vel legata relinquere, si relinquebant, fideicommittebant eorum, qui capere ex testamento poterant. Et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo juris, sed tantum pudore eorum, qui rogabantur, continebantur. Postea divus Augustus primus, semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam, jussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia justum videbatur & populare erat, paulatim conversum est in assiduam jurisdictionem; tantusque eorum favor factus est, ut paulatim etiam prætor crearetur, qui fideicommissis jus diceret, quem fideicommissarium appellabant.*

NOTÆ.

1. *Quibus non poterant hæreditatem*] Quales proscripti, deportati, &c. exemplum habes apud Cic. *lib. 1. in Verr.* & ex parte, orbi, cœlibes Ulp. *tit. 22. §. 2. & tit. 15. cum seqq.* item fœminæ ex lege Voconia. Hujus generis exempl. apud eundem *2. de finib.*

Sed tantum pudore] Fide, religione, probitate. Id enim, qui tum pudor erat hominum, videbatur vinculum satis validum implendæ voluntatis defuncti.

Et populare] Th. χαρίεν τῷ δήμῳ. Plin. *Paneg. non quia populare gratumque audientibus.*

In assiduam jurisdict.] Ita tamen, ut extra ordinem ipsi magistratus de fideicommissis cognoscerent, non more ussitato formulam & judicem darent, Ulp. *tit. 25. §. 10. l. 178. §. 2. de verb. sign.*

Prætor proprius] Claudius duos creavit. Suet. in *Claud. c. 23.* ex quibus unum Titius detraxit, *l. 2. §. 31. de orig. jur.* Cæterum prætor ad certam summam cognoscebat, de majore consules jus dicebant. Quint. *lib. 3. c. 6.* unde lucem accipit Ulp. *d. loc.*

COMMENTARIUS.

1. *Ante D. Augusti tempora fideicommissa vim obligandi non habuisse: notato Mynf.*
2. *Genera incapacium, & in his gratificandis fideicommissorum usus.*
3. *Lege Voconia mulieres hæredes institui non potuisse.*
4. *Accurata in hoc legis caput inquisitio.*
5. *Legem istam postea in desvetudinem abiisse.*
6. *De fideicommissis extra ordinem jus dici solitum, & quorum ea jurisdictio. n. 8.*
7. *Quod in l. 1. junct. l. 2. C. comm. de leg. disponitur, non pertinere ad fideicommissa universalia.*

Primis temporibus infirma] Olim ante D. Augusti tempora fideicommissa nullam vim obligandi habebant, sed eorum præstatio fide, religione, ac probitate pendebat ejus, qui rogatus erat. Nam quemadmodum quod precario alicui utendum conceditur, totum pendet à liberalitate & voluntate ejus, qui concessit, sine ulla necessitate obligationis: *l. 1. & 2. de prec.* ita nec ex precibus testatoris quenquam invitum obstringi debere existimabant, non magis quam ex commendatione, *l. 11. §. 2. de legat. 3.* Nam quod potestati & arbitrio alicujus relinquitur, cujusmodi est quod rogatur, non inducit obligationem. *l. in venditoris 13. C. de contr. empt.* Mynsingerus *primis temporibus* sic interpretatur, ante legem duodecim tabb. suavissimo utens argumento, quod utique sub Numa Pompilio fideicommissa viguisse verisimile sit, utpote sub quo rege vel maxima vis fidei fuerit. Quæ insignis est ἀνιστορησία. Sic enim ille differit, ut videatur existimasse, jam ante urbem conditam decemviros legem tulisse, aut post legem latam regnasse Pompilium. 1

Qui capere ex testamento poterant] Duplex olim usus fideicommissorum fuit: unus in morientibus in peregrinatione, ubi sæpe eveniebat, ut testamentum facere non possent propter penuriam testium civium Romanorum: quæ res etiam usum codicillorum invexit, *inf. de codic. in pr.* alter in gratificandis incapacibus; cum scilicet hæres clam fidem accommodabat, ut incapaci restitueret. Quod fideicommissum tacitum dicitur, *l. 103. de legat. 1. Gloss. Bas. Tacitum, σιγηρὸν, ὅ ἐστιν ἔξω τῆς διαθήκης,* domestica cautione vel chirographo promissum, *d. l. 103. l. 10. de his quæ ut indign.* Incapacium autem 2 olim duo fuere genera: unum eorum, qui conditione personæ capere non poterant, quo in numero

erant

erant proscripti, deportati, item dediticii & Latini Juniani, omnesque qui cives Romani non erant: alterum eorum, qui cives erant, sed propria & civili ratione aut nihil, aut non solidum, aut non ex omnium testamentis poterant capere; quales ex lege Voconia virgines, mulieres: ex lege Julia de maritandis ordinibus, cœlibes, orbi. Quæ diligentius executus sum in explicatione principii *tit. de hæred.inst.* Exemplum fideicommissi prioris generis incapacibus relicti in proscripto habemus apud Ciceronem *lib.* 1. *in Verr.* qui de prætura urbana dicitur; ubi de P. Trebonii testamento commemorat, qui cum Aulum fratrem proscriptum haberet, scripsit ut hæredes jurarent, se curaturos, ut ex sua cujusque parte ne minus dimidia ad fratrem proscriptum perveniret. Alterius generis apud eundem *lib.* 2. *de finib.* ubi refert, P. Sextilium Rufum rogatum à Q. Fabio Gallo, ut omnis hæreditas ad filiam perveniret, eamque rem Rufum ad amicos detulisse. Idem *eod. lib.* memorandum fidei exemplum narrat de Sex. Peduceo, qui rogatus hæreditatem restituere uxori testatoris, cum sciret nemo, eum rogatum esse, ultro ad mulierem venit, eique nihil opinanti viri mandatum exposuit, hæreditatemque reddidit. Ostendunt hæc exem-
3 pla, lege Voconia mulieres hæredes institui non potuisse, non uxorem à marito, non filiam à patre. Atque hinc porro hoc quoque certo colligitur, nec ad patris legitimam hæreditatem filias à lege admissas fuisse, multoque minus consanguineas ad successionem fratrum: ac proinde quod Paulus *lib.* 4. *sent.* 8. de rogatione Voconia scribit, esse *ἀμάρτημα μνημονικὸν*, quod pluribus confirmamus *inf. tit. de leg. agn. succ.* §. 3. Multorum lex Voconia scriptis celebrata est. Meminerunt Cic. *dd. loc.* & in orat. *pro Corn. Balb.* Livius *lib.* 41. (in epitome Flori mendose legitur *Volumnius* pro *Voconius*.) *Quint. declam.* 264. *Dio lib.* 56. *Gell. lib.* 17. *cap.* 6. *&* *lib.* 20. *cap.* 1. *Ascon. Pedian. in orat. de prat. urban. Augustin. lib.* 3. *de civ. Dei, cap.* 21. Latam esse eodem loco scribit Augustinus, inter secundum & postremum bellum Punicum: quod verum esse liquet ex eo, quod apud Ciceronem *lib. de senect.* M. Cato gloriatur se eam legem suasisse, *cum jam natus esset annos* LXX. sic enim legendum arbitror, non ut vulgo legitur, V. *&* LX. *annos* Lata enim est, ut eodem loco indicatur, Q. Marcio Philippo iterum & Cn. Servilio Cæpione Coss. quorum consulatus incidit in annum ab urbe condita 585. qui est à consulatu M. Catonis & L. Valerii Flacci 26. ut patet ex chronologia rer. Rom. Ubbonis Emmii. Legis duo fuere capita, forte etiam plura, quæ ignoramus. Nam & infinitam legandi licentiam lege 12. tabularum concessam, exemplo legis Furiæ, coërcuit, ut *tit. præc.* demonstratum est, & quod præcipuum est, sanxit, ne quis virginem neve mulierem hæredem faceret, auctore Cicerone *d. lib.* 1. *in Verr.* Floro *dict. ep. tom.* ac ne filiam quidem, testibus *Ascon. d. loc. &* *Augustino d. lib.* 3. *cap.* 21. Utrum autem 4
simpliciter & à tota successione mulieres remotæ fuerint, an partem aliquam saltem per legem adhuc capere potuerint, incertum est. Et filias quidem certe non in totum exclusas fuisse, ostendit locus Ciceronis 2. *de finib.* ubi ait, amicos Sextilii, quem rogatum scribit hæreditatem restituere filiæ testatoris, censuisse, non plus filiæ dandum, quam posset ad eam lege Voconia pervenire. Lucium quoque Lentulum temporibus Augusti, cum adhuc vigeret lex Voconia, filiam suam ex parte hæredem scripsisse, intelligere licet ex *princ. inst. de codicill.* Dio vero *lib.* 56. de fœminis in universum refert, eas lege Voconia prohibitas *κληρονομεῖν ὑπὲρ δύο καὶ ἥμισυ μυριάδας οὐσίας*, *supra* XXV. *millia substantiæ*. Ego, ut ut ad filias aliquid lege pervenire potuerit, non puto tamen, quod Dio scribit, ipsa lege Voconia cautum fuisse, argumento eorum, quæ ex Cicerone, Ascon. Floro, Augustino protulimus: sed postea legem, ut nimis rigidam, ita mitigatam, ut saltem partem aliquam mulieribus capere liceret, idque Dionem sic accepisse, quasi cautum à Voconio legis auctore, ut alias fieri solet. Illud tamen parum adhuc constat, quantam partem postea mulieribus percipere permissum. Quintilianus *d. declam.* ait, *lege Voconia cautum, ut ne mulieri plus quam semissem relinquere liceret*: sed hoc, ut in scholasticis exercitationibus fere fit, à Quintiliano confictum esse existimo cum Cujacio. Ipse autem Cujacius putat, lege cautum, *ut ne quis census mulierem hæredem faceret ultra quadrantem*, accomodans eo locum Dionis, quẽ accipit de XXV. millibus sestertium; quippe quæ fuerit quarta pars bonorum ejus, qui census dicebatur, nempe qui centum millia sestertium possidebat; quod Asconius prodidit in *d. lib.* 1. *in Verr.* nam vetus ratio postea valde mutata fuit, auctisque civium opibus sestertii in locum assium surrogati videntur: siquidem initio, ut ex Livio & Dionys. Halicarn. constat, maximus census erat centum millium æris seu assium: quam summam æquant XXV. mille sestertii: quippe quorum singuli quatuor assibus postea æstimati sunt. Bachovius censet, locum Dionis rectius accipi de XXV. mille assibus, qui census initio quartæ classis fuit, & quarta census maximi pars. Interpres Dionis vertit centum millia nummum: sed ille haud dubiè nummum pro asse accepit, quamvis perperam: sestertium enim nummum, non assem, dicimus. Utut sit, illud constat,

stat, licet fideicommissum aliquod contra legem Voconiam aut similem relictum fuisset, ac proinde hæres nulla necessitate obstringeretur ad illud præstandum; veteres tamen existimasse, contra officium boni viri hæredem facere, fidemque violare, qui voluntati testatoris non pareret, ut perspicuum est ex eo, quod de Sext. Peduceo commemoravimus ex *lib.* 2. *de finib.* & quod Cicero eodem loco refert de Sextilio rogato omnem hæreditatem restituere filiæ testatoris; *Tenuit*, inquit, *Sextilius permagnam hæreditatem, unde si secutus esset eorum sententiam, qui honesta & recta emolumentis omnibus & commodis anteponerent, ne nummum quidem attigisset.* Notatur & à Val. Maximo avaritia Corneliæ, quod fideicommissa prædia filio Q. Pompejo publica quæstione prostrato non redderet, *lib.* 4. *c.* 2. *in fin.* Ex libris nostris manifestum est legem Voconiam postea planè in desvetudinem abiisse, & jam tum sua ætate obliteratam fuisse testatur Gellius *lib.* 20. *c.* 1. Eo vero jure, quod post secutum est, nec licitum hæredi fuisse videtur, hæreditatem incapaci restituere: argumento est, quod favore fisci constitutum fuit, ut si hæres hujusmodi fideicommisso tacitè fidem suam accommodasset, hæreditas ei auferretur & vindicaretur fisco, *l.* 1. *l.* 3. *de jur. fisc.* Ad fiscum quoque pertinuisse fideicommissum deportato relictum, constat ex *l.* 7. *de legat.* 3. Denique Ulp. *tit.* 25. §. *fideicommissa.* 5. cum generaliter definivisset, fideicommissum non aliis dari posse, quam quibus legari potest, solos mox excepit Latinos Junianos.

Gratia personarum motus] Igitur Augustus non confirmavit fideicommissa certa & perpetua lege, sed cum unum atque alterum fideicommissum confirmasset ob causas, quæ hic memorantur, consules demum auctoritatem suam interponere jussit, id est, consulibus cognitionem de fideicommissis singulis annis aut in singulis negotiis mandavit. Ait, *gratia personarum.* Ipse Augustus relictum à se fideicommissum L. Lentuli gratia, qui rogaverit, præstitit, *inf. de codic. im pr.* Potuit & eorum gratia moveri, quibus fideicommissum relictum dicebatur, puta personæ sanguine aliave necessitudine defuncto conjunctæ, aut singulari eruditione aliisve raris animi dotibus præditæ.

Per ipsius salutem] Antiquissimum genus jurisjurandi, aut potius vehementioris asseverationis etiam sanctis viris usurpatum *Genes. c.* 42. 15. μὰ τὴν ὑγείαν Φαραὼ, per salutem Pharaonis.

6 *In assiduam Iurisdictionem*] Ut jam non amplius cognitio de fideicommissis speciatim in singulis negotiis aut cotannis magistratibus mandaretur, sed ut perpetuo vi & potestate magistratus sui de fideicommissis omnibus jus dicerent; quanquam extra ordinem, ut scilicet ipsi magistratus cognoscerent, non more judiciorum usitato formulam & judicem darent, Ulp. *tit.* 25. §. 10. unde fideicommissi persecutio extraordinaria dicitur, *l.* 178. §. 2. *de verb. sign.* Justinianus quidem, ut monuimus *sup.* §. 3. *de legat.* in eo quoque fideicommissa exæquavit legatis, ut iisdem ordinariis actionionibus, quæ pro obtinendis legatis olim competebant, quasque ipse postmodum pro legatis omnibus concessit, *l.* 1. *C. comm. de legat.* liceret persequi & fideicommissa, *l.* 2. *C. eod.* Verum hoc ad fideicommissa rerum singularum dantaxat, sicut & universa exæquatio pertinet; erratque perspicuè Mynsingerus, dum id transfert ad fideicommissa hæreditatis. 7

8 *Prætor proprius crearetur*] Pomp. *l.* 2. §. *capta.* 32. *de orig. jur.* tradit, Claudium duos prætores creasse, qui de fideicommissis jus dicerent, ex quibus unum D. Titus detraxerit. Sueton. in *Claud. c.* 23. *Iurisdictionem*, inquit, *de fideicommissis cotannis & tantum in urbe magistratibus delegari solitam in perpetuum, atque etiam per provincias potestatibus demandavit.* Quod etiam Ulp. *d. loc.* confirmat, scribens, cognitionem de fideicommissis in provinciis fuisse præsidum provinciarum: item *l.* 5. *C. de reb. cred.* Prætoris fideicommissarii mentio fit in *l. quæsitum* 78. §. *pen. de legat.* 3. *l. pen. in fin. quib. ad lib. proclam. l. si cui in pr. de cond. & dem. l.* 2. *C. qui pot. in pign.* Neque tamen solius prætoris in urbe jurisdictio de fideicommissis propria tunc esse cœpit, sed ita partita est, ut prætor ad certam summam cognosceret, de majore consules jus dicerent. Fab. *lib.* 3. *c.* 6. *Non debes*, inquit, *apud prætorem petere fideicommissum, sed apud consules: major enim prætoria cognitione summa est.* Atque ita accipiendum quod Ulp. *d. tit.* scribit, cognitionem de fideicommissis Romæ esse consulum, aut prætoris, qui fideicommissarius vocatur.

TEXTUS.

De fideicommisso heredis scripti.

2. *In primis igitur sciendum est, opus esse, ut aliquis recto jure testamento hæres instituatur, ejusque fidei committatur, ut eam hæreditatem alii restituat: alioqui inutile est testamentum, in quo nemo hæres instituitur. Cum igitur aliquis scripserit*, Lucius Titius hæres esto, *potest adjicere*, Rogo te Luci Titi, ut cum primum poteris hæreditatem meam adire, eam Cajo Sejo reddas, restituas. *Potest autem quisque & de parte restituenda hæredem rogare: & liberum est vel purè,* vel

vel sub conditione relinquere fideicommissum, vel ex certo die.

NOTÆ.

2. *Recto jure testamento*] Scil. cum quis testamento fideicommissum vult relinquere: nam sine institutione hæredis testamentum consistere non potest, §. 34. *sup. de legat.* Cæterum potest & ab intestato fideicommissum codicillis relinqui, §. 10. *inf. eod.* *Recto jure*, id est, directo jure, Schol. Th. ὀρθῶς, ἐξ εὐθείας, sic *rectum judicium* pro directo, *l.* 18. §. *ult. commod. recta vidicatio* pro directa *l.* 9. §. 2. *de atq. rer. dom.*

COMMENTARIUS.

1. Quis cui à quo fideicommissum hæreditatis rectè relinquat.

2. Ex certo die aut in diem cur fideicommissum recte detur, hæreditas non item.

Obliqua acquirendæ hæreditatis ratio iisdem illis rebus constat, quibus directam constare diximus *sup.* §. *ult. per quas pers.* videlicet de-
1 latione fideicommissi & delati susceptione. Deferre seu relinquere fideicommissum hæreditatis possunt, qui & testamentum facere, *l.* 2. *de legat.* 1. *l.* 1. *in pr. & seqq.* §§. *de legat.* 3. *l.* 6. §. 3. *de jur. codicill.* Relinqui iis potest, qui qualemqualem testamenti factionem habent, id est, vel passivam, ut loquuntur, *arg.* §. *legari* 24. *sup. de legat. l.* 1. *de legat.* 1. Neque ulla nunc est hac in parte differentia inter hæredum institutiones aut legata & fideicommissa, sive universalia sive specialia. Ab iis relinqui potest, ad quos hæreditas nostra perventura est, sive directo sive oblique, sive ex testamento, sive ab intestato, sive jure civili sive jure honorario, §. *præterea* 10. *inf. eod.* In modo relinquendi nihil interest, utrum testamento relinquatur, an codicillis: at testamento à solo hærede instituto relinqui potest, codicillis etiam à legitimo. Susceptio utriusque factum & voluntatem desiderat, & hæredis fideicommissum restituentis, & fideicommissarii restitutum accipientis: de quibus omnibus, aut maxima eorum parte amplius in progressu.

Recto jure testamento hæres instituatur] Cum quis testamento fideicommissum vult relinquere, necesse omnino est, quod hic traditur ut testator directo aliquem testamento hæredem instituat, eumque roget, ut hæreditatem alii restituat: quippe cum sine institutione hæredis testamentum consistere non possit, §. *ante* 34. *sup. de legat.* Utrum autem hæres institutus eodem testamento rogetur, an codicillis, nihil refert, §. 1. *&* 2. *inf. de codic. l.* 8. *eod.*

Vel ex certo die] Fideicommisso hæreditatis hoc
2 cum legatis & fideicommissis rerum singularum commune est, ut non tantum purè aut sub conditione, quomodo etiam directo potest hæres institui, verum etiam ex certo die aut in diem relinqui possit, sicut legata & singulæ res per fideicommissum, *l.* 1. *& pass. tit. de cond. & dem.* quamvis directo hæreditas ita dari non possit. Nimirum diem hæredis institutioni adjectum pro supervacuo haberi placet, ne testator post tempus aut medio tempore, atque ita pro parte intestatus decedat, quod juris civilis subtilitas non patitur, §. *hæres* 9. *sup. de hær. inst. l.* 7. *de reg. jur.* At in restitutione hæreditatis hoc jus non offenditur, cum is, qui restituit, nihilominus hæres maneat, §. *seq.*

TEXTUS.

Effectus restitutionis hereditatis.

3. *Restituta autem hæreditate, is quidem qui restituit, nihilominus hæres permanet: is vero, qui recipit hæreditatem, aliquando hæredis, aliquando legatarii loco habetur.*

COMMENTARIUS.

Regula est juris antiqui, *Qui semel hæres extitit, non potest desinere hæres esse*, *l. ei qui* 88. *in fin. de hær. inst. l.* 7. §. *sed quod* 10. *in fin. de minor.* quæ regula ex eo sumpta est, placet obligationem & actionem à persona ejus, cui aut adversus quem semel quæsita est, avelli non posse: de quo diligentius, De volente, præcipiemus *inf. sub* §. 1. *de actionib.* Hoc igitur jure constituto consequens est, nec eum, qui rogatu defuncti hæreditatem alii restituit, hæredem esse desinere, ac proinde ipsum nihilominus tanquam hæredem & experiri actionibus hæreditariis & conveniri posse. Cæterum Trebelliano Senatusconsulto effectum est, ut restituta hæreditate, is qui restituit, nudum tantum nomen hæredis retineat, atque ut agens exceptione hæreditatis repelli, & conventus alios repellere possit, *l.* 1. §. 4. *ad SC. Treb.*

Aliquando hæredis, aliquando legatarii loco] Loco hæredis habebatur, si restituta esset hæreditas ex Senatusconsulto Trebelliano; loco legatarii, si ex Pegasiano restitutio fieret, ut mox declarabit, & Ulpianus ostendit *tit.* 25. §. 12. Nam quod Giphanius scribit, fideicommissarium legatarii loco habitum, si pars tantum hæreditatis ei restituta esset, falsum esse apparet ex §. *ergo* 6. *inf. eod.*

TEXTUS.

De Senatusconsulto Trebelliano.

4. *Et Neronis quidem temporibus, Trebellio Maximo, & Annæo Seneca Coss. Sena-*

natusconsultum factum est, quo cautum est, ut si hæreditas ex fideicommissi causa restituta sit, omnes actiones, quæ jure civili hæredi & in hæredem competerent, ei & in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta esset hæreditas. Post quod senatusconsultum prætor utiles actiones ei & in eum, qui recepit hæreditatem, quasi hæredi & in hæredem dare cœpit.

Commentarius.

1. *Cur in Catalogo consulum non recenseantur Trebellius & Seneca.*
2. *Quæ incommoda huic Senatusconsulto causam dederint.*
3. *Cur cum Senatusconsulta sint pars juris civilis, senatus eum, cui restituta est hæreditas, hæredem non fecerit, eive & in eum non dederit actiones directas.*
4. *Quid juris, si debitor hæredi, aut hæres creditori solverit post factam restitutionem.*

1 T*Rebellio Maximo & Annæo Seneca Consules*] Hoc idem testatur & Ulpian. *l. 1. ad Treb.* Cæterum hi consules non reperiuntur in Fastis, seu indice consulum? quare credendum est, eos non fuisse ordinarios sive initio anni creatos, sed suffectos in locum demortuorum aut remotorum: quippe, ut Dio *lib. 43. & 48.* refert, anni consulum ab his duobus, qui primis duobus mensibus creati essent, nomen acceperunt; qui reliquis creabantur mensibus, in senatusconsultis & auctoritatibus scribebantur; quod confirmat hic locus: cui similis est in *§. seq.* nam neque Pagasi & Pusionis fasti meminerunt: & in *l. cum vero 26. §. subventum 7. de fideic. libert.* ubi mentio fit Senatusconsulti Rubriani, quod factum dicitur temporibus D. Trajani Rubrio Gallo & Cælio Hispone Coss. qui & ipsi in catalogo consulum non recensentur, ut suffectos eos fuisse oporteat. Igitur cum multi consules Romæ sub Impp. fierent per suffectionem, nemo ex suffectis in fastos referebatur, sed soli duo, qui anni initio magistratum auspicati essent. Quamobrem excusandus est Ausonius, qui in *gratiar. act. ad Gratianum* negat, Senecam consulem fuisse.

Si hæreditas ex fideicommissi causa restituta sit] In omni legato & fideicommisso inest hæc conditio, si hæres, à quo relicta sunt, hæres extiterit; quod in fideicommissis ex restituendi verbo satis intelligitur. Qua de causa, si hæres aut adire hæreditatem noluerit, aut antequam adeat, mortuus sit, aliave ratione defecerit, hic eveniet, ut destituto testamento, fideicommissum quoque pereat, uti cætera, quæ in testamento scripta sunt, non adita hæreditate irrita sunt, *l. 9. de test. tut. l. eam quam 14. C. de fideic. l. 13. §. quid ergo 3. l. ita tamen 27. §. quotiens 6. ad sen Trebell.* Cum autem hæredes, qui rogati erant hæreditatem restituere, aut metu litium, aut prætextu metus hæreditatem adire plerumque recusarent: cumque esset æquissimum, eos onera subire, in quos jus fructusque transferretur, potius quam cuiquam fidem suam esse periculosam, Senatusconsulto Trebelliano dubitatio hæredum cum metu incommodi sublata est, cautumque, ut quæ actiones in hæredem competunt, darentur in eum, cui ex fideicommisso restitueretur hæreditas, quo magis in reliquum confirmarentur supremæ defunctorum voluntates, *l. 1. §. 2. & 3. eod.* 2

Quæ jure civili] Senatus loquitur de transferendis iis actionibus, quæ jure civili hæredi & in hæredem competunt: transeunt tamen ex senatus sententia & actiones honorariæ, veluti actio ex constituto, ex jurejurando, & similes: imò & causam naturalium obligationum transire placet, *l. quamvis 40. l. si ejus 64. in pr. eod.*

Ei & in eum] Quemadmodum senatus hæredibus subventum voluit in eo, quod actiones, quæ in hæredem competebant, dari voluit in fideicommissarium, ut posset hæres, si à creditoribus hæreditariis conveniretur, uti exceptione restitutæ hæreditatis; ita & subvenit fideicommissariis in eo, quod actiones, quæ hæredi competebant fideicommissario dari voluit, cui soli ob hoc agendi efficaciter facultas competit; hæres autem agens per exceptionem à creditoribus hæreditariis repelli potest, *d. l. 1. §. 4.* Planè non ultra actiones ex Senatusconsulto transeunt, quam pro ea parte hæreditatis, quæ rogatu testatoris restituta est, *§. 6. inf. eod.*

Prætor utiles actiones] Licet senatusconsulta pars sint juris civilis, ac proindè per Senatusconsultum hæres effici possit, ut efficitur Senatusconsultis Tertylliano & Orficiano; eum tamen, cui ex fideicommisso restituta est hæreditas, senatus hæredem non fecit, propterea quod jam alius jure civile per aditionem hæres factus locum obtinet, quem stricta juris ratio non patitur desinere hæredem esse: quæ eadem porrò ratio efficit, ut nec directæ actiones ad fideicommissarium transire queant, sed ut semel hæredi quæsitæ sunt, ita perpetuò apud eum maneant, neque à persona ejus possint separari. Cum igitur actiones directæ non possint & apud hæredem manere & simul pari jure fideicommissario aut in fideicommissarium dari, prætor ex auctoritate senatus utiles ei & in eum, tanquam hæredi & hæredem, actiones dedit, ut hic scriptum est: conve- 3

 nit

nit: *l. filiusfa. 18. §. ult. ad leg. Falc. & l. pen. in fin. hoc tit.* Neque injuria fit, creditoribus hæreditariis, quod actiones eorum directæ mutentur in utiles: nam nova utilis, quæ succedit, ejusdem cum vetere potestatis est, eundemque effectum habet, *l. propem. de neg. gest.* In summa Senatusconsulto Trebelliano hoc effectum est, ut actiones, quæ hæredi & in hæredem jure civili competunt, post restitutionem hæreditatis in persona hæredis inutiles sint, utque agens exceptione repelli, conventus alios repellere possit. Contra vero in persona fideicommissarii sint efficaces, ut is solus & agat efficaciter & conveniatur.

4 Sed quid si debitor post restitutionem hæreditatis hæredi solverit? aut quid si hæres post restitutionem factam solverit creditori? Poterit solutum per condictionem indebiti repeti, *l. si ejus 64. in pr. eod.* quippe cum post restitutionem inutilis plane atque inefficax per Senatusconsultum in persona hæredis obligatio fiat, & vinculum quoque æquitatis tollatur, ita ut nuda tantum civilis obligatio remaneat. Enimvero si hæres aut debitor solverint, cum scirent, se tutos esse exceptione, cassabit condictio, *l. si non sortem 26. §. 3. de cond. ind.* quoniam donare voluisse præsumuntur, *l. cujus 53. de reg. jur.*

TEXTUS.

De SC. Pegasiano.

5. *Sed quia hæredes scripti, quam aut totam hæreditatem, aut penè totam plerumque restituere rogabantur, adire hæreditatem ob nullum vel minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa; postea Vespasiani Augusti temporibus, Pegaso & Pusione Coss. Senatus censuit, ut ei, qui rogatus esset hæreditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Ex singulis quoque rebus, quæ per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permissa est. Post quod senatusconsultum ipse hæres onera hæreditaria sustinebat: ille autem, qui ex fideicommisso recipiebat partem hæreditatis, legatarii partiarii loco erat, id est, ejus legatarii cui pars bonorum legabatur: quæ species legati partitio vocabatur, quia cum hærede legatarius partiebatur hæreditatem. Unde quæ solebant stipulationes inter hæredem & partiarium legatarium interponi, eædem interponebantur inter eum, qui ex fideicommisso recepit hæreditatem & hæredem, id est, ut lucrum & damnum hæreditarium pro rata parte inter eos commune esset.*

NOTÆ.

Partiebatur hæreditatem] Id est, res hæreditatis: neque enim legatarius partiarius efficiebatur successor juris, ullæve actiones hæreditariæ ei, inve eum dabantur.

COMMENTARIUS.

1. *Quæ incommoda Pegasiano senatusconsulto causam dederint.*
2. *Hoc Senatusconsulto vim legis Falcidiæ productam ad fideicommissa hæreditatis.*
3. *Discrimen legis & Senatusconsulti circa res, quæ imputentur.*
4. *An hoc demum Senatusconsulto Falcidia producta ad fideicommissa singularia.*
5. *Trebelliani & Pegasiani differentia.*
6. *Legatarius partiarius: & stipulationes partis pro parte.*

TAmetsi Senatusconsulto Trebelliano cautum erat, ut omnia onera hæreditaria in eum cui ex fideicommisso restituta esset hæreditas transferrentur, id tamen nondum sufficiebat ad invitandum hæredem ad adeundam hæreditatem. Quamvis enim nullum damnum post hoc Senatusconsultum hæredi adeunti & restituenti immineret, tamen ut est ingenium humanum, recusabant adhuc plerumque hæredes scripti adire hæreditatem alieni emolumenti causa, unde ipsi nullum aut exiguum lucrum percepturi erant: atque ita fiebat adhuc, ut fideicommissum hæreditatis sæpe intercideret. Huic igitur incommodo occursum est Senatusconsulto Pegasiano, cautumque ut ei, qui rogatus esset hæreditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia de legatis conceditur. 1

Perinde &c. atque ex lege Falcidia] Quod lex Falcidia in legatis, illud ipsum valet Senatusconsultum Pegasianum in restituenda hæreditate. Quin potius hoc Senatusconsulto vis legis producta est ad fideicommissa hæreditatis. Justinianus *orat. ad Senat.* Pegasianum factum esse ait παρὰ τὴν τοῦ Φαλκιδίου μίμησιν. Atque hinc est, quod veteres etiam quartam hujus Senatusconsulti, quam nunc vulgo Trebellianicam vocant, non quartam Pegasiani, sed quartam Falcidiæ, aut commodum Falcidiæ perpetuo appellarint, ut videre est in *l. cohæredi 41. §. 3. de vulg. & pup. l. 2. §. ult. de jur. cod. l. 18. l. in ratione 30. §. tametsi* 2

etsi 7. l. 47. §. 1. l. Titia 86. l. acceptis 93. ad leg. Falc. l. 2. l. 3. l. mulier 22. §. 2. l. si patroni 35. §. 2. l. deducta 58. §. 3. hoc tit. ad Senatusconf. Treb. l. 1. l. 10. l. 11. C. ad leg. Falc. Vlpian. tit. 25. §. 12. sup. quib. mod. test. inf. §. 3. Est tamen adhuc aliquod discrimen circa
3 res, quas in hasce quartas imputari placet. Nam in Falcidiam, quae ex legatis deducitur, ea tantùm imputantur, quae jure haereditario haeres capit: in quadrantem verò Pegasianum etiam ea, quae haeres fiduciarius capit jure legati vel fideicommissi, aut implendae conditionis causa, *l. quod autem 74. l. id autem 76. l. in quartam 91. ad leg. Falc.* Quae differentia inde nata videtur, quod lex Falcidia ultra dodrantem legari vetat, ut proindè apud haeredem quarta pars non quarumlibet rerum, sed haereditatis manere debeat: non prohibet autem senatus ultra dodrantem haeredis fideicommitti: tum etiam, quod Falcidia voluntati testatoris subservit, quem verisimile non sit legatis patrimonium suum exhaurire voluisse, sed potius, opinioni ejus non respondere calculum facultatum: at Senatusconsultum manifestè testatoris voluntati adversatur, quae haec est, ut restitutâ haereditate apud haeredem nihil praeter nudum nomen haeredis remaneat. Planè nec pars ea praelegati, quae à cohaerede accipitur, haeredi fiduciario in quartam imputatur, *l. 18. §. ult. hoc tit. l. Titia 86. d. l. in quartam 91. ad leg. Falc. l. filium 24. C. fam. erc.* fortè quod verisimile non sit, testatorem, qui portionem cohaeredis hactenus imminuit, voluisse, ut alteri id in quartam partem ejus partis, quam restituere jussus est, imputaretur. Variant tamen in hac re interpretes: videsis *Don. 7. comm. 30. & 8. c. 16. Ant. Fab. 6. conject. 3. 4. & 5. Cujac. 8. obs. 4. Fachin. 5. contr. 13. & 16. qui & alios citat. Bachov. in Treutl. vol. 2. disput. 13. thes. 3.*

4 *Ex singulis quoque rebus*] Hinc plerique colligunt, ante Senatusconsultum Pegasianum non licuisse haeredi quartam partem de singulis rebus per fideicommissum relictis retinere, atque hoc demum Senatusconsulto legem Falcidiam productam etiam ad fideicommissa particularia: quod quamobrem mihi non probetur, & cur hoc jus antiquius Senatusconsulto existimem, exposui *sup. tit. prox. in pr.* Illa etiam ratio nunc me movet, quod utrumque Senatusconsultum circa idem subjectum versetur. Nam etsi non idem Senatusconsulto Pegasiano cautum est, quod antea cautum erat Senatusconsulto Trebelliano, de eodem tamen utroque cautum esse constat, videlicet de haerede rogato restituere haereditatem, non de eo, qui oneratus sit fideicommissis particularibus. Verba Trebelliani referuntur in *l. 1. §. 2. hoc. tit.* Igitur quartae de singulis rebus per fideicommissum relictis detractio Pegasiano Senatusconsulto accepta ferri non debet, sed juri antiquiori, & ipsi legi Falcidiae ex interpretatione prudentum. Neque obstant verba hujus textus: quippe quibus hoc solum significari existimo cum Bachovio, ut si haeres & haereditatem partemve haereditatis restituere jussus est, & insuper ab eo particularia fideicommissa relicta sunt, non tantum quartam deducere possit ex fideicommisso haereditatis, sed pro rata etiam ex particularibus relictis; quemadmodum eodem modo pro rata quoque detraheretur ex legatis, si quae testator simul reliquisset, *l. 3. §. 2. hoc tit. ad Senatusconf. Treb.* Quis sit hujus disputationis fructus, intelliges ex iis, quae *n. 3. add. Vas. de success. resol. lib. 2. §. 1. D. Tulden. comm. in tit. seq. c. 4.*

5 *Ipse haeres onera sustinebat*] Trebellianum transferebat onera in fideicommissarium; retentionem autem nullam permittebat. Pegasianum retentionem quartae partis concedebat; onera verò nulla transferebat, quasi sufficere haeredibus deberet, quod quata pars ipsorum lucro cederet: ob cujus commodi perceptionem onera & judiciorum molestias subirent, nomina haereditaria persequerentur, sic ut juris erat ex lege antiqua 12. tabb. *l. ea quae 6. C. fam. erc.* Igitur restituta ex Senatusconsulto Pegasiano haereditate, id est, quarta ex auctoritate hujus Senatusconsulti contra voluntatem testatoris retenta, ipse haeres solus atque in solidum onera haereditaria sustinebat, cessante videlicet Senatusconsulto Trebelliano; utpote cui locus non erat, nisi ubi secundum voluntatem defuncti haeres restituisset, *§. seq.*

6 *Legatarii partiarii loco erat*] Universitatem alicui legari posse, id est, partem dimidiam, tertiam, aut quartam bonorum aut haereditatis, docuimus *sup. de legat. in pr.* Neque tamen hunc legatarium, quem partiarium appellabant, fuisse successorem juris, ullasve actiones haereditarias ei inve eum datas, sed partem bonorum sibi legatam sine ullo incommodo obtinuisse: id quod verum esse, hic locus clarè ostendit: nam si actiones in hujusmodi legatarium transiissent, quemadmodum ex Senatusconsulto Trebelliano transeunt in eum, qui recepit haereditatem, non magis opus fuisset interpositione stipulationum partis & pro parte, quarum hic fit mentio, inter haeredem & legatarium partiarium, quam inter haeredem, & eum, cui ex Trebelliano restituitur haereditas.

Partitio vocabatur] Is, cui pars bonorum legata erat, legatarius partiarius dicebatur, atque haec legati species partitio, *Vlpian. tit. 24. §. 25. & tit. 25. §. 13.* Meminit & *Cic. 2. de. legib.* Rationem appellationis hanc esse ait Justinianus, quoniam cum haerede legatarius partiebatur haereditatem, id est, res haereditarias seu universa bona; quomodo & haereditas vendi dicitur: neque enim legatarius partiarius efficiebatur successor juris, ut jam dictum est.

Vnde quæ solebant stipulationes, &c.] Inter hæredem & legatarium partiarium solebant interponi stipulationes de lucro & damno communicando, propriè dicebantur partis & pro parte, §.*seq.* quippe hæres, sive quid deberet hæreditas, solvebat, si quid deberetur, idem exigebat: sed antequam hæreditatem adiret, stipulabatur à legatario partiario, *Si quid à me solutum sit, ejus te partem redditurum spondes?* & vicissim alter ab hærede; *Si quid exegeris, ejus partem mihi daturum spondes?* Quæ stipulationes postea inter hæredem quoque, & eum, cui deducta quarta ex Senatusconsulto Pagasiano restituebatur hæreditas, iinterponi cœperunt, ut remedio harum stipulationum lucrum & damnum pro rata parte communicaretur: nam solus hæres hoc casu actiones & exercebat & excipiebat, *vid. Paul.4.sent.* Ulp. *tit.25.* §.13. *Theoph. hic.*

Textus.

Quibus casibus locus est SC. Trebell. vel Pegasiano.

6. Ergo siquidem non plus quam dodrantem hæreditatis scriptus hæres rogatus sit restituere, tunc ex Trebelliano Senatusconsulto restituebatur hæreditas, & in utrumque actiones hæreditariæ pro parte rata dabantur: in hæredem quidem jure civili: in eum vero, qui recipiebat hæreditatem ex Senatusconsulto Trebelliano, tanquam in hæredem. At si plus quam dodrantem, vel etiam totam hæreditatem restituere rogatus esset, locus erat Pegasiano Senatusconsulto: & hæres, qui semel adierat hæreditatem (si modo sua voluntate adierat) sive retinuerat quartam partem, sive retinere noluerat, ipse universa onera sustinebat. Sed quarta quidem retenta, quasi partis & pro parte stipulationes interponebantur, tanquam inter partiarum legatarium & hæredem: si vero totam hæreditatem restitueret, emptæ & venditæ hæreditatis stipulationes interponebantur. Sed si recusabat scriptus hæres adire hæreditatem, ob id, quod diceret, eam sibi suspectam esse, quasi damnosam, cavebatur Pegasiano Senatusconsulto, ut, desiderante eo, cui restituere rogatus esset, jussu prætoris adiret, & restitueret hæreditatem: perindeque ei & in eum, qui reciperet hæreditatem, actiones darentur, ac juris est ex Trebelliano Senatusconsulto: quo casu nullis stipulationibus est opus: quia simul & huic, qui restituit, securitas datur, & actiones hæreditariæ ei & in eum transferuntur, qui recipit hæreditatem; utroque Senatusconsulto in hac specie concurrente.

Commentarius.

1. *An hæres, qui ultro totum quod rogatus est, restituit, solus onera subeat ex Pegasiano.*
2. *Stipulationes emptæ & venditæ hæreditatis.*
3. *Caput Senatusconsulti de coactione recusantis adire.*

Non plus quam dodrantem] Senatusconsulti Pegasiana duo principalii capita fuere, quorum una cavebatur de hærede rogato totam hæreditatem aut plus quem dodrantem restituere; altero de eo hærede fiduciario, qui adire hæreditatem recusabat: nihil autem hoc Senatusconsulto cautum de hærede, qui ex voluntate defuncti quartam aut amplius habens ultro hæreditatem adiit. Itaque hoc casu restitutio fiebat ex Senatusconsulto Trebelliano, & pro rata actiones transferebatur in fideicommissarium sine ope stipulationum, *Ulp. tit. 25. §. is qui 12.*

Pro parte rata] V. c. Hæres rogatus quarta parte retenta reliquam hæreditatem restituere, fidem præstitit. Existit creditor hæreditarius, cui centum debentur: huic in 75. utilis ex Trebelliano adversus fideicommissarium actio datur: in reliqua 25. directam habet jure civili adversus hæredem.

Si modo sua voluntate] Nam si à prætore coactus adierat, transferebantur actiones omnes in fideicommissarium, ut cautum erat Senatusconsulto Trebelliano: de quo mox plura.

Ipse universa onera sustinebat] Ait, hæredem rogatum totam hæreditatem aut supra dodrantem restituere, si modo sua sponte hæreditatem adiisset, etiamsi eam secundum voluntatem defuncti restituisset; id est, sine deductione quartæ, universa onera hæreditaria sustinuisse, atque ita nec hoc casu actiones in eum, qui recipiebat hæreditatem, post Senatusconsultum Pegasianum fuisse translatas: quod perquam absurdum videtur. Utique enim propter commodum, quod hæres ex eo Senatusconsulto consequebatur, ut contra voluntatem defuncti quartam partem retinere posset, vicissim senatui visum est, ipsum solum onera hæreditaria sustinere; quo casu etiam necessario cessat Senatusconsultum 1

Tre-

Trebellianum. At ut hæres eo etiam casu, quo ultro voluntati defuncti paret, totumque quod rogatus est restituere, restituit, onera hæreditaria solus subeat, nulla ratio esse videtur? quippe cum hic non minus restitutio fieri possit ex Senatusconsulto Trebelliano, atque actiones ex eo tranferri, quam cum hæres ex voluntate testatoris quartam integram habet, & reliqvum restituit; quo casu actiones pro rata in fideicommissarium dari, in *pr. hujus* §. dictum est. Finge hæredem rogatum dextantem restituere, eumque plenam fidem defuncto præstare malle, quam contra ejus voluntatem aliquid retinere potestate Senatusconsulti Pegasiani, Cur hoc casu non æque fieri possit restitutio ex Senatusconsulto Trebelliano, & actiones pro dextante transferri in fideicommissarium, quam cum ubi dodrantem restituere jussus est, & restituit, transferuntur pro dodrante? Diversi juris non alia fuisse videtur ratio, quam quod cum hæres salvum habet quadrantem ex judicio defuncti, Senatusconsulto Pegasiano uti non potest, etiamsi maximè velit: nam ad hunc casum Senatusconsultum illud non pertinet, sed intacta hactenus prioris Senatusconsulti mansit auctoritas. At vero cum plus quam dodrantem rogatus est restituere, tum uti potest posteriore Senatusconsulto; quod in hunc casum prospexit, & prioris vim ac potestatem quodammodo sustulit. Quamobrem si is, qui beneficio Pegasiani juvari poterat, eo usus non sit, remisisse illud, atque in hoc hæredi fideicommissario gratificari voluisse censetur, ut tam oneribus hæreditariis obstrictus maneat, quam si detracta quarta reliqvum duntaxat restituerit. Facit eo quod scribit Paulus, *4. sent. 3. §. ult.* qui totam hæreditatem restituit, cum quartam retinere ex Pegasiano debuisset, repetere eam non posse. Cæterum ut arbitror, aut summi juris ratio hoc efficiebat, aut quod magis puto, pertinuit ad eum casum, quo hæres, qui Pegasiano uti poterat, totam hæreditatem simpliciter restituit. Quod si enim nominatim testatus fuisset, velle se hæreditatem restituere ex Senatusconsulto Trebelliano actionum transferendarum causa, non video cur hoc admitti non debuerit. Imo restitutionem ita ex Trebelliano solitam fieri, expressè tradit Paul. *d. lib. & tit.* §. 1. & Modestin. *l. qui totam 45. hoc tit.* quo tamen loco consultius putat, suspectam ut hæres dicat hæreditatem, coactusque à prætore restituat; quo & ipso casu ex Trebelliano restitutio fieri intelligitur, & actiones transferuntur: atque hoc etiam Cujacius observasse videtur, qui in *not. ad Paul.* scribit, eum qui totam hæreditatem restituere rogatus est, si Falcidiam omittat fidei explendæ gratia, vel ex Senatusconsulto Pegasiano restituere debere, interpositis emptæ & venditæ hæreditatis stipulationibus, vel quod expeditius est, ex Senatusconsulto Trebelliano, aut vi prætoris ex Pegasiano coactus, nullis interpositis stipulationibus.

Quasi partis & pro parte] De quibus dictum §. *præc.* Nam ad exemplum partis & pro parte stipulationum, quæ de lucro & damno communicando interponi solebant inter hæredem & legatarium partiarium, hac quoque in causa interponebantur inter hæredem & fideicommissarium, ut inter illum pro quadrante & hunc pro dodrante commoda & incommoda communicarentur, Ulpian. *tit. 25. §. 13. Paul. d. lib. & tit. in princ. Theoph. hic.*

Emptæ & venditæ hæreditatis] Cum tota hæreditas rogatu defuncti sponte restituebatur, emptæ & venditæ hæreditatis stipulationes interponebantur. 2
Quales illæ stipulationes fuerint, nusquam disertè traditum est, nisi quadantenus apud Ulpian. *l. in illa 50. §. 1. de verb. obl.* ubi hæc ex parte emptoris profertur; *Quanta pecunia ad te pervenerit, dolove malo tuo factum est eritve, quo minus perveniat*, subaudiendum, *tantam dari spondes?* Ex quo cum Hotomanno suspicari licet, hanc ferè contrariæ stipulationis formulam fuisse? *Quantam pecuniam hæreditatis causa præstitero, solvero, tantam dari spondes?* Etenim inter emptorem & venditorem hæreditatis id agi constat, quod Ulpian. scribit *l. 2. de har. vel. act. vend.* ut neque amplius neque minus juris emptor habeat, quam apud hæredem futurum esset, effectu scilicet: neque enim vi istarum stipulationum actiones hæreditariæ in emptorem transferri potuerunt. At enimvero, ut non multo ante probavimus, potuit hoc casu & ex Trebelliano nominatim restitutio sic fieri, ut actiones transferrentur sine interventu hujusmodi stipulationum.

Si recusabat hæres scriptus] Alterum hoc principale caput Senusconsulti Pegasiani fuit, ut si hæres re- 3
cusaret adire hæreditatem, jussu prætoris adire & restituere cogeretur, *l. 4. l. 6. §. 2. l. 14. §. pen. & passim hoc tit. l. si quis 17. si quis om. ca. test.* Ulp. *tit. 25. §. 14.* At inquies, cum adire facti sit, ad quod nec servus à domino præcisè compelli potest, *l. 3. C. de hær. inst.* quomodo ad id compelletur hæres? Compelli præcisè posse, non existimo, sed contumaciam hæredis pro aditione habendam, *l. pen. §. 1. Cod. hoc tit.*

Quasi damnosam] Sufficit autem hoc ab hærede allegari: neque enim inquiritur, solvendo sit hæreditas, necne. Sed neque præscribitur hæredi cur metuat hæreditatem adire, vel cur nolit; cum variæ sint hominum voluntates, quorundam negotia timentium, quorundam vexationem, quorundam æris alieni cumulum, tametsi locuples videatur hæreditas, quorundam offensas vel invidiam, quorundam gratificari volentium his, quibus hære-

reditas relicta est, sine onere tamen suo, *d. l. 4. hoc tit.*

Quo casu nullis stipulationibus est opus] Jussu prætoris adita & restituta hæreditate, ei & in eum, qui recepit hæreditatem, actiones dantur perinde atque si ex Trebelliano Senatusconsulto restituta fuisset, idque ut ita fiat, Pegasiano Senatusconsulto cautum esse scribit Ulp. *d. tit. & §.* Quamobrem nullis hic stipulationibus opus erit. Ut autem restituenti hoc casu prospectum, ne ullum damnum sentiat, ita vicissim omne commodum amittit, quod si cogi se passus non esset, vel beneficio Pegasiani, vel ex voluntate defuncti, percipere potuisset, *d. l. 4. d. l. 14. §. qui compulsus 4. l. ita 27. §. 2. & §. precepto 14. hoc tit.*

Utroque Senatusconsulto concurrente] Nam quod hæres invitus cogebatur adire à prætore, id erat ex Senatusconsulto Pegasiano; quod actiones transferrentur in eum, qui recipiebat hæreditatem, ex Trebelliano.

TEXTUS.

Pegasiani in Trebellianum transfusio.

7. Sed quia stipulationes ex Senatusconsulto Pegasiano descendentes & ipsi antiquitati displicuerunt, & quibusdam casibus captiosas eas homo excelsi ingenii Papinianus appellat; & nobis in legibus magis simplicitas, quam difficultas placet: ideo omnibus nobis suggestis tam similitudinibus, quam differentiis utriusque Senatusconsulti, placuit, exploso Senatusconsulto Pegasiano, quod postea supervenit, omnem auctoritatem Trebelliano Senatusconsulto præstare, ut ex eo fideicommissariæ hæreditates restituantur: sive habeat hæres ex voluntate testatoris quartam, sive plus, sive nihil penitus: ut tunc, quando vel nihil, vel minus quarta apud eum remanet, liceat ei vel quartam, vel quod ei deest, ex nostra auctoritate retinere, vel repetere solutum, quasi ex Trebelliano SC. pro rata portione actionibus tam in hæredem, quam in fideicommissarium competentibus. Si vero totam hæreditatem sponte restituerit, omnes hæreditariæ actiones fideicommissario, & adversus eum competant. Sed etiam id, quod præcipuum Pegasiani Senatusconsulti fuerat, ut quando recusaret hæres scriptus sibi datam hæreditatem adire, necessitas ei imponeretur totam hæreditatem volenti fideicommissario restituere, & omnes ad eum, & contra eum transferre actiones. Et hoc transposuimus ad Senatusconsultum Trebellianum, ut ex hoc solo necessitas hæredi imponatur, si ipso nolente adire, fideicommissarius desideret restitui sibi hæreditatem, nullo nec damno nec commodo apud hæredem remanente.

NOTÆ.

Vel repetere solutum] Solutum scil. errore facti, non juris, *l. 9. C. ad leg. Falc.* v. gr. Qui 100. in bonis habebat, 100. legavit. Hæres integra legata solvit. Si errore facti, credens eam esse quantitatem patrimonii defuncti, ut exolutis legatis adhuc abunde sibi ad quartam Falcidiæ supersit, repetitionem habet: si errans in jure, non habet. Id est, si non ignorabat quantitatem substantiæ; putabat autem se quartæ retentionem non habere. Idemque juris est in restitutione fideicommissi, ut hîc.

Pro rata portione] *l. 1. C. h. t.* Onera tamen legatorum ad solum fideicommissarium spectant, *l. 1. §. ult. D. eod.* & ibi Accurs. DD. in *l. 2. & ult. C. eod.* nisi minus dodrante restituere hæres rogatus sit; tunc enim pro eo, quod ultra quartam habet, etiam legatorum onera ad eum pertinent, *l. 1. §. pen. eod.* Gloss. & Dd. *ubi sup.*

Totam hæreditatem sponte] Dum fidum obsequium defuncti precibus præbere desiderat, *l. 45. ad SC. Treb.* & pleniore officio fidei præstandæ fungi, *l. 5. §. 15. d. don. int. vir.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur stipulationes ex Senatusconsulto Pegasiano descendentes catiosæ visæ.*
2. *An hæres, qui non confecit inventarium, amittat quartam Senatusconsulti: & an testator deductionem hujus quartæ vetare possit.*
3. *Duplex deductio juxta c. Raynutius.*
4. *Pro qua parte actiones transeant aut remaneant.*
5. *Explicatur l. 5. C. h. tit.*
6. *Legatorum onera ad solum fideicommissarium pertinere.*

Transfunditur hoc loco vis omnis Senatusconsulti Pegasiani in Trebellianum, ut jam ex solo Senatusconsulto Trebelliano restituatur hæreditas. Itaque hæres nunc quasi ex hoc Senatusconsulto quartam vel quod quartæ deest, retinere potest; ex eodem actiones pro rata communicantur:

tur: si hæres adire & restituere nolit, ex hoc Senatusconsulto cogitur: restituta tota hæreditate sive sponte sive jussu prætoris, actiones omnes in fideicommissarium transeunt: nullusque jam amplius usus stipulationum, quarum antea meminit.

Ex Pegasiano Senatusconsulto descendentes] Stipulationis partis & pro parte, emptæ & venditæ hæreditatis non sunt Senatusconsulto Pegasiano primum introductæ, sed sunt antiquiores. Dicuntur autem hic ex pegasiano descendere, quia eo Senatusconsulto translatæ sunt ad restitutionem hæreditatis, locum non habente Trebelliano. Hotomannus hinc colligit, nominatim Senatusconsulto mentionem harum stipulationum factam fuisse.

1 *Captiosas*] Captiosæ fuerunt stipulationes emptæ & venditæ hæreditatis, itemque partis & pro parte, quia salvæ nihilominus hæredi & adversus hæredem actiones manebant. Neque enim ob harum stipulationum interpositionem cogebantur creditores fideicommissarium convenire, sed hæres lites excipiebat, & solutum creditoribus à fideicommissario repetebat: sicut è diverso fideicommissario cum hærede agendum erat, ut quod à debitoribus exegisset, redderetur. Ob has difficultates & litium anfractus facile eveniebat, ut alter damnum pateretur, vel propter calumniam, vel propter inopiam alterius: quod cum ex Trebelliano restituitur hæreditas, commode potest vitari. Nam quatenus hæreditas restituta est, eatenus hæres si conveniatur, exceptione restitutæ hæreditatis se tueri potest; & vicissim si ipse experiatur, eadem exceptione repellit. Captiosas igitur hasce stipulationes Papinianus appellat, non quia callidæ aut argutæ, sed quia captioni & damno obnoxiæ, plenæque difficultatibus; quia captiosæ propter has stipulationes Senatusconsulti Pegasiani ambages, auctore Justiniano *l.2. C. de vet. jur. enucl.* Captiosum enim nostris etiam id dicitur, quod alicui fraudi aut damno est, *l.5. de transact. l.14. §. aliquando 5. vers. unde quidam, quod met. ca. l.6. §. si quid 10. quæ in fraud. cred.* Recte igitur Theophilus reddidit ἐπιζημίους, id est, damnosas: neque casum video, cur Bachovio hæc ratio appellationis non placeat.

In legibus magis simplicitas] Laudat in §. *ceterum 3. inf. de legit. agn. success.* legem 12. tabularum, quod simplicitatem legibus amicam amplexa sit in legitima agnatorum successione: Quod autem legumlatoribus in condendis legibus placere videmus, id etiam in earum interpretatione nobis sequendum est, vitandæque argutiæ, subtilitates, scrupulositates, obscuritates, distinctiones ac differentiæ nimiæ.

Senatusconsulto Trebelliano præstare] Quod planius erat, & citra captiosos circuitus ipso jure, quoad vim & effectum, transferebat id, quod non nisi per stipulationes interpositas, longosque & captiosos ambitus Pegasianum exæquebatur.

Vel quartam vel quod deest] Hinc interpretes quartam hanc dixere Trebellianicam. Veteribus autem nunquam alio nomine, quam Falcidiæ appellatur, ut ostendi *sup. §.5.* nimirum quia Senatusconsulto Pegasiano non tam nova quarta introducta fuit, quam quarta Falcidiæ producta ad fideicommissa universalia. Ex quo porro intelligitur, appellatione quartæ Falcidiæ etiam proprie hanc quartam contineri, & proinde positis terminis habilibus, atque in dubio, ubi expresse nulla differentia constituta est inter quartam, quam hæres de singulis rebus detrahit, & quam retinere potest ex fideicommisso hæreditatis, quicquid de Falcidia jure nostro cautum est, ex æquo ad utramque partam pertinere. Veluti quod Justinianus constituit, ut hæres, qui inventarium facere neglexit, beneficium Falcidiæ amittat, *l. ult. §. pen. Cod. de jur. de lib.* item quod Falcidiæ locus non est, si testator expresse vetuerit hæredem ea uti. *Nov.1. cap.2.* Omnino enim verisimile est, Justinianum perpetuum omnium auctorum juris usum secutum, utramque quartam uno Falcidiæ nomine comprehendisse. Atque hoc si animadvertissent interpretes, nemo eorum repertus esset, qui ausus fuisset hoc negare. At nunc tanta frequentia in contrarium itum est, ut difficile dictu sit, utra sententia majori numero & rerum judicatarum auctoritate nitatur, *vid. Ferrar. in form. libell. pro leg. rei sing. num.5. Gom. 1. resol.5. num.11. & 12. Euerh. in Top. à Falc. ad Trebell. loco 34. Gail.2. obs. 138. num.16. Clar. §. testam. quæst.62. Mantic.7. de coni.ult. vol. 11. & 12. Fachin.5. cont.4. Perez. ad tit. C. de jur. del. num.14. & C. ad Senatusconsul. Treb. num.20. Christin. vol.1. decis.316. & vol.4 decis.25. 51. & 52. D. Tulden. comm. in tit. prat. cap.3.* Apparet tamen ex allegatis, à Christinæo sic fere usu receptum esse, ut etiam detractio quartæ Senatusconsulti expresse prohiberi possit, præterquam in liberis primi gradus, quos etiam apud nos obtinere refert Grot. 2. *manud.* 20. Intellige autem per liberos primi gradus non tantum filios, sed etiam nepotes, &c. quos nemo in suo ordine antecedit. Ob inventarium verò non confectum hæredem non amittere quartam Senatusconsulti. Et ita sæpissime judicatum *Mynsi.3. obs.60. Gail. d. obs. num. 3. & 6. Decis. Cur. Holl. 3. add.* citatos à *Christin. d. decis.51. num.3.* Jure Canonico liberis universali fideicommisso gravatis duplex detractio permissa est, legitimæ & Trebellianicæ, *cap. Raimutius X. de testam.* quod quanquam legibus civilibus incognitum est, *vid. Cujac. 8. obs.4. Hotom. illust. quæst.43.* usu tamen etiam in foro civili per totum mundum receptum esse, & tanquam Evangelium practicari, testantur *Bald. & Ias. in* 2

in auth. res quæ, C. comm. de legat. Castr. in l. jubemus 6. Cod. ad Senatusconf. Trebell. Christin. vol. 1. decis. 245. & dec. 315. eoque jure etiam nos utimur. *Grot. 2. manuduct. 20. decis. Cur. Holl. 3. & 17.* In cæteris, quod ad hunc juris articulum attinet, sequimur in his regionibus jus commune. *Grot. d. loc. Gudelin. lib. 2. de jur. nov. c. 11.* ubi tamen dubitari posse scribit, an in locis in quibus hæredes instituti pro legatariis habentur, ut apud Gandavenses & Cortracenses, admittenda sit Falcidiæ aut Trebellianicæ detractio: & magis existimat, admittendam non esse, *arg. l. lex Falcidia 47. §. 1. ad leg. Falc.*

Vel repetere solutum] Solutum scilicet errore facti, *l. error 9. C. ad leg. Falc.* Repetitur autem hoc non beneficio Senatusconsulti; sed jure communi, quo ejus, quod per errorem quacunque ex causa solutum est, omnibus repetitio conceditur. De quo diligentius suo loco.

Pro rata portione] Si pars tantum hæreditatis restitui jussa est, pro parte non restituta actiones apud hæredem remanent, pro restituta transeunt in fideicommissarium. Si tota hæreditas, aut integra alicujus hæredis portio, si hæres eam totam restituit, (sponte, an coactus nihil refert) transferuntur actiones omnes; si dodrantem retenta quarta ex Senatusconsulto, pro dodrante transferuntur, pro quadrante remanent, *l. 1. C. hoc tit.* Atque in hoc differt hæres fiduciarius ab eo, qui legatis oneratus est, qui solus cogitur respondere creditoribus. Dividuntur autem actiones pro competenti cujusque parte simul atque facta est restitutio, id est, si hæres verbo dixerit se restituere, aut per epistolam vel nuntium restituerit, quamvis fideicommissarius nondum nactus sit rerum possessionem, *l. restituta 37. l. facta 63. in pr. hoc tit.* Quod autem etiam in ponenda ratione Senatusconsulti deduci dicitur æs alienum, *l. 5. C. eod.* eo nihil aliud significatur, quam quod in constituenda summa bonorum ineatur etiam ratio æris alieni, idque de bonis deducatur, ut sciri possit, quantum æris alieni in fideicommissarium cum portione restituta transeat, quantum apud hæredem cum portione retenta maneat. Fingamus, quingenta in bonis esse; ex his centum deberi. Hic fideicommissario restituentur C.C. CLXXV. ac pro hac portione, id est, pro novem unciis, transferetur in eum onus æris alieni CXXV. retinebit hæres, pro qua parte ipse à creditoribus conveniendus erit. Sic enim omnino res transigenda est, postquam placuit actiones pro rata parte in utrumque dari. Quod non satis recte mihi explicuisse videtur Wesemb. & post eum Christini *vol. 4. dec. 53. n. 5.* Quamvis autem hæres fiduciarius pro parte sua onus æris alieni subeat, onera tamen legatorum ad solum fideicommissarium spectare, communiter placuit, *Accurs. in l. 1. §. ult. hoc tit. DD. in l. 2. & l. ult. C. eod. Tholosan. 42. syntagm. 31. n. 3. D. Tulden. comm. in hunc tit. cap. 4.* Quæ sententia etsi Donello in *d. l. 2.* falsissima, mihi tamen vera videtur. Nam cum quarta pariter ex legatis & fideicommisso detrahatur, *l. 3. §. 2 eod.* utique ex residuo dodrante, quem totum hæres restituit, legatariis satisfaciendum: alioqui non habiturus esset hæres quartam integram; nisi dicamus, hæredem nihilominus à lagatariis recte pro sua parte conveniri, & quod solvit, à fideicommissario eum repetere debere, sibique imputare, quod portionem de dodrante non retinuerit. Sed hoc in proposito dici non potest; quoniam auctoritate senatus dodrante, unde omnia legata præstanda sunt, restituto, actiones legatariorum in fideicommissarium transferuntur, qui conventus quod sibi detractum, legatariis pro rata imputabit, *argum. l. 3. in pr. eod.* Plane, si, antequam restitutio facta est, legatarii petant; puto, hæredem exceptione adjuvari non debere, cum, si solvat, hoc minus ex causa fideicommissi restituat; *argum. l. ita tamen 27. §. qui ex Trebell. 7. in fin. eod.* Quod si hæres minus dodrante restituere rogatus est, pro eo, quod ultra quartam habet: etiam legatorum & fideicommissorum specialium onera ad eum pertinere, certum est, *l. 1. §. pen. eod. Salic. in d. l. 2. & l. ult. Cod. eod. Grot. 2. manud. 20. Mynf. Schneid. hic* Ad quem casum plerique cum Glossa etiam referunt *dict. l. 2.* Bachovius in *not. ad Treutl. vol. 2. disp. 14. thes. 9.* putat, hanc *d. l.* sententiam esse, quod fideicommissarius cogatur pati, ut tam de sua parte, quam de legatis quarta detrahatur, cum concurrentibus legatariis de restituenda hæreditate agitur.

Nec damno nec commodo] Quod merito placuit. Nam neque damnum ullum hoc casu sentire hæredem æqvum est, propterea quod coactus contemplatione alterius adit; neque commodo aliquo frui debet, ne quartæ quidem, quoniam adit periculo alieno, *l. 4. hoc tit.* de quo etiam dictum §. proxime præced.

TEXTUS.

De quibus hæredibus & in quibus fideicommissariis supra dicta locum habeant.

8. Nihil autem interest, utrum aliquis ex asse hæres institutus, aut totam hæreditatem, aut pro parte restituere rogatur; an ex parte hæres institutus, aut totam eam partem, aut partem partis restituere rogatur. Nam & hoc

hoc casu eadem observari præcipimus, quæ in totius hæreditatis restitutione diximus.

Commentarius.

Sententia hujus loci satis plana est. Non tantùm, qui ex asse institutus est & rogatus, aut totam hæreditatem aut partem ejus restituere, potest vel ultrò adeundo & restituendo partem quartam, aut quod quartæ deest, retinere, remanentibus & migrantibus pro rata actionibus creditorum; vel suspectam hæreditatem dicendo exonerari, totamque transferre in eum, qui adire cogit, *l. cogi 16. §. si quis 4. hoc tit.* verùm etiam, si quis ex parte & verbi causa ex semisse hæres institutus sit, rogatusque partem illam restituere, potest quartam partem hujus partis, & in proposito sesquiunciam retinere, ut actiones hæreditariæ pro rata remaneant & transeant. Potest & partem totam ultrò restituendo, aut adire recusando, prætorisque jussu adeundo, omnes actiones abs se removere & transferre in fideicommissarium. Denique qui partem partis, ex qua institutus est, restituere rogatur, potest similiter, si quartam partem suæ partis salvam judicio defuncti non habeat, quod ei deest, retinere; & recusans adire, desiderante fideicommissario cogi à prætore, ut adeat, totamque illam partem restituat cum omni onere & commodo ei adjuncto. Nimirum hic etiam locum habet vulgata regula, *Quod juris est in toto, quantum ad totum, idem juris est in parte, quantum ad partem, l. quæ de tota 76. de rei vind. l. 3. pro derel. §. si rem 12. in fin. sup. de legat.* Simile est, quod super *§. 1. de leg. Falc.* docuit, in singulis hæredibus rationem legis Falcidiæ poni.

Textus.

De eo, quod hæres voluntate testatoris deducit, præcipitve.

9. *Si quis unâ aliquâ re deductâ, sive præceptâ, quæ quartam continet (veluti fundo vel aliâ re) rogatus sit restituere hæreditatem, simili modo ex Trebelliano Senatusconsulto restitutio fiet, perinde ac si quartâ parte retenta rogatus esset reliquam hæreditatem restituere. Sed illud interest, quod altero casu, id est, cum deducta sive præcepta aliqua re restituitur hæreditas, in solidum ex eo Senatusconsulto actiones transferuntur, & res, quæ remanet apud hæredem, sine ullo onere hæreditario apud eum remanet, quasi ex legato ei acquisita. Altero verò casu, cum quartâ parte retentâ rogatus est hæres restituere hæreditatem, & restituit, scinduntur actiones, & pro dodrante quidem transferuntur ad fideicommissarium, quo quadrante remanent apud hæredem. Quinetiam licet unâ aliquâ re deductâ aut præceptâ, restituere aliquis hæreditatem rogatus sit, in quâ maxima pars hæreditatis contineatur, æquè in solidum transferuntur actiones. Et secum deliberare debet is, cui restituitur hæreditas, an expediat sibi restitui. Eadem scilicet interveniunt, &, si duabus pluribusve rebus deductis præceptisve, restituere hæreditatem rogatus sit. Sed etsi certa summa deducta præceptave, quæ quartam vel etiam maximam partem hæreditatis continet, rogatus sit aliquis hæreditatem restituere, idem juris est. Quæ autem diximus de eo, qui ex asse institutus est, eadem transferimus & ad eum, qui ex parte hæres scriptus est.*

Notæ.

Unâ aliquâ re deductâ] Qui certa aliquâ re aut summâ deductâ rogatus est hæreditatem restituere, similis est hæredi, cui ex re certâ instituto cohæres simpliciter datus; nam & illum & hunc pro legatario haberi placet, *l. 1. §. ult. hoc tit. l. pen. C. de hær. inst.*

In qua maxima pars hæreditatis] Nam pretium rei non mutationem juris; onera autem non patitur, nisi qui partem jure hæreditario retinet, *d. l. 30. §. 3.* Quod si res deduci jussa quartam partem non exæquat, poterit hæres quod deest, jure hæreditario retinere, per *l. 1. §. 16. eod.*

Duabus pluribusve] Ratio, quia semper inspicitur, utrum qua pars jure hæreditario hæredi attribuatur, an in rebus singulis.

Qui ex parte hæres] Ut si præcepta re aliquâ rogatus sit restituere, res illa apud eum sine onere remaneat.

Commentarius.

1. *An & quatenus in casu proposito consumpta portione restituta legatarii & creditores cum hærede agere possint.*

Supra *tit. de hæred. inst. sub §. & si plures 8.* docuimus, si quis solus ex re certa institutus fuerit, eum perindè hæredem fieri, omniumque bonorum hæreditatem obtinere, ac si simpliciter

 sine

fine ullâ mentione rei scriptus esset, ex *l. 1. §. si ex fundo*, *d. tit. l. cohæredi* 41. *§. ult. de vulg. & pup.* At si plures instituti sint, quidam ex re certa, alii simpliciter aut ex parte hæreditatis, tum eos solos hæredes effici, qui simpliciter aut ex quota scripti sunt; quia ex certa re aut summa, pro legatariis haberi, *l. pen. C. de. her. inst.* nisi hæredes partis universæ defecerint: tum enim idem juris esse, ac si instituti in re singulari abinitio soli fuissent. Huic posteriori speciei similis est, quæ hoc loco proponitur, videlicet cum quis deducta certa re vel summa rogatus est hæreditatem restituere. Restituta enim in proposito hæreditate fideicommissarius instar cohæredis est, hæres instar ejus qui ex re certa institutus cohæredem habet scriptum simpliciter. Quamobrem recusante quidem fideicommissario hæreditatem recipere, solus qui rogatus est & adiit, hæres erit: at hæreditate recepta, jam solus fideicommissarius hæredis locum obtinet, alter tanquam cohæres ex re certa vicem subit legatarii.

Una aliqua re] Quæ *precedd.* §§. dicta sunt de scissione actionum hæreditariarum inter hæredem fiduciarium, qui parte aliqua ex voluntate defuncti retenta reliqua hæreditatem restituit, & fideicommissarium Trebellianum, ea tunc obtinere hic docemur, quando quis rogatus est hæreditatem restituere retenta parte aliqua hæreditatis seu assis, sive, ut vulgo interpretes loquuntur, deducta quota. Aliud autem longe esse, si quis præcepta re aliqua, veluti fundo, aut summa, puta centum aureis, restituere rogatus sit; quamvis ea res vel summa quartam partem vel amplius contineat. Nam etsi hic quoque similiter restitutio ex Senatusconsulto Trebelliano fiat, actiones tamen nullas pro parte retenta, nullave onera hæreditaria apud hæredem remanere, sed hæc omnia transire ad fideicommissarium, hæredemque præceptum habiturum jure legatarii, id est, sine ullo onere hæreditario, quo constat legatarios non premi, *l. si hæreditatem* 32. *mand. l. ult. C. de her. act.* Mæcianus breviter & dilucide rem totam proponit in *l. si legatus* 30. *§. 3. hoc tit. Multum interest*, inquit, *utrum qua pars jure hæreditario retineatur, an vero in re vel pecunia: nam superiore casu actiones dividuntur inter hæredem & fideicommissarium; posteriore vero apud fideicommissarium sunt actiones.* Huc pertinet *l. 1. §. ult. eod.* Quod si hæres coactus à prætore adierit, etiam commodo præceptionis privabitur, *l. ita* 27. §. *si præceptis* 14. *eod.*

Quæ quartam continet] Quod si res deduci jussa quartam partem non exæquet, tum hæres vel ad supplementum agere poterit, vel quod quartæ deest, jure hæreditario retinere. *Gloss. & DD. hic arg. §. sed quia* 7. *hoc tit. l. 1. §. si hæres* 16. *eod.* Æquum autem tunc esse, ut hæres saltem pro ratione istius supplementi creditorum actiones excipiat, utique in subsidium censent Glossa in *d. l. 1. §. ult. Cantiunc. & Mynsf. hic.*

Ex Senatusconsulto Trebelliano] Ante transfusionem Pegasiani in Trebellianum, si hæres non ultra dodrantem restituere jussus erat, restitutio fiebat ex Senatusconsulto Trebelliano. Hoc cum nostri dicunt, perpetuo significant, actiones pro parte transferri. Si amplius dodrante, restitutio fiebat ex Pegasiano. Quo casu actiones apud hæredem remanebant, & stipulationes interponebantur, secundum ea, quæ tradita sunt *§. ergo 6. eod.* Hodie remoto Pegasiano distinctè pro parte restituta actiones transeunt. In casu autem proposito etiam antea restitutio fiebat ex Trebelliano, *l. 1. §. si hæres 16. eod.* actionesque in solidum transferebantur; quoniam hæres, apud quem nulla pars jure hæreditario remanet, similis est legatario.

In qua maxima pars hæreditatis] Finge, eum, qui quadringenta possidebat, rogasse hæredem, ut præcepto fundo, qui trecentorum erat, hæreditatem Titio restitueret. Hic etiamsi fundus iste maximam partem hæreditatis, id est, dodrantem contineat, nihilominus tamen reliquo restituto in solidum actiones in Titium transferuntur. Neque enim pretium rei rationem juris mutat, aut efficit, quo minus res sit singularis. Cæterum hoc casu consumpta portione restituta, fideicommissario subveniendum esse hæredemque pro eo, quod ultra quartam habet, legatariis respondere debere, tradunt *Cantiunc. & Mynsf. hic.* Et multo ergo magis pro eadem quantitate tenebitur creditoribus; quippe quibus in subsidium etiam pro tota ea parte, quam præcepit, teneatur, si hæreditas solvendo non sit, ut vult idem *Mynsing. & Gothofr. in annot. marg. ad Schneid.* quod etiam tanquam certum atque apud nos quoque receptum tradit *D. Grot. 2 manud. cap. 20.* Etsi autem forte rationi juris veteris hæc non satis conveniunt, & fortassis nec novo, si fideicommissarius inventarium facere neglexerit, quo casu obligatur ultra vires receptæ hæreditatis; novo tamen juri consentanea videntur, ubi fideicommissarius inventarium ex præscripto Justiniani fecit, aut hæres à se factum ei cessit. Quorum alterutrum satis ei est ad exonerationem æris alieni, quatenus modum hæreditatis excedit, per ea, quæ habet *Bart. in l. in ratione* 11. *§. quod vulgo 5. ad leg. Falc. num. 9. & 10.* quanquam Bachovius putat, etiamsi ipse fideicommissarius solvendo non sit, hæredem tamen in subsidium conveniri non posse, cùm aliud remedium creditoribus paratum sit, & principuè hoc, ut si putent hæredem non esse solvendo, bonorum separationem petant.

Etsi

Et secum deliberare debet] Cautius faciet, si jure deliberandi non utatur, sed novo beneficio inventarii, quod à Justiniano datum omnibus, quibus deliberandi potestas est de adeunda aut suscipienda hæreditate, §. *extraneis* 5. *sup. de hæred. qual.*

Si duabus pluribusve] *L. ita tamen* 27. §. *si præceptis* 14. *hoc tit.* Quippe non multitudo rerum relictarum, sed modus relinquendi juris differentiam inducit, inspiciturque semper, utrum qua pars in hæreditate seu jure universo hæredi attributa sit, an in rebus singulis hæreditariis. Mynsingerus imperitè rem hæredidariam cum quota hæreditatis confundit.

Sed & si certa summa] Huc ergò pertinet *l.* 1. §. 17. *eod.* quem locum perperamDD. comm. alio trahunt, nimirum ut probent, etiam retentâ quartâ parte hæreditatis actiones legatorum in solidum in fideicommissarium dari: quanquam vera mihi videtur propositio.

Ad eum, qui ex parte] Pone, eum, qui quadringenta habebat, duos hæredes instituisse, singulos ex semisse; alterumque rogasse, ut deducto fundo, qui centum valet, aut deductis centum, partem suam restitueret L. Titio. Titius receptâ hæreditate solus pro semisse actiones excipit; cum ubi partis dimidiæ hæres rogatus est, ut retentâ parte quartâ aut quadrante suæ portionis restituat, atque restituit, pro sextante obnoxius maneat.

TEXTUS.

De fideicommisso hæredis ab intestato.

10. *Præterea intestatus quoque moriturus potest rogare eum, ad quem bona sua vel legitimo jure vel honorario pertinere intelligit, ut hæreditatem suam totam partemve ejus, aut rem aliquam, veluti fundum, hominem, pecuniam, alicui restituat: cum alioqui legata nisi ex testamento non valeant.*

NOTÆ.

10. *Intestatus moriturus*] Poterat dubitari, qui a legitimi & honorarii hæredes nihil à defuncto accipiunt, sed illos lex, hos prætor vocat: ejus autem, qui à defuncto nihil accipit, fideicommitti non potest, *l.* 9. *Cod. de fideicomm.* Sed huic dubitatoni occurrit Paul. *l.* 8. §. 1. *de jur. cod.* Ulpian. *l.* 1. §. 6. *de leg.* 3. Nimirum etiam his hæreditatem tacitè à defuncto relinqui, dum eos non excludit alios instituendo; quod pro jure suo facere poterat.

COMMENTARIUS.

1. *Ratio, cur etiam à legitimis & honorariis hæredibus fideicommissum relinqui possit.*
2. *An fideicommissum à legitimo hærede relictum, successione propter repudiationem primi gradus agnati ad sequentem devoluta, debeatur.*

Fideicommissum tam hæreditatis, quàm singulare, non solùm testamento, verùm etiam codicillis relinqui potest. Quid ei observandum sit, qui testamento relinquere fideicommissum hæreditatis velit, didicimus §. 2. *sup. hoc tit.* nimirum ut directo testamento hæredem instituat, atque ab eo relinquat. Codicillis potest quidem & ab hærede testamentario relinqui, *l.* 3. §. 2. *l.* 8. *in pr. de jur. Cod. Vlpian. tit.* 25. §. 9. Cæterum potest & ab eo, qui ab intestato venturus est, sive legitimus sit, sive honorarius successor, *d. l.* 3. *pr. d. l.* 8. §. 1. Unde quamvis de instituto tantùm hærede senatus loquatur, *l.* 1. §. 2. *hoc tit.* tamen ad legitimum quoque & honorarium per interpretationem consultum senatus extensum est, *d. l.* 1. §. 5. & §. 7. *l.* 6. §. 1. *eod.*

Intestatus moriturus] Dubitari potuit, an à successore legitimo aut honorario fideicommissum rectè relinqnatur. Sic enim jus est, ut ab eo, qui nihil à defuncto accipit, nihil per fideicommissum relinqui possit, *l.* 9. *Cod. de fideicomm.* Legitimi autem hæredes aut honorarii nihil à defuncto accipiunt, sed illos lex 12. tabb. ad hæreditatem vocat, hos prætor ad bonorum possessionem. Verum hæc dubitatio facilè tolli potest. Quamvis enim in casum non ademptæ hæreditatis legitimi hæredes à lege, honorarii à prætore vocentur: tamen cùm defunctus eos testamento facto excludere potuisset aliis hæredibus institutis, (salvâ utique portione liberis & parentibus debita) hæreditatem ipsis tacitè relinquere videtur, dum non adimit, quod pro jure suo facere poterat. Atque hoc est, quod Jurisconsultus significat in *l.* 1. §. *sciendum* 6. *de legat.* 3. cum ait, *fideicommitti eorum posse, ad quod aliquid perventurum est, vel dum ipsis datur, vel dum non adimitur:* in quam sententiam eleganter Paulus *l.* 8. §. 1. *de jur. cod. Ideò*, inquit, *fideicommissa dari possunt ab intestato succedentibus, quoniam creditur paterfamilias sponte sua his relinquere legitimam hæreditatem.* Ex quo etiam hoc efficitur, neminem posse fideicommittere hæredis ab intestato, nisi qui testamentum facere potest, *l.* 3. *in pr. de jur. cod. Vlpian. d. tit.* §. 3. Estque hoc juris explorati, eos, qui testementum facere non possunt, nec codicillos posse, *l.* 6. §. 3. *l.* 8. §. 3. *de jur. cod.* De illo quæsitum est, si quis intestatus decedens ab eo, qui primo gradu ei succedere potuit, fide-

deicommissum reliquerit, si illo repudiante ad sesequentem gradum devoluta sit successio, an fideicommissum debeatur. Negat Ulpian. *d. l. 1. §. pen. de legat. 3.* quod tamen idem affirmare videtur *l. si Titio 61. §. 1. de legat. 2.* & Julian. *l. 3. d. jur. cod.* Doctores vulgo cum *Accurs. & Bart. ad d. ll.* interesse respondent, utrum simpliciter hæredes ab intestato venientes gravati sint, an aliquis nominatim: illo casu fideicommissum à quolibet succedente deberi; hoc casu non deberi, nisi à cohærede gravati portionem suam repudiantis; quoniam is in portione accrescente similis est substituto, *argum. dict. l. 3. de jur. Cod. junct. l. pater meus 29. §. 1. de legat. 2. add. Bart. in l. cum pater 77. §. cum existimaret 29. de legat. eod.* quæ distinctio rationem habet. Anton. Faber 4. *conject.* 15, contendit, vitiosam esse lectionem *d. §. pen. l. 1. de legat. 3.* legendumque dempta negatione, *fideicommissum debere.* Mihi tam periculosa confidentia non placet.

Legata nisi ex testamento] Legatum olim non nisi testamento aut codicillis testamento confirmatis dari potuit; credo quia civilibus verbis atque imperativis legis modo relinquebatur. *Ulp. tit. 24. fac. l. si ita 38. de cond. & dem.* quibus tantum in testamento locus erat. Unde definitur legatum, donatio testamento relicta, *l. 36. de legat. 2.* Scilicet inconveniens visum est pro imperio aliquid mandare ei quem non defunctus, sed lex hæredem facit. Probabile tamen est, legata codicillis ab intestato data, interpretatione plerumque adjuta, atque ut vim fideicommissi haberent, benigne receptum fuisse, *arg. l. Scævola 76. hoc tit.* Hodie autem postquam constitutione Justiniani confusa est legatorum & fideicommissorum natura, *l. 2. Cod. comm. de legat.* hanc etiam differentiam sublatam esse tenebimus, & legata quoque ab intestato relicta directa valere, contra Joh. Fabrum, Angel & Giphan.

TEXTUS.

De fideicommisso relicto à fideicommissario.

11. *Eum quoque, cui aliquid restituitur, potest rogare, ut id rursum alii, aut totum, aut partem, vel etiam aliquid aliud restituat.*

COMMENTARIUS.

Non modò hæres de restituenda hæreditate aut parte ejus rogari potest, verùm etiam fideicommissarius, ut vel totum, vel partem ejus, quod accepit, rursus alii restituat: atque in hac etiam restitutione placet actiones ex Senatusconsulto transferri in fideicommissarium, secundum *l. 1. §. de illo 8. hoc tit.* posse & cogi primum fideicommissarium, qui totam hæreditatem, cum suspecta diceretur, recepit, totam restituere, *l. si patroni 55. §. 2. eod.* Solus autem hæres beneficio legis Falcidiæ utitur, id est, jus quartæ retinendæ habet, *l. lex Falcidia 47. §. 1. ad leg. Falc.* Etenim cum semel adita est hæreditas, omnis defuncti voluntas rata constituitur, *d. l. 55. §. 2.* Proindè cæteri, quatenus ceperunt, & rogati sunt restituere, fideicommisso obstringuntur. *L. Lucius 78. §. hæres 11. hoc tit.* similiter ut legatarii, à quibus fideicommissum relictum est, *l. pœnales 32. §. si Titio 4. ad leg. Falc.* Planè, si hæres, ut priori fideicommissario donaret, jure suo usus non sit, posse quartam fideicommissario detrahi, responsum est, *l. 1. §. inde Neratius 19. hoc tit.*

TEXTUS.

De probatione fideicommissi.

12. *Et quia prima fideicommissorum cunabula à fide hæredum pendent, & tam nomen, quàm substantiam acceperunt, ideo D. Augustus ad necessitatem juris ea retraxit. Nuper & nos eundem Principem superare contendentes, ex facto, quod Tribonianus vir excellentissimus, Quæstor sacri palatii, suggessit, constitutionem fecimus, per quam disposuimus, si testator fidei hæredis sui commisit, ut vel hæreditatem vel speciale fideicommissum restituat; & neque ex scriptura, neque ex quinque testium numero, qui in fideicommissis legitimus esse noscitur, possit res manifestari; sed vel pauciores, vel nemo penitus testis intervenerit: tunc sive pater hæredis, sive alius quicunque sit, qui fidem hæredis elegerit, & ab eo restitui aliquid voluerit: si hæres perfidia tentus adimplere fidem recusat, negando rem ita esse subsecutam; si fideicommissarius ei jusjurandum detulerit, cum prius ipse de calumnia juraverit: necesse eum habere, vel jusjurandum subire, quod nihil tale à testatore audiverit, vel recusantem ad fideicommissi vel universalis vel specialis solutionem coarctari. Ne depereat ultima voluntas testatoris fidei hæredis commissa. Eadem observari censuimus etsi à legatario, vel fideicommissario aliquid similiter relictum sit. Quod si is, à quo relictum dicitur,*

(post

(postquam negaverit) confiteatur quidem, aliquid à se relictum esse, sed ad legis subtilitatem recurrat, omninò solvere cogendus est.

COMMENTARIUS.

1. *Quando dispositioni h. §. locus.*
2. *Non mutari constituta l. ult. §. ult. C. de codic. nec l. 23. C. de fideic.*
3. *Hæredem in specie proposita non posse jusjurandum referre.*
4. *Glossema in fine textus observatum.*

Audivimus supra, fideicommissorum originem, nomen & substantiam à fide hæredum manasse. Hinc Justinianus argumentum sumit mirifici in fideicommissa favoris, ut quemadmodum ex sola fide hæredum ab initio pendebant, ita & sola religione hæredum quorum præsentium fidei aliquid commissum est, nunc consistant, nec ordinariam probationem desiderent. Constitutum hoc à Justinianuo *l. ult. C. de fideic.*

1 *Neque ex scriptura, neque ex quinque testium numero*] Quando testator, contempta omni alia probatione scripturæ vel testium, fidei solius hæredis committit, ut aliquid præstet, placet Justiniano, fideicommissum ab hærede præstandum, idque sive neget hæres, fideicommissum à se relictum, & jusjurandum super ea re sibi delatum subire recuset, sive ultro fateatur, esse à se relictum sed dicat, se non teneri, quia non solenniter relictum sit, *d. l. ult.* Prius verbis constitutionis expressum est: alterum ex priore colligitur. Cur enim hæres jurare recusans fideicommissum solvere cogitur? Non aliam utique ob causam, quam quod recusatio jurisjurandi tacitam confessionem habet, l. *manifestæ 38. de jurejur.* ut proinde multo magis fideicommisso eum obstringi oporteat confessione aperta. Quia autem & prior casus nonnihil iniqui habere videtur, & utroque jus novum, ac contrarium ei, quod de numero testium in ultima voluntate adhibendo placitum est, continetur, ideò constitutionem suam adversus tacitas objectiones munivit. Si quis enim fortè objiciat, iniqvum esse, ab hærede fideicommissum exigi citra ullam probationem, respondet, illud hac in re iniqvum non esse, ubi hæres jurejurando sibi delato in sua causa constituitur testis & judex, ut sit in ejus potestate, non teneri jurando se nescire quicquam relictum esse. Si quis dicat, in omni suprema voluntate ad minimum requiri quinque testes, *l. ult. §. ult. Cod. de Codic.* respondet, id justum esse, cum res per testes probanda est, ne quid falsitatis admittatur, cujus nihil in specie proposita metui post: quoniam testimonium ab ipso hærede, eodemque debitore, exigitur. Quod ergo traditum est in *l. si veritas 23. Cod. de fideicomm. cum similib.* ex imperfecta scriptura nihil deberi, hoc etiam nunc manet; & nisi de fide scripturæ, quam testator servari voluit, justo numero testium constet, fideicommissum exigi non poterit: consule Mantic. *de conject. ult. volunt. lib. 2. tit. 15. num. 5.* Qua autem ratione motus jus hoc introduxerit Justinianus in calce constitutionis exponit.

2 *Qui in fideicommissis legitimus*] Hoc à Theodosio primum constitutum est, *d. l. ult. Cod. de codic.* Antea enim, cum numerus testium in codicillis definitus non fuerit, vel duos idoneos suffecisse arbitror, *argum. l. ubi numerus 12. de testib.* de quo plenius sub *§. ult. inf. de codic.* Manet autem nunc etiam jus constitutum *d. l. ult. §. ult. Cod. de codic.* ut ex hoc loco intelligitur. Nam quod *hic & d. l. ult. Cod. de fideicomm.* Justinianus sancit, tunc solum obtinet, cum defunctus rem, quam præstari voluit, fidei hæredis præsentis commisit extra testamentum aut codicillos.

Cum prius ipse de calumnia juraverit] Id est, se non calumniandi seu vexandi, hæredemque religione urendi animo jusjurandum deferre: sed quia ita se rem habere sibi plane persvasum sit: quod jusjurandum licet alias in usu esse desierit: tamen in omni judicialis jurisjurandi delatione, si exigatur, est præstandum, juxta *l. jusjurandum 34. §. 4. de jurejur. Damhoud. prax. civil. c. 151. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 8.*

3 *Vel jusjurandum subire*] Conditione jurisjurandi in judicio delata regulariter reus jurare cogitur, aut referre, aut solvere, *l. 9. Cod. de reb. cred.* Manifestæ enim confessionis esse creditur, nolle jurare, aut jusjurandum referre, *l. manifestæ 38. de jurejur.* At in proposito ne referre quidem hæres potest: quippe cum hic agatur non de eo, quod uterque scire potest, sed quod solus hæres, & cujus actor ignarus est: quo casu relationi non est locus, *l. Marcellus 11. & seq. rer. amot. d. l. jusjurandum in pr. de jurejur.* & ita rectè *Mynsing. Schneid. Wesemb. hic.* mirumque est, veteres interpretes in re tam manifesta variare.

4 *Postquam negaverit*]. Hæc verba neque in ipsa constitutione Justiniani reperiuntur, & testibus Cujacio, Russardo, Hotomanno, Contio, Fabrot, desunt in veteribus codicibus, neque Theophilus ea agnoscit: & Jo. Faber quoque refert, se Bononiæ aliquot codices vidisse, à quibus aberant. Quare suspicari licet, glossema esse. Si vero retineantur, non ita accipienda sunt, quasi non alia conditione hæres in specie proposita fideicommisso obligetur, quam

quam si prius negaverit, & ad jusjurandum actus jurare recuset: sed ideo posita, quia hic casus solum verbis expressus fuit: cæterum simpliciter, quisquis confitebitur de fideicommisso obligabitur: neque enim pœnæ causa hic quicquam constitutum, ut hæredis inficiatio coërceatur; in qua falluntur *DD. comm. Bart. Salic. Castr. Sichard. ad d. l. ult. Mynsing. Schneid. hic* sed totum voluntatis testatoris servandæ causa ut disertè scriptum est in extremo *d. l. ult.* & tenent *Ioh. Fab. & Iaf. in d. l. ult.* quos etiam ex facto consultus non attenta communi opinione, in respondendo secutus est quondam Curiæ nostræ Coryphæus, Reinerus ab Amsterdam. Atque hæc sententia probatur etiam à Wesemb. *hic* Donello in *d. l. ult.* nec alienus Mantica *d. lib. 2. tit. 13. num. 5.*

TITULUS XXIV.

De singulis rebus per fideicommissum relictis.

Continuatio, & argumentum tituli.

Actenus de fideicommissis universalibus, quibus scilicet hæreditas aut pars hæreditas relinquitur; quæ à legatis multum differunt: seqvuntur nunc fideicommissa specialia, quibus relinqvuntur res singulæ, quorumque & legatorum eadem ex constitutione Justiniani natura est, idemque effectus: nam exæquatio illa legatorum & fideicommissorum, de qua agitur *§. 3. sup. de legat. & l. 2. Cod. comm. de legat.* ad sola fideicommissa particularia pertinet, ut demonstravimus in explicatione *d. §. 3. & pr. tit. præc.* Docet hic Imperator, à quibus fideicommissa singularum rerum relinqui, tum quæ res per ea relinqui possunt: postremo in genere, quibus maximè verbis fideicommissa relinqui solent.

TEXTUS.

Summa.

Potest tamen quis etiam singulas res per fideicommissum relinquere; veluti fundum, argentum, hominem, vestem & pecuniam numeratam; & vel ipsum hæredem rogare, ut alicui restituat, vel legatarium, quamvis à legatario legari non possit.

NOTÆ.

Vel legatarium] Interdum & in contractibus fideicommissum constituitur, exempl. in *l. 26. pr. depos. l. 77. de leg. 1.*

A legatario legari non possit] Hoc etiam ad jus vetus referendum. Ulpinian. *tit. 24. §. 19.* Cajus *lib. 2. tit. 7.* Nam hodie hæc quoque differentia sublata; utique quod à legatario legatum est, valebit nunc jure fideicommissi, argum. *l. 2, Cod. comm. de leg.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur olim à legatario legari non potuerit, & an hodie possit.*

Fundum, argentum, vestem, hominem] Hæc nomina generalia quidem sunt, verum specificè hic sumuntur: intelligitur enim certa species ex eo genere relicta, *l. legato 37. de legat. 1.* Cæterum 1 & si quis fundos suos omnes, omne argentum, vestem omnem, omnes servos per fideicommissum reliquerit, nihilominus tale fideicommissum speciale est, & simile legato.

Vel legatarium] Singulæ res per fideicommissum non solum ab hærede relinqui possunt, verum etiam à legatario. Possunt & ab hærede hæredis vel legatarii, *l. 5. §. 1. de legat. 3.* Idem juris est de fideicommissario etiam rei singularis, *§. 1. hoc tit. l. ab eo 9. Cod. de fideicommissis*, & donatario mortis causa, *l. cum pater 77. §. 1. de legat. 2. l. 8. §. 2. de transact.*

A legatario legari non possit] A legatario legari non posse, quamvis fideicommissa ab eo rectè dentur, discimus etiam ex Ulpian. *tit. 24. §. à legatario 19. & Gajo lib. 2. tit. 7, §. 3.* Cujus differentiæ hæc ratio esse videtur, quod legata verbis civilibus & imperativis relinqvuntur, quibus uti in eum solum liceat, quem universi juris successorem esse volumus & locum nostrum subire. Differit autem ita Justinianus, quasi hæc differentia etiamnum obtineret, quod etiam Giphanio videtur, eo quod hæc differentia naturalis sit, quoniam nulla legandi à legatario formula dari potest. Ego vero à communi & recepta interpretum sententia non recedo, qui censent, etiam hanc differentiam una cum cæteris hodie sublatam esse, legataque non minus, quam fideicommissa legatario relinqui posse, *per l. 2. C. comm.*

C. comm. de legat. Equidem concedo, non omnibus legandi formulis, cum à legatario legatur, locum esse: sed quod Giphanius ait, nullam dari posse, id nego. Per præceptionem hæredi à coheredibus duntaxat legari constat. Non video etiam, quomodo per vindicationem possit à legatario legari. Etenim si testator, postquam ita legavit, *Titio fundum Tusculanum do, lego,* mox eundem fundum Sejo leget hac formula, *Sejo eundem fundum Tusculanum do, lego*, aut sic, *Sejus fundum Tusculanum sibi habeto:* aut conjunctio erit, aut ademtio. At damnationis formulæ hic usus esse potest, *Titius damnas esto partem dimidiam fundi, quem ei legavi, dare Sejo; Titium legatarium meum centum Sejo dare jubeo.* Nam & olim magna erat legatis per damnationem cum fideicommissis affinitas, & nonnulla verba communia utriusque generis, ut jubeo, volo, impero, damno, *vid. inf. §. ultim.* Quin etiam sinedi modo à legatario rectè legari, defendi potest, veluti si testator dicat, *L. Titius legatarius meus damnas esto sinere C. Sejum sibi habere partem fundi, quem ipsi legavi* Non obstat, quod Justinianus simpliciter scribit, à legatario legari non posse: nam præcedenti quoque titulo §. *præterea* 10. simpliciter scripsit, legata nisi ex testamento non valere. Omnes quippe §§. in quibus observat differentiam inter legata & fideicommissa, ex constitutione sua emendationem recipere voluit: quamvis separatim ita tractet, quasi differentiæ adhuc manerent; id quod se facturum antea testatus est §. 3. *sup. de legat.* quo permistio & similitudo noviter introducta clarior esset & facilior.

TEXTUS.

Quæ relinqui possunt.

1. Potest autem non solum proprias res testator per fideicommissum relinquere; sed & hæredis, aut legatarii, aut fideicommissarii, aut cujuslibet alterius. Itaque & legatarius & fideicommissarius non solum de ea re rogari potest, ut eam alicui restituat, quæ ei relicta sit: sed etiam de alia, sive ipsius, sive aliena sit. Hoc solum observandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quam ipse ex testamento ceperit: nam quod amplius est, inutiliter relinquitur. Cum autem aliena res per fideicommissum relinquitur, necesse est, ei, qui rogatus est, aut ipsam rem redimere & præstare, aut æstimationem ejus solvere.

COMMENTARIUS.

1. *Iam olim communia fideicommissis cum legatis.*
2. *Declaratio regulæ, Neminem posse rogari, ut plus restituat, quam ipse cepit.*

Multa etiam jam olim fideicommissis communia cum legatis fuere: quale est hoc, quod hic traditur de re, quæ testatoris propria 1
non sit, per fideicommissum relicta. Res, quæ, cum in commertio sit, testatoris propria non est, eam necesse est vel hæredis esse, vel legatarii aut fideicommissarii, vel tertii alicujus; quæ sola in hac tractatione plerumque aliena dicitur, ut notavimus §. 4. *sup. de legat.* Quemadmodum igitur non solum res testatoris legari potest, sed etiam hæredis; *d.* §. 4. ita sciamus, non solum rem testatoris, sed etiam hæredis per fideicommissum relinqui posse; & quod responsum est, valere hujusmodi legatum, etiamsi testator existimaverit rem suam esse, *l. unum* 67. §. *si rem* 8. *de legat.* 2. id ad hujus generis fideicommissum quoque pertinere. Contra quemadmodum res, quæ legatarii est, ei inutiliter legatur; §. *sed si rem* 10. *sup. de legat.* ita & fideicommissario rem, quæ ipsius sit, inutiliter relinqui. De legatarii aut fideicommissarii alteri legata quæri olim non potuit, quia ab his legari non licebat, sed tantum fideicommissum dari. Nunc vero etiam in legatis huic quæstioni locus est. Sed hoc præterit Justinianus; quippe cui hic sermo est de fideicommissis, non considerata legatorum cum his exæquatione. Ait, per fideicommissum relinqui posse etiam rem legatarii aut fideicommissarii, à quo scilicet relinquitur, non cui relinquitur. Sed quid in proposito defunctus putaverit rem suam se relinquere? Dicemus, nihilominus valere fideicommissum, eadem ratione, qua si res hæredis esset, valeret; *arg. d. l. unum* 67. §. *si rem* 8. *de legat.* 2. *d.* §. 4. *sup. de legat cum ibi notat.* Porro illud quoque commune est, quod hic ait Justinianus, etiam rem cujuslibet alterius, quæ uno nomine in hoc argumento aliena dicitur, per fideicommissum relinqui posse: nam legari posse docuit *d.* §. 4. Denique illud etiam, quod eodem loco & plenius à nobis in commentariis relatum est, legatum rei alienæ non semper deberi, sed interesse, utrum testator sciverit an ignoraverit, esse alienam; atque illo demum casu, non hoc, valere legatum, nisi conjectura voluntatis aliud suadeat; sciendum est, ad fideicommissum quoque rei alienæ pertinere, *l.* 10. *Cod. de legat.*

Etiam de alia, sive ipsius] Legatarii sc. qui rogatur, aut fideicommissarii primi: nam per fideicommissum non modo reddendi onus imponi potest, sed etiam dandi. Ipsi vero fideicommissario rem suam inuti-

inutiliter relinqui existimo, *arg. §. sed si rem 10. sub. de legat.* & mutuæ exæquationis legatorum & fideicommissorum, quicquid contra disputet Bachovius.

Ne plus rogetur quisquam restituere] Hoc summam rationem habet. Ut enim liceat morientibus eam legem, quam velint, suis rebus dare; tamen hoc licere nemini debet, ut aut alium, cui nihil dedit, oneret, aut oneret quemquam supra id, quod ei reliquit, & disponat de alieno, *l. 1. §. si is qui 37. ad sen. Treb. l. 1. §. sciendum 6. de legat. 3. l. filiusfa. 114. §. 3. de legat. 1. l. 9. C. de fideic.* Hujus autem regulæ complures traduntur exceptiones: quæ tamen non tam exceptiones sunt, quam declarationes regulæ. Cujusmodi est, quod, si alicui centum legata sint, & is duplum post tempus restituere rogatus sit, placet valere fideicommissum etiam ultra summam legatam, quatenus intermedio tempore usuræ perceptæ eam excedunt *l. imperator. 70. §. 1. de legat. 2.* Tale item est illud, quod qui acceptis centum rogatus si rem propriam, quamvis majoris pretii, & restituere, is agnito legato fideicommisso obstringitur: quoniam agnoscendo legatum non majoris rem suam æstimasse videtur, *d. l. imperator. §. 1. in fin.* Item hoc quod traditum est, si cui fundus legatus sit, atque is eum fundum restituere sit rogatus, & centum dare, valere fideicommissum, si legatarius interim centum ex fructibus perceperit *d. l. filiusfa. 114. §. 3. de legat. 1.* Denique etiam illud, quod duabus rebus disjunctim legatis, atque ea, quæ pretiosior est, restitui jussa, fideicommissum debeatur, licet legatarius viliorem elegerit, propterea quod eam, quæ pluris erat, eligere potuisset, *l. plane 94. §. 2. de legat. 1.*

Redimere & præstare, aut æstimationem ejus solvere] Re aliena per fideicommissum relicta, is, qui rogatus est, vel redimere eam debet & præstare, vel si dominus eam non vendat, æstimationem ejus inferre re, perinde ac juris est in rei alienæ legato: *l. non dubium 14. §. 2. l. qui quatuor 30. §. ult. de legat. 3.* quod latius explicatum *sup. §. 4. de legat.*

TEXTUS.

De libertate.

2. *Libertas quoque servo per fideicommissum dari potest, ut hæres eum rogetur manumittere, vel legatarius, vel fideicommissarius: nec interest, utrum de suo proprio servo testator roget, an de eo, qui ipsius hæredis, aut legatarii, vel etiam extranei sit. Itaque & alienus servus redimi & manumitti debet. Quod si dominus eum non vendat, (si modo nihil ex judicio ejus, qui reliquit libertatem, perceperit) non statim extingitur fideicommissaria libertas, sed differtur, quoad possit tempore procedente, ubicumque occasio servi redimendi fuerit, præstari libertas. Qui autem ex fideicommissi causa manumittitur, non testatoris fit libertus, etiamsi testatoris servus sit, sed ejus, qui manumittit. At is, qui directo ex testamento liber esse jubetur, ipsius testatoris libertus fit; qui etiam Orcinus appellatur. Nec alius ullus directo ex testamento libertatem habere potest, quam qui utroque tempore testatoris fuerit, & quo faceret testamentum, & quo moreretur. Directo autem libertas tunc dari videtur, cum non ab alio servum manumitti rogat, sed velut ex suo testamento libertatem ei competere vult.*

COMMENTARIUS.

1. *Liberti Orcini, & numquid juris in eos familiæ.*
2. *Differentiam libertatis directæ & per fideicommissum datæ non tolli l. 2. Comm. de legat.*
3. *L. 68. de man. test. cum aliis locis conciliata.*

Etiam libertas per fideicommissum dari possunt, & quidem largius, quàm directo, cum non tantùm propriis servis, sed etiam alienis per fideicommissum libertas dari possit, modò vulgaribus atque evidentibus verbis voluntas testatoris exprimatur, teste Licinio in *l. libertas 16. de fideicomm. libert.* Quod ait, non tantùm propriis, sed etiam alienis, ex eo intelligitur, directo servis alienis libertatem dari non posse. quod etiam expressè rescriptum est in *l. 9. C. de testam. man.* Putaverit tamen quis, etiam in casu libertatis servo alieno directo datæ favore libertatis defendi ei posse fideicommissariam, *arg. l. generaliter 24. §. si quis 10. l. de fideicomm. libert. l. 10. §. ult. de testam. tut.* sed obstant memorati textus, & maximè *l. 9. C. de testam. manum.* quo loco rescribitur, nec hæredis servo directo libertatem dari posse. Quod si directo data saltem in vim fideicommissæ valeret, id utique Imperatores consulti non dissimulassent, & in *l. si servus 108. §. si servus 9. de legat. 1.* tale legatum dicitur esse nullius momenti.

Vel legatarius vel fideicommissarius] Qui, si testatoris servus est, ab hærede eum rediment & manumittent; si modò quod à defuncto iis relictum est, agnoverint.

Aut legatarii] Quo casu legatarius accepto legato cogetur servum manumittere, etiamsi fortasse minus sit in eo, quod accepit, quàm in pretio servi, *d. l. generaliter §. si quis* 11. *de fideicomm. libert.* quia non pluris servum suum æstimasse videtur, *l. sed si* 36. *ad leg. Falc.*

Aut etiam extranei] *l. 6. C. de fideicomm. libert.* Cæterum legatarius alienum servum manumittere rogatus, non aliàs erit cogendus, quàm si tanti possit redimere, quanti est id, quod ex judicio defuncti consecutus est, *d. l. generaliter §. si quis.*

Non statim extingvitur libertas] Si dominus servum suum, cui libertas per fideicommissum relicta est, vendere nolit, non ideò protinus fideicommissum extingvitur; sed expectanda est emendi oportunitas, *d. l. 6. Cod. de fideicomm. libert.* equidem existimatio hic præstari non potest, ut in casu *§. præc. in fin.*

Ejus, qui manumittit] Cui per fideicommissum libertas relinquitur, is ejus libertus efficitur, à quo manumissus est, *l. 7. C. de fideicomm. libert.* Cæterum hic manumissor jus patronatus in eo tantum acquirit, ut contra tabulas & ab intestato ad bona ejus venire possit: at non ut etiam operas ei possit imponere, aut impositas ab eo petere, *l. qui ex causa* 29. *de bon. libert.*

Ipsius testatoris] Directa libertas ipso jure statim ab adita hæreditate competit, *l.* 10. *C. de testam. man. l. testamemto* 23. *& l.* 25. *D. de man. test. l. quare* 32. *§. ult. de testam. tut.* Itaque is, qui directo testamento liber esse jubetur, testatoris libertus fit, ut hic ait Justinianus: quam ob causam libertus *Orcinus* appellatur, quasi *Orci libertus*, aut ejus, *qui ad Orcum demissus est*: *Acheronticus* à Cujacio, Χαρωνιανὸς à Theophilo vocatur, eadem forma, qua *Orcini senatores*, quorum in Augusto *c.* 35. meminit Svetonius, à Plutarcho in *M. Antonio* Χαρωνῖται dicuntur. Orcinorum crebra in libris nostris mentio est, *l. 3. §. 3. de legit. tut. l. 8. de hær. inst. l. dominus* 22. *de pecul. leg. l. 1. alias 2. §. per contrarium de dot. præl. l. 2. de statu. lib. l. 4. §. hi qui* 12. *de fideic. lib. l. 10. C. de testam. man. l. 8. C. de jur. & fact. ign.* Orcini etiam liberti efficiuntur, qui latitante hærede vel legatario rogato manumittere ad libertatem perducuntur, quique ob necem domini detectam præmium libertatis consequuntur, *l. cum quasi* 36. *§. quærendum* 12. *l. si is* 49. *de fideicomm. libert. l.* 5. *qui sine man.* Igitur Orcini cum eum patronum habeant, qui esse desiit, non malè dicuntur liberti nullius esse, *l. 4. in pr. de bon. libert.* Legimus tamen, Orcinos ad familiam testatoris pertinere, *l. 3. §. 3. de legit. tut.* libertos familiæ fieri *l. si socius* 48. *de manum. testam.* liberos & cognatos jus patronatus in Orcino habere, *l. un. §. sed etsi* 7. *Cod. de Latin. lib. toll.* Qua de causa suspicari licet, quamvis familia plenum jus patronatus in Orcino non habuerit, quædam tamen jura ut in liberto habuisse. Porrò hæc differentia etiam post constitutionem Justiniani, qua directo & per fideicommissum data exæquata sunt, *l. 2. Cod. comm. de legat.* retinenda est: quippe quam voluntas testatoris facit, & quæ tolli sine injuria ejus, qui à testatore rogatus est manumittere, non potest; cui alioqui eriperetur jus patronatus, quod defunctus eum habere voluit: in quo consentiunt omnes interpretes paucis recentiorum exceptis.

Quo faceret testamentum & quo moreretur] Hoc item traditur in *l. Servius* 35. *de manum. testam.* Neque obscuram rationem habet. Nam cum alieno servo inutiliter libertas directo ab initio detur, ex postfacto ea datio convalescere non potest, propter regulam Catonianam; & quamvis servo proprio data sit, si tamen is servus tempore mortis in aliena potestate est, vindicare libertatem nequit. Proindè quod apud Marcianum *l. verum* 58. *de manum. testam.* legimus, eum, qui liber esse jussus est, alienatum à testatore, si ante aditam ejus hæreditatem rursus hæreditarius factus sit, hæreditate adita ad libertatem pervenire, sic omninò accipiendum est, si superstite testatore in potestatem redierit: nam jacente hæreditate, qui mortis tempore testatoris non fuit, hæreditarius fieri nequit. Planè, si servis testatoris, qui apud hostes sunt, libertas directo data sit, placet hos libertatem consequi, quandocumque ab hostibus reversi sint, licet neque testamenti neque mortis tempore testatoris fuerint, *l. si servi* 30. *de man. test.*

Velut ex suo testamento] Ἀμέσως, Protinus ex testamento: cum testator servum suum se mortuo simpliciter liberum esse jubet, nec ab alio libertatem dari mandat.

TEXTUS.
De verbis fideicommissorum.

3. *Verba autem fideicommissorum hæc maximè in usu habentur:* Peto, rogo, volo, mando, fidei tuæ committo: *quæ perindè singula firma sunt, atque si omnia in unum congesta essent.*

NOTÆ.

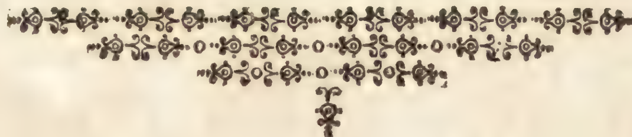
3. *Peto, rogo, &c.*] Hæc verba dicuntur precaria, & præcativa, opponunturque civilibus, directis & imperativis, vid. Ulp. *tit.* 25. Paul. 4. *sent.* Hodiè autem de verbis laborandum non est, postquam Justinian. verbum omne, significans legitimum sensum testatoris, legare aut fideicommittere volentis, utile atque validum esse jussit, *l. 2. C. comm. de leg.*

COMMENTARIUS.

1. *Verba imperativa interdum vim habere precariorum.*

Recensentur hîc à Justiniano verba fideicommissorum maximè usitata, & quæ vulgaria dicuntur in *l. libertates 16. de fideicomm. libert.* nam increscente progressu temporis favore fideicommissorum longè plura recepta sunt, placuitque fideicommissum etiam aliis verbis relictum valere; veluti his, *cupio des, opto des, credo te daturum, exigo, desidero ut des, volo hæreditatem meam Titii esse, scio, non dubito, te hæreditatem meam restiturum Titio. l. etiam 115. l. & eo 118. de legat. 1. l. unum 67. §. ult. de legat. 2. l. Pamphilo 39. de leg. 3.* Paulus 4. *sent.* 1. scribit, his omnibus verbis fideicommitti posse, *Rogo, peto, mando, deprecor, cupio, injungo, desidero quoque & impero.* Quod Paulus *impero* quoque inter verba fideicommissi numerat, id non videtur convenire differentiæ, quam Ulp. *tit.* 24. & 25. facit inter legata & fideicommissa; legatum definiens, quod imperativè relinquitur; fideicommissum, quod precativè: perindè enim hoc est, ac si diceret, legatum esse, quodcumque verbis imperativis, quæ aliàs directa & civilia vocantur, relinquitur; fideicommissum, quod verbis precativis sive precariis. Sed sciendum est, verba imperativa sæpè vim habere precariorum, quod ex objecto & voluntate testatoris æstimandum est. Etenim si sic dicat; *L. Titio hæredi meo impero, ut servum meum Stichum manumittat,* procul dubio hic per fideicommissum libertas data intelligitur. Idemque est, si dixerit, *Iubeo,* aut *hæres damnas esto manumittere.* Similiter si imperaverit hæredi, ut hæreditatem aut rem aliquam restituat, valebit hoc jure fideicommissi, tanquam verbo precario relictum. Et cur minus eo verbo relictum valeat, quàm si dicat, *jubeo?* quod etsi directum est, *Vlp. d. tit. 24. §. 3. l. 2. C. comm. de legat.* vim tamen precarii habere constat, quotiens quid restitui jubetur; *l. Lucius 88. §. quisquis 10. de leg. 2. l. Aurelius 28. §. ult. de lib. leg.* aut minus etiam, quam *volo;* quod cum imperativum sit, tamen in fideicommissis est usitatissimum. Quod si ita dixerit, *Impero tibi hæres, ut L. Titio centum des;* hoc jam non fideicommissum erit, sed legatum. Nihil enim interest, *impero* quis dicat, an *hæredem meum dare jubeo,* aut. *hæres damnas esto dare.* Ulpian. *d. tit.* 24. §. 3. Verba *relinquo & commendo* negat Paulus *d. loc.* ullam fideicommissi actionem parere. De Verbo *commendo* constat, *l. 11. §. 2. de legat 3. l. 12. Cod. de fideicomm. libert.* At ex verbo *relinquo* videtur fuisse petitio fideicommissi, *l. Lucius 78. §. filiam 8. ad Sen. Trebell.* Sed de eo nunc laborandum non est, postquam Justinianus omne verbum, significans testatoris legitimum sensum, legare vel fideicommittere volentis, utile atque validum esse jussit, *l. 2. comm. de leg.* Sæpè etiam, quod notandum est, ex conjectura voluntatis fideicommissum inducitur, cum verba fideicommissi non sunt, aut sunt fideicommissi inutilis, si sola spectantur: exempl. in *l. ex facto 17. in princ. l. si quis 29. ad Trebell. l. cum proponebatur 64. l. peto 69. in princ. de legat. 2. l. 11. §. si quis ita 4. l. ult. §. 3. de legat. 3.* Consulantur *Matheac. epit. legat. lib. 1. c. 3. Chiflet. lib. 2. de jur. fideicomm. 18. & 20. Mantic. lib. 7. & 8. de conj. ultim. vol.*

D. Tulden. comm. in tit. prae. cap. 3.



TITU-

TITULUS XXV.

D. Lib. 29. Tit 7. Cod. Lib. 6. Tit. 36.

De Codicillis.

Ratio ordinis. Codicilli unde dicti: eorum definitio, & divisio, Summa tituli.

Videri alicui poterit disputatio de codicillis non rectè subjecta tractationi de successione ex testamento: quippe cum si codicilli tantùm facti sint, succedatur ab intestato. Verùm Justiniano, ut apparet, propositum hic maximè fuit agere de codicillis à testato factis, qui pars sunt testamenti, ejusque jus sequuntur. Sed & codicilli ab intestato facti speciem quandam testamenti exhibent, *l. ab intestato 16. hoc tit.* Codicilli dicti sunt parvi codices, id est, tabellæ ex codicibus aut ligno. Itaque quemadmodum testamentum codex appellatur, Juvenal. *satyr.* 10. *Codice sævo Hæredes vetat esse suos*, quia testamentum in codicibus tantùm scribebatur sive tabulis grandioribus: ita voluntas suprema, minus solemnis aut plena, codicilli, & aliquando numero unitatis codicillus: *l. si ita 37. de cond. & dem. hoc tit. l.* 14. *Cod. de testam.* propterea quod scribi solita erat in codicillis, id est, tabulis brevioribus & tenuioribus, ita factis, ut facile, quod cuique commodum esset, circumferri atque in sinu gestari possent. Est igitur codicillus ὑπομνηστικὸν, à codice: quanquam obtinuit, ut etiam nuncupata imperfecta voluntas codicillus dicatur, *l.* 13. *Cod. de sacrosanct. Eccl. l. ult. C. de bon. libert. l. ult. §. ult. C. de Cod.* quemadmodum hæredi nuncupato dari dicitur bonorum possessio secundùm tabulas, licet tabulæ nullæ sint, *l. 2. Cod. de bon. poss. sec. tab.* Codicilli igitur sunt supremæ voluntatis testatio minus solemnis: eorumque, ut & testamenti, duo sunt genera; scripti, in quibus voluntas scribitur; & non scripti, in quibus nuncupatur. Primum hic commemorat Justinianus, à quibus & quam ob causam usus codicillorum introductus comprobatusque sit: deindè modum ordinationis, & quæ res codicillis relinqui possint, ostendit.

TEXTUS,

Origo.

Ante Augusti tempora constat, codicillorum jus in usu non fuisse; sed primus Lucius Lentulus, ex cujus persona etiam fideicommissa esse cœperunt, codicillos introduxit. Nam cum decederet in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum, ut faceret aliquid. Et cum D. Augustus voluntatem ejus implesset; deinceps reliqui ejus auctoritatem sequuti, fideicommissa præstabant: & filia Lentuli legata, quæ jure non debebat, solvit. Dicitur autem Augustus convocasse sapientes viros, interque eos Trebatum quoque, cujus tunc auctoritas maxima erat, & quæsisse, an posset recipi hoc, nec absonans à juris ratione codicillorum usus esset: & Trebatium suasisse Augusto, quod diceret, utilissimum & necessarium hoc civibus esse, propter magnas & longas peregrinationes, quæ apud veteres fuissent: ubi, si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. Post quæ tempora cum & Labeo codicillos fecisset, jam nemini dubium erat, quin codicilli jure optimo admitterentur.

NOTÆ.

Codicillorum jus] Codicilli sunt supremæ voluntatis testatio minus solemnis, non in hoc comparata, ut testamentum sit, *l.1. l.13. §.1. hoc tit.* Et possunt quoque confici ab intestato, *§. seq.* Imperfecta igitur est definitio Græcorum Th. hîc, Harm. *lib. 5. tit. 7. §. 3.* in *Basil. lib. 36. tit. 1.* ἐλλιπὴς ἐν διαθήκῃ γνώμης ἀναπλήρωσις; aut διόρθωσις τῆς διαθήκης, *testamenti suppletio aut correctio.*

Iure optimo admitterentur] Eorumque recepta duo genera, scripti, in quibus voluntas scribitur; & non scripti, in quibus nuncupatur, *l. 13. Cod. de SS. Eccles. l. ult. §. ult. Cod. hoc tit.* quanquam obstat nominis ratio, v. Hotomann. & nostra in *comm.*

Commentarius.

Lentulus, ex cujus persona etiam fideic.*] Quod ait, à persona Lentuli & fideicommissorum & codicillorum usum cœpisse, non sic accipiendum est, quasi primus hic Lentulus fidei hæredis aliquid commiserit, aut primus fecerit codicillos: sed quod ille primus occasionem præbuit, ut fideicommissa, quæ antea nullo juris vinculo continebantur, rata esse cœperint, iisque hæredes obligari: tum ut etiam codicilli, quibus antea nihil efficaciter dari poterat, recepti sint, & fideicommissa quoque codicillis relicta peti potuerint. Quis ille Lentulus fuerit, non constat, & parum refert.

Testamento confirmatos] Testamento scilicet, quod antea Romæ aut in Italia fecerat, cum in eo scripsisset, se ab hæredibus suis petere, ut si quid postea codicillis relicturus esset, id bona fide præstarent. Exemplum testamenti, quo futuri codicilli confirmantur, habemus apud Marcellum *l. ult. de fideic. libert.*

Quibus ab Augusto petiit] Indicio hoc est, Augustum testamento Lentuli hæredem institutum fuisse, saltem ex aliqua parte: & frequens erat illis temporibus, ut viri primarii Principem ex portione aliqua hæredem scriberent.

Deinceps reliqui] An reliqui testamento Lentuli Augusto cohæredes dati, ut vult Wesembec. Theophilum secutus? An potius alii aliorum codicillis rogati, ut ferè amant subditi exemplum Principis sequi? quod magis placet.

Et filia Lentuli legata, quæ jure non debebat] Non quia relicta incapacibus τοῖς μὴ δυναμένοις λαμβάνειν, sed quia relicta codicillis, qui tunc temporis adhuc firmitudinem nullam juris habebant. Non est igitur hæc ratio, quod legata codicillis dari non poterant, in quo fallitur Wesembecius: sed quod nihil eorum, quæ codicillis, licet testamento confirmatis, scripta erant, valeret. Et præcedentia arguunt, *legata* hic positum pro *fideicommissa*. Plane postea receptum fuit, ut etiam legata codicillis testamento confirmatis dare liceret, *l. 2. §. 2. hoc tit. l. 8. §. ultim. eod.* Apparet autem ex hoc loco, filiam quoque Lentuli ex parte hæredem à patre scriptam fuisse, cum tamen eo tempore vigeret adhuc lex Voconia: quod argumento est, filias partem aliquam hæreditatis paternæ per legem capere potuisse, atque ex ea parte etiam directo hæredes institui: qua de re scripsimus fusius supra ad §. 1. *de fideicomm. hær.* Nulla igitur causa est, cur, cum Hotomanno pro *filia* restituamus *filiæ*.

Convocasse sapientes viros Augustus, ut erat Princeps prudentissimus, non temere aut inconsulto irrepentem in rempub. novum codicillorum usum confirmandum sibi putavit: sed prius explorare voluit judicium & sententiam virorum sapientum; censerentne illi, posse hunc usum recipi salva ratione juris constituti; tum an in eo tam evidens & justa civium utilitas versaretur, ut auctores sibi essent ejus moris comprobandi: exemplo suo docens, nihil novi juris sine consilio prudentum ac manifesta civium utilitate constituendum esse, juxta illud quod præclarè ab Ulpian. dictum est, *in rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet, l. 2. de const. princ.*

Ubi si quis testamentum facere non posset] Propter civium Romanorum, qui ad testimonium necessarii erant, penuriam. De facto enim loquitur, non de jure, uti Jurisconsultus in *l. 8. §. 2. hoc tit.* nam testamenti factio loco alligata non est, *Dd. comm. in l. 1. Cod. de SS. Eccles.* Cæterum & illud pallam est, eum qui testamentum facere non potest, nec codicillos posse, *l. Divi 6. §. 3. d. l. 8. §. 2. hoc tit.*

Cum & Labeo] Qui eodem tempore maximæ auctoritatis fuit, & à Trebatio institutus est, auctore Pomponio in *l. 2. §. post hunc 47. de orig. jur.*

Textus.

Efficiens.

1. Non tantum autem testamento facto potest quis codicillos facere, sed & intestatus quis decedens fideicommittere codicillis potest. Sed cum ante testamentum factum codicilli facti erant, Papinianus ait, non aliter vires habere, quam si speciali voluntate postea confirmentur. Sed divi Severus & Antoninus rescripserunt, ex iis codicillis, qui testamentum præcedunt, posse fideicommissum peti, si appareat, eum, qui testamentum fecit, à voluntate, quam in codicillis expresserat, non recessisse.

Notæ.

1. *Sed & intestatus*] Codicillis ab intestato facti vicem testamenti exhibent, suisque ipsi viribus nituntur. Proinde quicumque intestati successor erit, etiam postea natus, codicillis relicta præstabit, *l. 3. l. 8. pr. & §. 1. l. 16. eod.* voluntas in hoc parata sit, ut testamentum esset, *l. 1. l. 13. §. 1. eod. l. 14. Cod. de testam.* non adjecta scilicet clausula codicillari, *l. propen. qui testam. fac. l. 41. §. 3. de vulg. & pup. l. ultim. §. 1. Cod. hoc tit.* Testamento autem

autem facto codicilli vires ex testamento capiunt, & jus ejus seqvuntur, *l. 3. §. ult. d. l. 16. eod. l. 1. Cod. eod.*

Papinianus ait] *l. 5. eod.* & hæc Papiniani sententia receptissima erat Plinii temporibus, ut constat ex *lib. 2. epist. 16.*

COMMENTARIUS.

1. *Voluntatem in hoc paratam, ut testamentum sit, ne jure quidem codicillorum valere, nisi adjecta sit clausula codicillaris.*
2. *Testamento facto codicillos quoscunque & quocumque tempore factos jus testamenti sequi.*
3. *Differentia inter codicillos confirmatos & non confirmatos: cæterum hodie sublata.*
4. *Quatenus ex his, quæ testamento cauta, mutare quid liceat.*
5. *Sententia extremorum verborum hujus §.*

1 Codicilli & ab intestato confici possunt & facto testamento. Ab intestato facti suis ipsi viribus nituntur, & vicem testamenti exhibent. Proinde quicumque intestati successor erit sive legitimus sive honorarius, etiam postea natus, codicillis relicta præstabit, *l. 3. l. 8. in pr. & §. 1. l. ab intestato 16. hoc tit.* Hoc unum exigimus, ut codicilli valeant, ne voluntas defuncti in hoc instituto sit, ut testamentum esset: quod eo pertinet, ut sciamus, eam voluntatem, quæ in codicillis valere potuit, si defunctus codicillos facere instituisset, non valere jure codicillorum, ut voluntatem intestati si in hoc parata sit ut testamentum esset. Neque enim ad validitatem actus civilis sufficit forma, si agentis deest intentio, ut bene *D. Tulden. hic c. 2.* Itaque si quis verbi causa codicillis scripserit hanc voluntatem suam esse testamentum, aut caverit, quæ sunt testamenti propria, nihil à legitimo peti poterit, *l. 1. l. illud 13. §. 1. hoc tit. l. propen. qui test fac. l. non codicillum 14. C. de testam.* nisi adjecerit, velle se eam voluntatem, si jure testamenti non possit valere saltem vice codicillorum; quæ cautio vulgo clausula codicillaris dicitur; aut valere quacumque ratione poterit, sive, ut nunc fere, omni meliori modo, *d. l. propen. qui test. fac. l. cohæredi 41. §. 3. de vulg. & pup. l. 3. in fin. de test. mil. l. Titia 13. de inoff. test. l. Lucius 88. §. ult. de legat. 2. l. ult. §. 1. C. hoc. tit.* de cujus clausulæ vi ac potestate; & an clausula codicillaris à testatore omissa, quibusdam casibus subintelligi debeat; denique an præsumendum sit, ex stylo & consvetudine notarii eam clausulam adscriptam esse, an ex voluntate & scientia testatoris; vid. *Mantic. de conject. ult. vol. lib. 1 tit. 9. & 19. add. Gail. 2 obs. 114. Chiflet. lib. 3. de jur. fideic. Schneid. hic cap. de claus. codicil.* & eruditissimum Joan. Decherum *lib. 1. dissert. 8. num. 27. & seqq. Christin. vol. 4. decis. 32. Anton. Fab. Cod. suo. hoc tit. fere per tot.* Testamento autem condito 2 codicilli quocunque tempore facti fuerint, ad testamentum pertinent, viresque ex eo capiunt, etiamsi in eo confirmati non sint, *l. 3. §. ult. d. l. ab intestato 16. hoc tit.* denique infirmato testamento & codicilli concidunt, *l. 1. Cod. eod. d. l. 3. §. ult.* Illud interest inter codicillos testamento nominatim confirmatos & non confirmatos, quod illis 3 relicta etiam directo jure valent, veluti legata, & libertates directo datæ; *l. libertates 43. de man. testam.* perindeque omnia habeantur ac si in testamento scripta essent, excepta causa hæreditatis, *l. 2. §. 2. hoc tit.* quo loco palam est Julianum agere de codicillis confirmatis. At quæ codicillis non confirmatis relicta sunt, sive verbis directis sive precariis, debentur jure fideicommissi, *argum. d. l. 2. §. ult. l. illud 13. §. 1. hoc tit. l. Scævola 96. ad senat. Trebell.* Illud enim dicere nolim, ea sola, quæ verbis precariis codicillis non confirmatis relicta sunt, valere: utque cum Ant. Fabro 25. *conj.* 15. potentius esse jus codicillorum, qui ante testamentum facti sunt, quam eorum, qui postea scripti, quasi in illis post rescriptum Imperatorum Severi & Antonini etiam quæ directo relicta sunt, jure fideicommissi valeant, in his nihil nisi precariis verbis utiliter relinquatur. Quod perquam mihi absurdum videtur. Sed non est, quod de his amplius laboremus: cum enim confusa nunc sit legatorum & fideicommissorum natura, *l. 2. Cod. comm. de legat.* dubitandum non est, quin legata codicillis etiam non confirmatis data directo nunc valeant.

Ante testamentum] Meminit tantum codicillorum factorum ante testamentum quoniam quin codicilli post testamentum conditum scripti etiam sine confirmatione valerent, non videtur fuisse dubitatum; cum quod quisque postremum cavet, id ratum esse velle satis constet. Fuit, quidem usitatum, ut etiam futuri codicilli testamento confirmarentur, ut apparet ex *l. quædam 7. & l. seq. §. ult. l. Plautiana 18. de fideic. libert. l. 6. l. ult. Cod. eod.* sed id fieri solitum majoris securitatis gratia: nam ad validitatem codicillorum specialem hanc confirmationem non fuisse necessariam patet ex *l. 3. §. ultim. hoc tit.* nisi ad hoc, ut legata & libertates datæ directo valerent. Illud quæritur, quatenus codicil- 4 lis posterioribus ex his, quæ testamento cauta sunt, mutare quid aut tollere liceat. Hæreditatem codicillis adimi non posse, tralatitium est. Quam ob causam nec conditio hæredi instituto codicillis adjici

i ei pote'. §. *seq.* At potest hæres testamento scriptus codicillis rogari, ut hæreditatem restituat, *l.2. C. hoc tit.* Possunt & fideicommissa testamento relicta codicillis adimi: quinimo & legata, utique hactenus, & legatarius ex testamento agens repelli possit exceptione doli mali, arg. *l.4. §. præterea 10. de dol. mal. except.*

Quam si speciali postea voluntate] Papinianus existimabat codicillos ante tabulas testamementi factos non aliter valere, quam si testamento, quod postea factum est, vel codicillis confirmarentur, aut prior voluntatis quocunque judicio retineretur, *l.5. hoc tit.* motus, ut credibile est, hac ratione, quod qui post codicillos à se factos testamentum facit, mutet causam successionis, transiens à causa intestati ad causam testati. Quo facto videtur codicillos istos revocare una cum voluntate habendi hæredem ab intestato.

Divi Severus & Antoninus contra] Contra sententiam Papiniani, qui exigebat, ut voluntas codicillis, expressa saltem novo aliquo judicio retenta probaretur. Imperatores ergo ne illud quidem in proposito exigunt, sed retentam voluntatem interpretantur, quæ mutata non ostenditur; ut jam mutatæ voluntatis probatio incumbat hæredi, cum ex sententia Papiniani retentæ voluntatis probatio exigeretur ab eo, qui ex codicillis quid peteret; atque ut nunc præsumptio sit pro codicillis, cum antea contra esset.

Si appareat, eum. &c. Non recessisse] Hoc omnino sic accipiendum est cum clarissimo D. Tuldeno, *cap. ult. hic.* Acsi scriptum esset, *nisi appareat, eum, qui testamentum fecit, à voluntate, quam in codicillis expresserat, recessisse.* Satis enim apparet non recessisse ex eo ipso, quod non apparet recessisse. Alioqui dici non potest, quid novi circa jus codicillorum rescripto Severi & Antonini introductum sit, cum ipsi Papiniano suffecerit, voluntatem codicillis declaratum quocunque judicio retentam probari, ut bene disputat Anton.Fab. 15. *conject.*15. Similis loquendi formula in eodem sensu etiam apud veteres occurrit, ut in *l. dotem 30. de jur. dot. l. generaliter* 24. *§. sed etsi* 8. *de fideic. libert. l.8. §.2. de novat.* neque enim semper æque accurrate auctores juris loqvuntur. Estque hæc communis usuque recepta sententia, codicillos, nisi testamento postea facto revocati probentur, tacite confirmatos intelligi. *Gloss. & Cart. in l.5. hoc tit. Mantic. lib.1. de conject. ult. vol. tit.8. Mynsi. Schneid. Wesemb. hic.* Totoque judicio fallitur Hotomannus, qui scribit, hoc jure nos uti, ut nisi retenta voluntas probetur, codicilli per testamentum revocati videantur.

TEXTUS.

Materia.

2. *Codicillis autem hæreditas neque dari, neque adimi potest; ne confundatur jus testamentorum & codicillorum: & ideò nec exhæredatio scribi. Directo autem hæreditas codicillis neque dari neque adimi potest: nam per fideicommissum hæreditas codicillis jure relinquitur. Nec conditionem hæredi instituto codicillis adjicere, neque substituere directo quis potest.*

NOTÆ.

2. *Hæreditas neque Dari*] *l.10. eod. l.2. C. eod. l.76. ad SC. Treb.* neque confirmari, *l.2. §. ult. h.t. l. pen. §.1. C. de nec. serv. hær.* quamvis cætera codicillis testamento confirmatis etiam directo dari possint, *l.3. de test. tut. l.43. de man. test. l.2. §.2. h.t.* Non obstant *l.77. de hær. inst. l.10. de cond. instit.* Nam illic non proponuntur species hæreditatis codicillis datæ aut confirmatæ, sed datæ testamento, quod codicillis declaratur.

Neque adimi] Quæ testamento data aut lege debita, *l.4.C. de his qua ut indign.* Hoc a. superiori consequens est ex doctrina contrariorum, *l. pen.§.1. de cond. inst. l.2.C. h.t.* & ideo liberi codicillis frustra exhæredantur. Hoc text. fac. *l.14.C. de testam.*

Ne confundatur jus testam.] *l.7. Cod. eod.* aliam rationem affert Papinianus *l.10. eod.*

Per fideicommissum] Seu verbis precariis, *l.2. C. h. t.* quo casu hæres scriptus aut legitimus quartam partem sibi retinere potest ex SC. *sup. d. fideic. hæred*

Nec conditionem adjicere] Neque detrahere: qui adjicit, in defectum conditionis de ademptione hæreditatis cogitat; qui detrahit, de pure danda, quæ prius in defectum conditionis data non erat, *l.6.h.t. l.pen. §. ult. de cond. instit.*

COMMENTARIUS.

1. *Hæreditatem codicillis dari aut adimi non posse nec si testamento confirmati sint: & quæ hujus juris ratio.*
2. *Regulam hanc intelligi de hæreditate directo danda, non per fideicommissum. Et quid inter hæc intersit.*
3. *Consequens esse superiori regulæ, instituto hæredi codicillis neque conditionem recte adjici, neque detrahi, neque directo substitui.*

UT cætera omnia codicillis vel ac intestato factis, vel à testato, licet testamento non confirmatis, relinqui possint, maxime novo jure post

post exæquationem legatorum & fideicommissorum; hæreditas tamen codicillis dari non potest, nec si testamento confirmati sint, *l. quod per manus* 10. *hoc tit. l.* 2. *Cod. eod. l. Scævola* 76. *ad senatusc. Tre-Trebell.* & militis in hoc privilegium agnoscimus, quod codicillis hæredem facere possit, *l. militis* 36. *de testam. mil.* Datur enim hæreditas per institutionem hæredis aut substitutionem directam, quod solius testamenti proprium est, neque in ullum alium actum sive inter vivos sive ultimæ voluntatis aut donationis mortis causa conferri potest, *l.* 7. *Cod. hoc tit. l. licet* 19. *Cod. de pact. l. cum donationis* 34. *Cod. de transact. l.* 5. *Cod. de pact. conv. tam sup. dot, l.* 4. *C. de inut. stip.* Non obstant species propositæ in *l. asse* 77. *de hær. inst. l.* 10. *de cond. instit.* illic enim non proponitur hæreditas data aut confirmata codicillis sed data testamento, quod codicillis declaratur, aut purificatur, ut loquitur Baldus. Hoc autem posito, hæreditatem codicillis dari non posse, consequens est ex doctrina contrariorum, nec codicillis posse adimi, scilicet his, qui vel in testamento scripti sunt, vel ex lege sunt hæredes, *l. pen.* §. 1. *de cond. inst. l.* 2. *C. hoc tit. l.* 4. *C. de his quib. ut indign.* & ideo liberi codicillis frustra exhæredantur, *fac. l. non codicillum* 14. *C. de testam.*

Ne confundatur jus testamentorum] Et ne alioqui, quod absurdum & præposterum est, per codicillos, qui ex testamento vim sumunt, ipsum testamentum, quod vires per institutionem hæredum accipit, confirmari videretur, ut Papinianus disputat in *d. l. quod per manus, hoc tit.* Nimirum si hæreditas codicillis vel dari vel adimi posset, sequeretur, & confirmari testamentum & revocari per codicillos posse: denique idem posse, idem esse codicillos, quod testamentum. Cur ergo hæc distinguerentur? Cur diversum nomen inderetur iis rebus, quas vis ac potestas una sociasset? collectio Constantini in *l.* 7. *C. hoc tit.*

2 *Directo autem hæreditas, &c. nam per fideicommissum*] Quod toties traditum est, *hæreditatem codicillis nec dari nec adimi posse,* sic accipitur, ut directo non possit dari, puta hærede codicillis instituto aut substituto, *d. l.* 7. *C. hoc tit.* nec directo codicillis adimi, puta quæ aut testamento data est, aut lege debita, *l.* 4. *C. de his quib. ut indign.* Cæterum per fideicommissum seu verbis precariis etiam codicillis hæreditas jure relinquitur, *l.* 2. *C. hoc tit.* daturque & adimitur. Dari intelligitur ei, cui hæreditas restitui rogatur; adimi ei, qui rogatur restituere. Nam licet is ipso jure adhuc hæres maneat; manet tamen nomine tantum, effectu autem is hæres fit, cui hæreditas restituitur. Multum vero interest, utrum dicamus codicillis directo hæreditatem relinqui posse, an per fideicommissum duntaxat: nam directo relicta semper tota capitur ab instituto: relicta per fideicommissum non capitur à fideicommissario, nisi imminuta detractione quartæ Falcidiæ, si is, qui rogatus est restituere, jure suo uti velit, qui pro ea parte etiam effectu tum hæres manet. Porro cum confirmatio quoque in speciem directæ dationis cadat, negat Jurisconsultus in *l.* 1. §. *ult. hoc tit.* hæreditatem testamento inutiliter datam posse codicillis quasi hæreditatem confirmari; sed tantum ex fideicommisso peti salva ratione legis Falcidiæ. Unde Justinianus secundum veteres leges sic definit, hæreditatem codicillis neque dari neque confirmari posse, *l. pen.* §. 1. *C. de nec serv. hær. inst.*

Nec conditionem adjicere] Hæredi pure instituto conditio codicillis adjici non potest, *l. Divi* 6. *in pr. hoc tit.* quia scilicet conditione adjecta testator in defectum conditionis de ademptione hæreditatis cogitasse intelligitur, *l. quidam* 27. §. *ult. de cond. inst.* Quod si codicillis adjicere conditionem institutioni non licet, multo minus licebit detrahere, 3 cum hoc casu pure hæreditas detur, quæ prius in defectum conditionis data non erat.

Neque substituere directo] Nam qui directo substituit, in defectum prioris hæredis alium hæredem instituit. Est enim species institutionis substitutio, *l.* 1. *de vulg. & pup.* Plane interdum directis verbis facta in codicillis substitutio ad fideicommissum traditur benigna interpretatione, *l. Scævola* 76. *ad Trebell.* In universum autem si constet, aliquem, qui testamentum non habebat, codicillos, non testamentum facere voluisse, in ea scriptura directa institutionis verba ex voluntate defuncti, quamvis clausula codicillaris adjecta non sit, in vim fideicommissi valere placet, perinde haberi, ac si legitimus hæres rogatus esset scripto in codicillis hæreditatem restituere, *l.* 13. §. 1. *hoc tit.* & ibi *Bart. Bald. & alii, & in l.* 7. *de vulg. & pupill.* eoque jure utimur.

Textus.

Numerus & solennitas.

3. *Codicillos autem etiam plures quis facere potest: & nullam solennitatem ordinationis desiderant.*

Commentarius.

1. *Cur cum plura testamenta unius hominis esse non possint, plures possint esse codicilli.*
2. *Codicillos non esse omnino sine aliqua solennitate ordinationis: quod tamen non pertineat ad confirmatos testamento.*
3. *Utrum mulier in codicillis recte testis adhibeatur.*

Non

NOtantur hic & aliæ differentiæ inter teſtamentum & codicillos. Plura teſtamenta unius hominis eſſe non poſſunt, quamvis pluribus codicibus ſeu exemplis unum idemque teſtamentum fieri poſſit, *§. pen. ſup. de teſtam. ord.* Nam cum unumquodque teſtamentum univerſam ſucceſſionem contineat, ſi noviſſimam teſtatoris voluntatem ſervari placet, prius ſemper per poſterius rumpatur neceſſe eſt, *§. 2. ſup. quib. mod. teſtam. inf.* Codicillos autem plures non modò pluribus exemplis quis facere poteſt, ſed etiam diverſos & diverſarum rerum, *l. 6. §. 1. hoc tit.* nec quicquam per poſteriores de prioribus detrahitur, niſi ſint contrarii, *l. 3. Cod. eod.*

Nullam ſolemnitatem ordinationis] Exiſtimo, hoc è veteris alicujus Juriſconſulti commentariis ſumptum, qui ante Theodoſium vixit, & fortè ex Marciano *d. l. 6. §. 1. hoc tit.* Nam Theodoſius quinque teſtes in codicillis requirit, atque ut uno eodemque tempore, hoc eſt, uno actionis contextu, coram iis negotium abſolvatur, etſi in ſcriptis fiant, etiam teſtium ſubſcriptionem deſiderat, *l. ult. §. ult. Cod. hoc tit.* Quæ ſanè declarant, codicillos nunc non omninò eſſe ſine ſolennibus & ſubtilitate ordinationis, *fac. l. ult. Cod. de fideicomm. §. ult. ſup. de fideicomm. hær.* & jejuna illa quorundam diſtinctio eſt inter ſolennitatem ordinationis & probationis. Nam ſolennitas omnis etiam in teſtamento non alia de cauſa requiritur, quàm ut certo de voluntate defuncti conſtare poſſit. Enimverò in codicillis teſtamento confirmatis non puto neceſſe eſſe ea adhiberi, quæ à Theodoſio præcipiuntur. Quippe quod his codicillis relictum eſt, perindè habetur, ac ſi ipſo teſtamento relictum eſſet, *l. 2. §. 2. hoc tit.* ut proindè ad horum relictorum vim ſolennitas teſtamenti ſufficere debeat, *argum. l. aſſe 77. de hær. inſt. l. 10. de cond. inſtit.* atque etiam ſecundùm ipſam conſtitutionem Theodoſii. Quæſitum eſt, an etiam mulier in codicillis expreſſè prohibita eſt teſtimonium dicere. *Gloſſ. & DD. comm. in d. l. ult, §. ult. Cod. hoc tit. Graſſ. §. teſtamentum, quæſt. 57, num. 4. Mynſ. Schneid. hic.* Cæterum mihi non fit veriſimile, ullos actus ſolennes adhibitis mulieribus apud veteres expediri potuiſſe: & Theodoſius non qualitate & ſexu, ſed numero tantum teſtes codicillarios à teſtamentariis diſtinguit. Reviſe ad ea, quæ ſcripſi ad *§. teſtes 6. ſub de teſtam. ord.* Apud nos codicilli, item ut teſtamenta paſſim confici ſolent coram duobus teſtibus & tabulario; *D. Coren. obſ. rer. jud. 31. ſect. pen. Grot. 2. introduct. 22. Grœnevv. de legib. abrog. hic.* Jusque & nomen teſtamentorum ac codicillorum fere confuſum.

FINIS TOMI PRIMI.

ARNOLDI VINNII, J. C. IN *LIBRUM TERTIUM* INSTITUTIONUM IMPERIALIUM *COMMENTARIUS* Academicus & Forensis.

TITULUS. I.

***D.** lib. 38. t. 16. C. lib. 6. t. 55. & 58. N. 118.*

De hæreditatibus, quæ ab inteſtato deferuntur.

Ratio ordinis, cum argumento tituli.

DECURSIS omnibus ſupremæ voluntatis partibus, redit Imperator ad inſtitutam de univerſitate bonorum acquirenda diſputationem. Ex quatuor hujus generis acquiſitionis modis, propoſitis §. *ult. ſup. per quas perſ. cuiq. acq.* eum primo explicandum ſuſcepit, per quem hæreditas nobis obvenit. Obvenire vero nobis dixit vel ex teſtamento, vel ab inteſtato. Quoniam igitur de hæreditate ex judicio defuncti acquirenda hactenus ſolum tractavit, cuj9 ſemper prior & potior cauſa eſt; *l. 39. de acq. hær. l. 89. de reg. jur.* quod reliquũ eſt ad tractationem iſtam abſolvendam, de hæreditate legitima, ſeu ea, quæ lege ab inteſtato defertur, pertexere prius voluit, quam ad cæteros per univerſitatem acquirendi modos tranſitum faceret. Hæreditates, quæ ab inteſtato deferuntur, eædem paſſim & lege deferri dicuntur, nomenque legitimarum hæreditatum ſibi proprium fecerunt, licet teſtamentaria quoque hæreditas dici poſſit lege obvenire, *l. lege 130. de verb. ſign.* Sed illæ ſolæ hoc nomen occupaverunt, propterea quod immediate & proxime deferuntur à lege, & à lege ſola abſque voluntate defuncti; cum teſtamentariam non ipſa lex deferat, ſed delatam à teſtatore confirmet duntaxat, *d. l. 130.* Hinc etiam hæredes legitimi & teſtamentarii paſſim opponuntur, *l. 3. §. 2. pro ſoc. l. 17. §. 1. l. in plurium 70. l. illud 77. de acq. hær. l. 2. & tot. tit. de ſuis & legit. hær.* Succeditur ab inteſtato vel ingenuis, vel libertis. De ingenuorum ſucceſſione tractat priore loco: deinde de ſucceſſione libertorum, & demum *tit. 8.* Hoc autem titulo ſolum agitur de ſucceſſione deſcendentium ſive liberorum, quorum in cauſa ſucceſſionis legitimæ prima ſemper ratio habita. Cum autem varia ſint liberorum genera, & pro varietate eorum varia quoque iura ſuccedendi ab inteſtato, eo ordine hic proceditur, ut primi, & ſtatim poſt deſcriptionem inteſtati prodeant, qui principem locum jure civili inter ipſos liberos obtinebant, aut potius ſoli in cauſa ſucceſſionis liberi habebantur, ſui ſc. hæredes. Inde §. 9. tranſitur ad ſucceſſionem emancipatorum. Poſtea §. *pen.* commemoratur mutatio juris circa liberos adoptivos. Ad extremum diſcrimen vetus ex maſculis & fœminis deſcendentium tollitur. Quæ

mutatio jure novissimo in successione ab intestato facta sit *Nov. 118.* in unoquoque ordine succedentium, suo quæq; loco indicabimus, ubi res id postulare videbitur: & denique totum illud jus accuratius tractabimus seorsum, adjectis institutis patriis; post explicationem tituli de *success. cogn.* qui hujus libri quintus.

Textus.

Definitio intestati.

Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit, aut non jure fecit; aut id quod fecerat, ruptum, irritumve factum est; aut si ex eo nemo hæres extiterit.

Notæ.

Intestatus decedit] Ex Vlp. *l. 1. de suis & legit.* Intestatorum hæreditates nomen legitimarum sibi proprium fecerunt, propterea quod immediate à lege deferuntur, *l. 130. de verb. sign.* Impuberes quoque, furiosi, & prodigi suos successores ex lege habent, & ad hos etiam vox *intestatus*, licet minus proprie, refertur *d. l. 1.*

Commentarius.

1. *An appellatio intestati etiam ad pupillum, furiosum, prodigum pertineat.*
2. *Appellatione rupti quid hic significetur.*
3. *Quando successioni ab intestato locus testamento irrito facto.*
4. *De testamento destituto.*

1 Descriptio est intestati, cui similis Ulpiani in *l. 1. pr. de suis & legit.* At, *qui aut omnino testamentum non fecit.* Testamentum non fecisse atque intestato mortuus esse dicitur non solum is, qui non fecit testamentum, cum facere potuerit: verum etiam is, qui cum civis Rom. esset, & sui juris, propter ætatem aliamve caussam testari non potuit, ut pupillus, furiosus, prodigus, *d. l. 1. pr.* quamvis si quis captare velit verbum *intestatus*, non videantur hi proprie dici intestati: siquidem ubi habitus non est, non potest esse privatio. Sed cum duo tantum genera successionum jus civile agnoscat, ex testamento, & ab intestato; cui synonyma ex lege, & impuberes quoque, furiosi, & prodigi suos successores ex lege habeant, vox *intestatus*, ut forte minus proprie, ex sententia tamen legum accipienda fuit, non utique pro negatione *privante*, sed pro negatione, quæ à Philosophis *negans* dicitur. Adde quod tametsi ipsi non possunt, possunt tamen parentes iis testamentum facere. Successorum impuberum ab intestato mentio est in *l. 4. §. 3. qui pet. tut. l. 9. de reb. dub. l. vel singulis 37. de vulg. & pup. l. 6. C. ad Tertyll. l. 10. C. de legit. her.* Quamobrem dubitandum non est, quin recte sentiant, qui cum Bart. in *d. l. 1. de suis & legit.* statuta de successione intestati loquentia ad supradictas quoque personas pertinere statuunt. Consule Forster. *lib. 3. de her. quæ ab intest. c. 4.*

Non iure fecit] Puto quod legitimum numerum testium non adhibuerit, aliasve solennitates, quæ ad ordinanda testamenta necessario desiderantur, omiserit; aut quod liberos, quos in potestate habebat, hæredes non instituerit, aut exhæredaverit, secundum ea, quæ tradita sunt libro superiore, *tit. de exhær. lib.*

Ruptum] Rumpi testamentum proprie dicitur, cum testatore manente in eodem statu jus testamenti 2
vitiatur, *§. 1. sup. quib. mod. test. inf.* Ex duobus vero modis, quibus testamentum rumpi docemur, *l. 1. de injust. rupt. test. d. §. 1. cum seq.* unus tantum huc pertinet, agnatio sui hæredis: nam mutatione voluntatis testatoris aliud testamentum postea facientis, etsi prius quidem etiam rumpitur, tamen ei non succeditur ab intestato, sed hæreditas defertur ex posteriori. Plane mutatio voluntatis, in qua testator subsistit, puta si tabulas testamenti inciderit, scripturam deleverit, cancellaverit, signa auulserit, intestatum eum facit, *tit. de his quæ in test. del. l. 1. §. pen. si tab. test. null. ext. l. pen. C. de testam.* Rescisso quoque testamento per querelam inofficiosi paterfa. intestatus fit: ac retrouersus perinde omnia habentur, ac si hæreditas nunquam adita esset, *l. 6. §. 1. l. 21. §. 2. de inoff. test. l. ut liberis 17. Cod. de collat.* idemque est, si petita bonorum possessio contra tabulas, *d. l. ut liberis.* De quo fortassis alibi diligentius.

Irritumve factum] Si testamentum irritum factum in speciali significatione accipimus, nempe pro testamento, quod per testatoris capitis deminutionem infirmatum est, quo modo fere accipi solet, cum opponitur testamento rupto; *§. 4. & 5. sup. quib. mod. test. inf. l. 12. de injust. rupt.* non video, quomodo id ad quæstionem propositam applicari queat: nam capitis deminutione testatoris, qualiscunque ea sit, non tantum irritum fit testamentum, quod antea factum est: sed per eam etiam persona testatoris in eum statum deducitur, ut simul jus testamenti faciendi amittat, atque adeo bona quoque ipsa, ut nec hæredem ab intestato habere possit. Quod si respicimus casum, quo capite minuti mutata iterum conditione bona & hæredem habere possunt, veluti si deportatus beneficio Principis restitutus sit, adrogatus sui juris iterum factus; atque ita decesserint non condito novo testamento: ne sic quidem pro intestatis habentur, saltem jure prætorio: nam restitui quidem testamentum etiam citra novam declarationem voluntatis convalescit, *l. 6. §. pen. de injust.* 3
rupt.

rupt. si sui juris effecti, si codicillis aut aliis literis declaraverit, se eo testamento, quod ante adrogationem fecit, velle decedere, *l. pen.* §. *2. de bon. poss. sec. tab.* ut proinde, si verba, uti dictum est, strictè accipimus, unus tantum casus relinquitur, qui huc accommodari possit, si is, qui sui juris postea effectus; voluntatem, quam irritam fecerat capitis deminutio, recenti aliquo judicio non resuscitauerit. Quid si dicamus, de irrito additum propter jus civile, quo hæreditas ex testamento, quod semel irritum factum est, nullo casu defertur? Sane causam non habet Bachovius, cur cautius Tribonianum loqui velit, quam locutus est Ulpianus in *d.l.1.de suis & leg.har.*

Nemo hæres extiterit] Etiam id testamentum, ex quo nemo hæres extitit, nullas vires habet, §. *2. sup. quib. mod. testam. inf. l. 9. de testam. tut.* ac proinde non adita hæreditate paterfa. retroversus intestatus
4 decessisse intelligitur, *l. 64. de verb. sign.* Hoc autem casu in specie dicitur testamentum destitui aut deseri, §. *7. inf. eod.* §. *2. sup. de leg. Falc. l. ult. in fin. de cond. inst.* nonnunquam etiam irritum fieri, ut in *l. 1 de injust. rupt. l. 20. cont. tabb. l. 50. de man. test.* & tamen ab irrito, strictius accepto vocabulo, distinguitur in *d. l. 1. de suis & leg. hær.* unde hic locus descriptus est. Itaque sine causa iterum Bachovius Tribonianum reprehendit, quod destitutum testamentum hoc loco separat ab irrito. In transitu observetur, etsi utroque modo fiat, ut intestatus decessisse quis intelligatur, & is, cuius testamentum post mortem deseritur, & cuius testamentum ipso adhuc vivo infirmatur; tamen in tempore deferendæ hæreditatis & effectu succedendi insignem inter hunc & illum modum esse differentiam: quam videbimus in §. *cum autem 7. inf. eod.* & §. *proximus 6. tit. seq.*

Textus.

Primus ordo succedentium ab intestato.

1. Intestatorum autem hæreditates ex lege duodecim tabularum primum ad suos hæredes pertinent.

Commentarius.

NOn reperitur inter reliquias legis duodecim tabularum caput aliquod, quo, mortuo patrefamilias intestato, sui hæredes nominatim ad successionem vocantur. Cæterum non ambigo, quin proprio etiam capite & separatim de hac successione caverint decemviri, *arg. §. 2. sup. de hær. qual. & diff. l. 3. C. de suis & legit. lib.* & quidem mox immediatè post legem testamentariam: quod mihi non obscurè ostendere videtur caput legis de successione agnatorum, quod extat apud Ulpianum in *fragm. tit. 26.* in hæc verba; *At si intestatus moritur, cui suus hæres nec extabit, agnatus proximus familiam habeto.* Primum enim verba hæc, *At si intestatus*, arguunt, paulo ante cautum fuisse de successione testamentaria, confirmatasque defunctorum voluntates, data cuique patrifa. libera testandi potestate; quæ legis illa particula est relata his verbis à Pomponio in *l. 120. de verb. sign.* *Uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto*, & plenius à Cicerone *2. de invent.* & Cornificio *1. rhetor. ad Herenn.* Deinde verba sequentia, *cui suus hæres nec extabit*, apertè ostendunt, proximè præcessisse & interjectum fuisse inter hoc & illud de testamentis caput de successione ab intestato, & quidem quo sui hæredes primo loco vocati fuerint. Cur autem ad liberos suos hæredes duntaxat lex successionem hanc pertinere voluerit, alibi explicatum est, & fortassis nonnihil iterum de eo dicetur in sequentibus.

Textus.

Qui sunt sui heredes.

2. Sui autem hæredes existimantur (ut supra diximus) qui in potestate morientis fuerint; veluti filius filiave, nepos neptisve ex filio, pronepos proneptisve ex nepote, ex filio nato prognatus prognatave. Nec interest utrum naturales sint liberi, an adoptivi. Quibus connumerari necesse est etiam eos, qui ex legitimis quidem nuptiis, vel matrimoniis non sunt progeniti, curiis tamen civitatum dati, secundum Divalium constitutionum, quæ super his positis sunt, tenorem, hæredum suorum jura nanciscuntur. Nec non eos, quos nostræ amplexæ sunt constitutiones, per quas iussimus, ut si quis mulierem in suo contubernio copulaverit, non ab initio affectione maritali, eam tamen, cum qua poterat habere conjugium, & ex ea liberos sustulerit, postea vero affectione procedente, etiam nuptialia instrumenta cum ea fecerit, & filios vel filias habuerit,

non solum eos liberos, qui post dotem editi sunt, justos & in potestate patris esse; sed etiam anteriores, qui & iis, qui postea nati sunt, occasionem legitimi nominis praestiterunt. Quod obtinere censuimus & si non progeniti fuerint post dotale instrumentum confectum liberi, vel etiam nati ab hac luce fuerint subtracti. Ita demum tamen nepos neptisve, pronepos proneptisve suorum haeredum numero sunt, si praecedens persona desierit in potestate parentis esse, sive morte id acciderit, sive alia ratione, veluti emancipatione. Nam si per id tempus, quo quis moritur, filius in potestate eius sit, nepos ex eo suus haeres esse non potest. Idque & in ceteris liberorum personis dictum intelligimus. Posthumi quoque, qui si vivo patre nati essent, in potestate eius futuri forent, sui haeredes sunt.

NOTÆ.

DIVALIUM CONSTITUTIONUM] *l. 3. l. 4. C. de nat. lib add. Nov. 89. c. 2.*

NOSTRAE AMPLEXAE CONSTITUTIONES] *l. 10. l. 11. C. de nat. lib. §. ult. sup. de nupt.* add. *Nov. 74. Nov. 86. c. 8.* Huc etiam pertinent legitimati per rescriptum Principis, *d. Nov. 89. c. 9.*

POSTHUMI, &c. IN POTESTATE EIUS] Addendum, si nemo eos gradu praecedat, §. *pen. sup. de tutel.*

COMMENTARIUS.

1. *Legitimati an ad Feudi successionem admittantur*
2. *Cessare hodie edictum de conjung. cum emanc. lib.*

HIc §. prolixus est, sed planus: continet enim repetitionem eorum, quae iam ante diversis in locis tradita & illustrata sunt, maximè in §. *ult. sup. de nupt.* §. *2. de exhar. lib.* §. *2. de her. qual.* ut novam explicationem non magnopere desideret. Sui haeredes ita à nobis *d. §. 2. de har. qual* definiti sunt, liberi defuncti, qui in potestate morientis fuerunt, & tempore delatae haereditatis primum in familia defuncti gradum obtinent: quae definitio modis omnibus perfecta est, ut patet ex hoc textu, *junct. §. 7. inf. eod. l. 6. de injust. rupt. l. 7. unde lib.*

Pronepos proneptisve] Ordo est, *pronepos proneptisve, prognatus prognatave ex nepote nato ex filio:* hoc est, ex nepote, qui non ex filia, sed ex filio susceptus sit: nam nepotes ex filia huc non pertinent; quia patris, non matris familiam sequuntur, *l. familia 196. §. 1. de verb. sign.* Pertinent quidem huc ex novo jure; sed de eo nondum tempus est dicendi.

Nec interest utrum naturales sint, an adoptivi] Per naturales intelligit ex justo matrimonio natos: quam perpetuam naturalium liberorum significationem esse, cum opponuntur adoptivis, docuimus in *d. §. ult. de nupt.* Adoptivi in causa successionis ab intestato eadem conditione sunt, quo naturales, non veteri solùm jure, *l. 1. §. 4. de suis & legit.* sed etiam novo, ex constitutione Iustiniani, qui jus succedendi ab intestato integrum conservavit etiam his, qui adoptivi sunt ab extraneo, *l. pen. C. de adopt.* Sed de horum successione plura *inf. §. 13. & 14.*

Quibus connumerari &c.] Recenset hic duos modos, quibus liberi extra nuptias quaesiti, caeterum nati ex concubina, muliere libera, quam pater uxorem habere poterat, jus suorum haeredum nanciscuntur ex suis vel anteriorum Principum constitutionibus; si curiis oblati fuerint; si mater postea uxor ducta: & nimirum eos ipsos modos, quibus tradidit, liberos natos ex parentibus non conjugatis legitimos effici & in potestate patris, *d. §. ult. de nupt.* Idem jus concessum legitimatis per rescriptum Principis: qui modus confirmandae paternae originis postea accessit, *Nov. 74. & 89.* revise, quae *sup. ad d. §. ult.*

Quod obtinere censuimus, etsi non progeniti] Cum constitutio Iustiniani in *l. 10. C. de nat. liber.* qua natos ex concubina, quae procedente deinde affectione uxor ducta sit, patri suo legitimos fieri voluit, strictè à nonnullis accepta esset, quasi eo tantum casu legitimos eos fieri Justinianus voluisset, quo ex matrimonio secuto quoque liberi nati forent, superioribus fratres & sorores, quod ex verbis constitutionis colligebant; Iustinianus nova & speciali constitutione mentem suam plenius exposuit, atque expressè jussit natos ante matrimonium etiam eo casu legitimos fieri, quo nulli liberi ex matrimonio postea contracto nati fuerint, aut nati ex hac sublati. Extat constitutio in *l. 11. C. de natur. lib.* Hinc apparet, mendosè legi textum, qui claudit *d. §. ult. de nupt.* & omnino restituendam esse lectionem sic, ut ex Hotomanno eam illic restituimus. Jure feudali ad feudi successionem soli videntur admitti, qui legitimè nati sunt, exclusis omnibus legitimatis, *lib. 3. Feud. tit. 26. vers. naturales. Vult. 1. feud. 9. Sonsbec. de feud.* 1

feud. lib. 1. pag. 9. n. 72. Hotomann. ad d. vers. naturales: quamvis major pars interpretum excipiat legitimatos per subsequens matrimonium. Feudistæ post *Andr. de Isernia in d. vers. naturales. Curt. tract. feud. part. 1. 2. memb. 3. part. princ. num. 41. Zas. de Feud. part. 8. D. Tulden. comm. hic cap. 13.* quo jure etiam nos utimur. *Neost. ad. c. 5. de feud. Holl. success. n. 79.* Distinguunt quoque inter legitimationem Principis simplicem, & quando Princeps nominatim ad feuda quoque liberos legitimavit, *Curt. d. loc. n. 39. Zas. ibid. Borcholt. de Feud. cap. 7.* sed de hoc idem dictum sub §. *ult. de nupt.*

Ita demum nepos neptisve] Quamvis semper filius, qui est in potestate, simul suus hæres sit: in persona nepotis & cæterorum descendentium sæpè contingit, ut in potestate sint adscendentium, nec tamen numerentur inter suos hæredes; puta si nepotem filius, pronepotem filius aut nepos præcedant. Nam ad jus sui hæredis non sufficit esse in potestate, nisi simul proximum à defuncto gradum obtineas, hoc est, nemo te in tuo ordine antecedat. Ideoque ut nepos, verbi causa, jus sui hæredis consequatur, necesse est primum filium de familia sublatum esse: tunc autem statim in patris sui locum succedit, & quasi agnoscendo jus sui hæredis in familia avi nanciscitur, de quo fusius sub §. *2. de exhær. lib.* & §. *2. de hær. qual.* Disertè autem locutus est de nepotibus & neptibus ex filio, omissis consulto natis ex filia, quod hi uti extra familiam avi materni nascuntur, ita & manent matre sublata. Postea tamen vocati sunt ex constitutionibus, & ante agnatos admissi, §. *ult. inf. eod.* & plenissimo jure una cum filiis aut nepotibus ex filio suis hæredibus, *Nov. 118. c. 1.*

Sive alia ratione, veluti emancipatione) Sed hodie quoad effectum succedendi nepotes in potestate retenti in locum patris sui emancipati non succedunt, aut jus suorum hæredum consequuntur; verum filius nepotem ex se natum semper excludit, *d. Nov. 118. c. 1.* ut nec amplius locus sit edicto *de conjung. cum emanc. lib.* Multoque magis obstabunt nepotibus ex se natis, quos dignitas de potestate patria exemit; quippe quibus jura suorum hæredum integra conservari voluit Justinianus, *Nov. 8. c. 2.*

Posthumi quoque] Posthumi, qui vivo parente nati in ejus fuissent potestate, primumque gradum in familia obtinuissent, suorum hæredum numero sunt, §. *pen. sup. de tutel.* sicut & in aliis ferè omnibus juris partibus, qui in utero sunt, pro jam natis habentur, quoties de eorum commodo agitur, *l. 7. & pen. de stat. hom.* De diversis posthumorum generibus tractatum *sup. §. 1. & seq. de exhær. lib. &* §. *posthumo 26. de legat.*

Textus.

Quomodo sui heredes fiunt.

3. Sui autem hæredes fiunt etiam ignorantes, & licet furiosi sint, hæredes possunt existere: quia quibus ex causis ignorantibus nobis acquiritur, ex his causis & furiosis acquiri potest. Et statim à morte parentis quasi continuatur dominium; & ideo nec tutoris auctoritate opus est pupillis, cum etiam ignorantibus acquiratur suis hæredibus hæreditas: nec curatoris assensu acquiritur furioso, sed ipso jure.

Notæ.

3. *Etiam ignorantes*] Nimirum quia ipso jure, *l. 14. de suis & leg.* fac. *l. 1. §. 7. si quis om. ca. test.* cujus rei effectum cernere est in *l. 3. C. de jur. del.* Jure civili etiam inviti: cæterum prætoris beneficio jus abstinendi habent, *§. 2. sup. de hær. qual.*

Continuatur Dominium] *l. 11. de lib. & post.* vid. *sup. d. §. 2. de hær. qual.* non tamen possessio, *l. 23. de acq. poss.* facit *l. 19. ex quib. ca. maj.*

Commentarius.

1. *An uti dominium, ita & possessio rerum hæreditariarum suis hæredibus continuetur.*

HOc quoque loco inculcantur pleraque, quæ relata & explicata sunt §. *2. de hær. qual.* Ait *ignorantes.* Sui hæredes ipso jure, id est, sine ullo suo facto aut voluntate, sola juris potestate hæredis fiunt: & ideo non ut extranei, hæreditatem adire dicuntur, sed hæredes existere, *l. 14. de suis & leg. hær.* Quo jure posito consequens est, ut hæredes existant etiam ignorantes: atque hinc si quis ex suis hæredibus patri superstes decesserit, quamvis ignorans patrem decessisse, nihilominus tamen hæreditatem patris, ut jam potestate juris quæsitam, ad quoscumque hæredes transmittit, *l. 3. C. de jur. delib.* Quinetiam inviti & nolentes hæredes fiunt, eaque de causa necessarii quoque hæredes appellantur, *d. §. 2.* cujus rei magnus jure civili effectus fuit. Cæterum jure prætorio beneficium abstinendi habent, *d. §. 2.* & tamen post abstentionem nihilominus hæredes manent, quoad multa effecta. Unde illud, non est sine hærede, qui suum hæredem habet, licet abstinentem se, *l. cum quasi 30. §. sed et si 10. de fideic. libert.* Sed repete notata ad *d. §. 2.* quo loco etiam monuimus, jure harum regionum hæredes omnes esse voluntarios.

Et licet furiosi] *l. furiosus 63. de acq. hær. l. ult. §. 2. C. de cur. fur.* Hoc autem & ipsum ex jure superiore necessario sequitur: quia, ut ait, quibus ex caussis ignorantibus acquiritur, ex his omnibus acquiri potest & furiosis: quod & alibi traditum, *l. 12. de reb cred. l. 24. de obl. & act.* eademque ratio & infantis & pupilli est. Paul. *apud Ruffinum t. de leg. succ.*

A morte parentum continuatur dominium] Suis non tam acquiritur hæreditas, quā dominium continuatur, *l. 11. de lib. & posth.* Ob eam enim caussam sui dicuntur, quod non alienarum, sed suarum quodammodo rerum hæredes esse videantur: quippe suus hæres patri vivo quasi cohæres & communium bonorum socius est, ut illo mortuo non novum acquirat dominium, sed quod prius cœptum erat, nunc plenum habere incipiat, *d. l. 11. d. §. 2. de hær. qual.* cumque ipso mortis momento statim hæres existat, *l. 1. §. qui sunt 7. si quis om. ca. test.* jacere hæreditas nunquam dici potest: pulcherrimè
1 *Hotom. 9. obs. 10.* Cæterum non ut rerum hæreditariarum dominium, ita & possessio suis hæredibus continuatur: quoniam possessio cum facti sit, citra naturalem rei apprehensionem non acquiritur, *l. 1. §. 3. l. 3. in pr. l. 8. de acq. poss. l. 19. ex quibus ca. mai.* Et quod traditum est in *l. cum hæredes 23. de acq. poss.* adita hæreditate jura quidem omnia ad hæredem transire, possessionem vero non transire, nisi naturaliter apprehensa sit; id non magis ad extraneos pertinet, quam ad suos hæredes. Nam ut concedamus, existentiam in suis hæredibus parem vim habere cum aditione in extraneis, majorem tamen vim ei inesse putare & fortius operari, valde absurdum est. Imo eandem prorsus vim habet aditio in hæredibus extraneis, quam in suis immixtio. Movere neminem debet, quod in *l. cum miles 30. ex quibus ca. mai.* apud Paulum scriptum est, possessionem defuncti quasi junctam descendere ad hæredem: de effectu enim usucapiendi loquitur; quod quoad hunc effectum, qui sine possessione nullus est, *l. 25. de usuc.* ipsa simul possessio transire videatur, propterea quod tempora possessionis defuncti & hæredis ita conjunguntur, ut usucapio nunquam interrupta videatur, *l. nunquam 31. §. pen. d. tit.* Alioqui contra jus expressum inferri posset, etiam hæreditatem jacentem possidere, quoniam usucapio à defuncto cœpta etiam ante hæreditatem aditam impleri potest, *l. cœptam 40. de usuc.* Illud nimis jejunum est, quod vulgo objicitur, dominium non acquiri sine possessione: nam hoc ad modos acquirendi, qui sunt ex jure gentium pertinet: in civilibus autem acquisitionibus non est perpetuum, *l. à Titio 64. de furt. l. 19. §. 1. quemad. serv. am. add. Vigl. ad d. §. 2. de hær. qual. Gail. 2. obs. 129. Mynf. 3. obs. 38. Ant. Fab. C. suo de inoff. test. defin. 4. Christin. Vol. 4 dec. 26.* In Burgundia & tota ferè Gallia obtinet illud, *Le mort saisit le vif. Tiraquel. in isto tract. Chassan. de success. rubr. 7. §. 1.*

Nec tutoris auctoritate] Hoc quoque consectarium, ut & quod mox sequitur, ex eadem juris ratione est. In extranei hæreditate contra observatur; quippe quam pupillus sibi delatam adeundo acquirere non potest sine tutoris auctoritate, *l. 9. l. pupillum 49. acq. hær.* etiamsi perspicuè lucrosa sit, neque ullum ab aditione periculum immineat, *l. 9. § 3. de auct. tut. §. 1. sup. eod. tit.* Pupillis infantibus quomodo extranei hæreditas acquiratur, cognosces obiter ex *l. servo 65. §. 3. ad sen. Treb. l. 1. 18. C. de jur. delib.* tractatio non est hujus loci.

Nec curatoris assensu furioso] Imo nihil curatoris assensu furioso acquiri potest; ac proinde nec hæreditas extranei: cum per rerum naturam fieri non possit, ut consensus alterius accommodetur ei, cujus nulla voluntas est. Sed nec ipse curator nomine furiosi hæreditatem jure civili adire potest. Plane potest, si velit, bonorum possessionem nomine furiosi agnoscere, *l. 1. de bon. poss. fur* imo ex constitutione Justiniani etiam debet, ubi manifesta est furiosi utilitas, *l. ult. § 3. C. de cur fur.*

TEXTUS.

De filio post mortem patris ab hostibus reverso.

4. Interdum autem, licet in potestate parentis mortis tempore suus hæres non fuerit, tamen suus hæres parenti efficitur: veluti si ab hostibus quis reversus fuerit post mortem patris sui: jus enim postliminii hoc facit.

COMMENTARIUS.

Licet in potestate parentis, &c. non fuerit] Respicit ad id, quod dixit initio §. 2. suos hæredes esse liberos, qui in potestate sunt, quo tempore parens moritur: unde hic excipit casum, quo filius ab hostibus captus post mortem patris revertitur. At enim si fictionem postliminii consideramus, nulla hic exceptio est: nam cum postliminium fingat, eum, qui ad suos reversus est, semper in civitate fuisse, secundum hanc fictionem etiam tempore mortis patris in potestate fuit. Verum Imperator excipiendo spectavit rei veritatem: revera enim suus hæres non est, nec in potestate morientis patris, qui eo tempore in potestate est hostium. Sic & filius ejus, qui apud hostes decessit, invitus hæreditati obligatur; quamvis suus hæres dici non possit, ut ait Juris-

risconsultus; *l. 12. qui test. fac.* qui in potestate morientis non fuit: & tamen hic etiam in potestate & suus hæres est, ex lege Cornelia, quæ fingit, captum, ipso momento captivitatis mortuum & in civitate.

Jus enim postliminii] Impp. Dioclet. & Maxim. id fictioni tribuunt legis Corneliæ, *l. 9. C. de postlim. reu.* sed abusio est nominum legis Corneli. pro juris postliminii: nisi sit *ἁμάρτημα μνημονικόν.*

Textus.

De memoria patris damnatæ ob crimen perduellionis.

5. Per contrarium autem hoc evenit, ut licet quis in familia defuncti sit mortis tempore, tamen suus hæres non fiat; velut si post mortem suam pater judicatus fuerit perduellionis reus, ac per hoc memoria ejus damnata fuerit. Suum enim hæredem habere non potest, cum fiscus ei succedat: sed potest dici, ipso quidem jure suum hæredem esse, sed desinere.

Commentarius.

Casus superiori contrarius, quo scilicet fit, ut qui mortis tempore in potestate defuncti est, & proximum in familia gradum obtinet, suus tamen hæres non efficiatur: quod ait evenire, si pater post mortem suam perduellionis reus judicatus fuerit: quomodo & Ulp. hoc extulit *l. 1. § 3. de suis & leg. Interdum*, inquit, *etiam filius suus hæres excluditur, fisco prælato; ut puta si perduellionis fuerit damnatus pater post mortem suam. Basil. 45. tit. 1. ἐπὶ τυραννίδι κατακριθῇ.*

Post mortem] Speciale est in crimine perduellionis quod accusatio & cognitio cœpta etiam post mortem rei peragitur: nam reliqua ferè crimina mortalitate extinguuntur, aut potius criminum persecutio, *l. ult. ad leg. Jul. maj. tot. tit. C. si reus vel accus. mort.* Quid intersit inter crimen majestatis & perduellionis demonstrabitur alio loco.

Memoria ejus damnata] Gravius & severius est, memoriam alicujus damnari, quam persecutionem criminis post mortem durare. Persecutio durat etiam in judiciis publicis peculatus, repetundarum, de residuis, *l. ex judiciorum 20. de accus. l. ult. ad leg. Jul. pecul.* At memoria rei damnatur in solo judicio perduellionis, lata in ipsum mortuum sententia, per quam quasi adhuc viveret, memoria ejus deleatur, *l. ult. C. ad leg. Jul. maj.*

Suum hæredem esse, sed desinere] Patre mortis suæ tempore nondum damnato, ac proinde libero & cive Romano decedente, filius non potest non suus hæres esse, cum, ut dictum est, statim à tempore mortis hæreditas suis hæredibus acquiratur: sed quia tempus sententiæ & secutæ postea condemnationis retrotrahitur ac conjungitur cum tempore admissi criminis, fit ut jus suitatis extinguatur, aut potius perinde habendum sit, ac si mortis tempore suus hæres non fuisset, & jam à die contracti criminis desiisset esse in potestate, *arg. l. 15. l. donationes 31. §. ult. de don. l. ult. ad leg. Jul. maj.*

Textus.

De divisione hæreditatis inter suos heredes.

6. Cum filius filiave & ex altero filio nepos neptisve existunt, pariter ad hæreditatem avi vocantur, nec qui gradu proximior est, ulteriorem excludit. Æquum enim esse videtur, nepotes neptesve in patris sui locum succedere. Pari ratione & si nepos neptisve sit ex filio & ex nepote pronepos proneptisve, simul vocantur. Et quia placuit, nepotes neptesve, item pronepotes Proneptesve in parentis sui locum succedere, conveniens esse visum est, non in capita, sed in stirpes, hæreditatem dividi; ut filius partem dimidiam hæreditatis habeat, & ex altero filio duo pluresve nepotes alteram dimidiam. Item si ex duobus filiis nepotes neptesve existant, ex altero unus aut duo forte, ex altero tres aut quatuor; ad unum aut duos dimidia pars pertineat, ad tres vel quatuor altera dimidia.

Commentarius.

1. *Quid sit in capita, quid in stirpes succedere.*
2. *Successionis in stirpe jure veteri usum tantum inter suos hæredes fuisse, & hujus successionis ratio.*
3. *Quatenus hæc successio procedente tempore extensa.*

4. Cur

4. Cur in ea proximior ulteriorem non excludat.
5. Illustratur aliis quibusdam exemplis.
6. Etiam ubi soli sunt nepotes ex diversis filiis, in stirpes familiam ercisci.

Locus est notabilis, in quo agitur de ratione succedendi & divisione hæreditatis inter suos hæredes primi & sequentium graduum. Descriptus autem est ex Gaio *lib. 3. instit. apud Rufin. tit. de le-*
1 *git. success.* Omnis ab intestato successio aut est in capita aut in stirpes. In capita, προσωπικῶς succedi dicitur, cum in tot partes hæreditas dividitur, quot sunt capita sive personæ succedentium: in stirpes, κατὰ σ̓δερ̀ν, cum pro numero stirpium secatur; ut qui sunt ex una stirpe, partem unam ferant, qui ex altera, licet pauciores aut unus tantum, partem alteram. Capita sunt personæ unius aut plurium stirpium. Stirpes sunt generis origines; veluti filius est stirps nepotum; nepos stirps pronepotum. In capita toties succeditur, quoties personæ succedentium proprio jure & ex sua persona veniunt: in stirpes, cum veniunt jure repræsentationis, id est, ex persona ejus,
2 in cujus jus & locum successerunt. Et successionis quidem in stirpes jure veteri inter descendentes tantum eosque descendentium solos usus fuit, qui ex filiis progeniti aut nepotibus ex filio in avi aut proavi, de cujus successione agebatur, potestate & in familia proximi mortis tempore inventi essent, filiis puta aut nepotibus præmortuis emancipatisve, *l. 1. §. 4. de suis & legit. hær. l. 2. l. 3. C. eod. l. 8. §. quoniam 8. de inoff. testam. Ulpian. tit. 26. §. 1. Caj. lib. 2. tit. 8. §. 2.* Etenim ratio succedendi in stirpes; ut ex citatis locis intelligere licet, tota est ex jure singulari suorum hæredum; nec aliud fundamentum habet, quam quod filiifa. vivo etiamnum patre domini bonorum paternorum habiti sunt, *l. 11. de lib. & posth. § 2. sup. de hær. qual.* & jam hæredes κατὰ πρόληψιν. quodque hinc filio è familia patris sublato statim nepotes ex eo in locum ejus & gradum succedunt, & jus sui hæredis idem illud, quod pater ante habuit, quasi persona ejus induta in familia avi nanciscuntur, *d. l. 1. §. 4. de suis & legit. §. 2. sup. de exhær. lib. l. 13. de injust. rupt.* Hoc siquidem jure constituto, consequens omnino est, ut nepotes & deinceps ex masculis descendentes in successione avi ab intestato & cæterorum per patrem adscendentium in stirpes veniant, ut qui sunt ex una stirpe, licet plures numero, non amplius consequantur, quam parens eorum, cujus personam repræsentant, laturus fuisset, & quam capiunt ex alia stirpe forte pauciores, *d. l. 8. §. quoniam de inoff. test. d. l. 2. C. de suis & legit. lib.*
3 Cæterum postquam exemplo suorum hæredum matris etiam & aviæ hæreditas liberis delata fuit, & denique liberorum omnium conditio in successione parentum exæquata, placuit & hic quoque eandem rationem in divisione hæreditatis inter liberos primi & inferiorum graduum servari, *§. ult. sub. fin. l. 9. C. de suis & leg. lib. Nov. 118. cap. 1.* In linea quoque collaterali fratrum & sororum filii jure repræsentationis seu in stirpes veniunt cum defuncti fratribus ex eadem nova Justiniani constitutione 118. c. 3.

Nec qui gradu proximior, ulteriorem excludit] Quem tamen excluderet, nisi ulteriorem placeret in locum patris succedere, & jure repræsentationis quasi eodem gradu cum proximiore existentem ad successionem admitti. Hæc autem verba declarant, quomodo accipiendum sit quod præcedit, *pariter ad hæreditatem vocantur,* nempe non de æqualitate partium hæreditatis, in quas succeditur, sed de pari ac æquali jure successionis, quod scilicet nepotes etiam locum patris ingressi, ut sui hæredes, & ideo æquali jure & pariter sive simul cum patruis suis ad successionem avi vocentur, *l. 3. C. de suis & leg. lib.* Quod autem in specie illic proposita etiam hæreditas in partes æquales dividi debet, ex accidenti est, ubi nepos ex uno filio & alter filius soli concurrunt.

Et ex nepote pronepos proneptisve] Et pari item ratione si sit ex nepote pronepos proneptisve, & ex altero pronepote abnepos vel abneptis, simul vocabuntur. Nam jus repræsentationis intra certum descendentium gradum conclusum non est, per *l. 2. §. liberos 7. de conjung. cum emancip. lib. Nov. 118. cap. 1.* Nec aliud hoc loco propositum Justiniano fuit, quam exemplis quæ forte hic attulit, declarare, quomodo remotiores concurrentes cum proximioribus succedant: quæ & communis est interpretum nostrorum sententia, *vid. Gomez. 1. var. resol. cap. 1. n. 15. Schrad. de feud. part. 7. cap. 5. n. 41.*

In parentis sui locum succedere] Ratio successio- 5
nis in stirpes; quæ modo à nobis fuse explicata est. Ait *ex altero filio duo pluresve:* quare &, si unus tantum sit filius, & ex altero filio sex nepotes, ille unus integrum semissem hæreditatis, & tantum solus, quantum nepotes omnes habebit. Quod si plures sint filii, singuli tantum capiunt, quantum nepotes ex filio præmortuo universi. Et convenienter, si duo aut plures sint nepotes ex diversis filiis, & ex alio nepote pronepotes, hi pronepotes universi non plus ferent, quam nepotum singuli. Quibus casibus mixta est successio. Observandum autem est, non minus neptes ex filio, quam nepotes in locum parentum succedere, *l. 1. §. non minus 6. de suis & legit.*

Item si ex duobus filiis nepotes] Exemplum 6
simplicis successionis in stirpes, cum soli sunt nepotes ex diversis filiis: & hoc casu maximè est conspicua vis repræsentationis, quæ ex jure suitatis primam traxit

traxit originem. Licet enim omnes hic pari gradu sint, ut proprio singuli jure succedere posse videantur: tamen postqvam semel placuit, nepotes in locum patris sui demortui, aliave ratione exuti jure sui hæredes, succedere, non debuit hoc jus ex accidenti aliqvo variari, puta ut soli nepotes ex diversis filiis & numero inæquales; seu pauciores cum pluribus ex hac vel illa stirpe concurrentes, in capita hæreditatem dividerent, *l. 2. C. de suis & leg. hæred.* Qvare sic in universum rectè definiemus, descendentes ex masculis omnes, qvi sunt diversarum stirpium, quantumvis ejusdem omnes gradus, in stirpes, non in capita succedere.

TEXTUS.

Qvo tempore suitas spectatur.

7. *Cum autem qværitur, an quis suus hæres existere possit, eo tempore qværendum est, qvo certum est aliqvem sine testamento decessisse: qvod accidit & destituto testamento. Hac ratione si filius exhæredatus fuerit & extraneus hæres institutus, & filio mortuo postea certum fuerit, hæredem institutum ex testamento non fieri hæredem, aut qvia noluit esse hæres, aut qvia non potuit, nepos avo suus hæres existet: qvia quo tempore certum est intestatum decessisse patremfamilias, solus invenitur nepos: & hoc certum est.*

NOTÆ.

Destitutio testamento] Eo quod nemo hæres ex eo extiterit: quæ destitutio patremfam. ex eo tempore intestatum facit, *l. 1. de suis & leg.* Extra hunc casum idem semper est tempus mortis & delatæ hæreditatis.

Nepos avo suus hæres] Nec obstat, quod filius patri superstes fuit: quia filio non est delata hæreditas, utpote jam mortuo, quo tempore defertur ab intestato, *d. l. 1. §. 8. de suis & leg.* junct. *l. 39. de acq. hær.*

COMMENTARIUS.

1. & 3. *Qvando qvæstioni proposita locus.*
2. *Plura exempla huc pertinentia.*
3. *Removentur qvæ hic objici posse videntur.*

1 Etsi certum est, in causa successionis ab intestato primum locum obtinere suos hæredes, tractari tamen potest, quo tempore inspiciendum sit, an aliqvis suus hæres existere possit, mortisne defuncti tantum, an etiam alias delatæ ab intestato hæreditatis. Enimvero hæc quæstio locum habere non potest, cum nullum testamentum defunctus fecit, aut non jure fecit: quo casu palam est, tempus mortis à tempore delatæ hæreditatis non separari: ac ne tunc quidem, cum testamentum factum est, sed vivo adhuc testatore vitiatum aut destructum; nam hic quoque necesse est, ut tempus delatæ hæreditatis cum tempore mortis, quo jam nullum erat testamentum, concurrat. At locum habet in casu testamenti destituti, hoc est, cum in irritum constituitur testamentum quod jure factum erat, post mortem testatoris, eo quod hæres scriptus ex testamento hæreditatem non adierit. Cum enim lex hæreditatem nemini deferat ab intestato, quamdiu ea ex testamento adiri potest; *l. qvamdiu 39. de acq. hær.* hic jam tractationi propositæ locus sit, utrum cum qværitur, an ut qvis tanquam suus hæres succedere possit, inspiciendum sit tempus mortis testatoris, qvo adhuc sua vis testamento constat, an tempus testamenti deserti, ut sufficiat vel eo tempore suum esse, qvo hæreditas ab intestato deferri seu certum esse incipit, defunctum intestatum decessisse, neminemque ei ex testamento hæredem fore: quod posterius placuit, *l. 1. §. sciendum 8. de suis & legit. l. 6. in pr. vers. plane de injust. rupt. l. 7. unde lib. & hoc text.* Hinc ergo interdum evenit, ut suus hæres existat, qui eo tempore, qvo is, de cujus hæreditate agitur, decessit, suus hæres non erat. Qvæ res uno exemplo hic declaratur, videlicet si paterfa. testamento facto decesserit, exhæredato filio, ex qvo ei nepos erat, & post exhæredati mortem contingat institutum hæredem non esse: hoc enim casu nepotem avo suum hæredem existere: quo exemplo etiam utitur Ulpian. *d. l. 1. §. sciendum de suis & legit.* & Papinian. *d. l. 7. unde* 2
lib. Aliud & simile habemus apud Theophilum, si filius exhæredatus, extraneo sub conditione instituto, pendente conditione decesserit, & postea defecerit conditio. Ulpianus *d. l. 1. §. sciendum,* etiam exemplum affert in filio sub conditione, quæ fuit in arbitrio ipsius, instituto, & mortuo non impleta conditione. In legitima quoque agnatorum successione hujus quæstionis usus est, cum disputatur, quo tempore spectanda proximitas, *§. proximus 6. seq. tit.*

Qvod accidit & destituto testamento] Id est, cum ex testamento nemo hæres extiterit, vel quia hæres institutus hæres esse noluit, vel quia non potuit, ut statim sequitur: quæ destitutio ex eo tempore patremfa. tam intestatum facit, quam si aut nullo facto testamento, aut eo, qvod factum erat, ante mortem evacuato decessisset, *sup. in pr. eod. d. l. 1. de suis & leg. hær. l. 1. de injust. rupt. test.*

3 *Si filius exhæredatus, & extraneus hæres institutus, & filio mortuo*] Ait *exhæredatus;* nam ut valeat testamentum, quo filius ipse non instituitur, exhæredatum eum nominatim esse oportet, *l. propen. de lib. & post. sup. de exhær. lib. in pr.* Ait *filio mortuo*, deliberante fortè hærede instituto, *d. l. 1. §. sciendum de suis & leg. hær. d. l. 7. unde liberi.* Necesse autem est, ut quæstioni locus sit, filium medio tempore decessisse; alioqui ipse deserto testamento suus hæres patri existet, *l. filium 20. de bon. poss. cont. tab.* Hinc colligunt, per exhæredationem non tolli jus familiæ: & recte, alioqui ipse nepos prorsus patris locum occuparet, atque ipso statim jure everteret testamentum avi, *vid. nostra ad §. non solum 4. sup. de pup. subst.*

Aut quia non potuit] Puta quod antequam hæreditatem adiret, mortuus sit, aut cum sub conditione hæres institutus esset, conditio defecerit. Adeunte igitur extraneo manet sepultum jus nepotis.

Nepos suus hæres existet] Nec obstabit nepoti, quod filius exhæredatus patri suo superstes fuit: quia filio non est delata hæreditas; quæ ratio redditur in *d. l. 1. §. sciendum, de suis & legit.* significatur in *l. 6. pr. vers. plane, de injust. rupt. & d. l. 7. unde lib.* ac simul removet, quod objici posset, quanquam ejusdem potestatis est, in suis hæredibus successionem non esse, videlicet quia isti regulæ tunc locus est, quando quæstio est de nepote, ut suo hærede admittendo post delatam filio hæreditatem, *d. l. 1. §. sciendum.* An jure civili hodierno in descendentibus locus sit edicto successorio, difficilis & intricata quæstio est, quæ fuse tractatur à *Bart. Bald. Salic. Castr. in l. 3. C. unde liberi.*

Textus.

De nato post mortem avi, vel adoptato à filio emancipato.

8. Et licet post mortem avi natus sit, tamen avo vivo conceptus, mortuo patre ejus, posteaque deserto avi testamento, suus hæres efficitur. Plane si conceptus & natus fuerit post mortem avi, mortuo patre suo, desertoque postea avi testamento, suus hæres avo non existet: quia nullo jure cognationis patrem sui patris attigit. Sed nec ille est inter liberos avi, quem filius emancipatus adoptavit. Hi autem cum non sint sui (quantum ad hæreditatem) liberi, neque bonorum possessionem petere possunt, quasi proximi cognati. Hæc de suis hæredibus.

Commentarius.

1. *Species, & cur in ea filius non obstet nepoti, aut nepos non rumpat.*
2. *Conceptum & natum post mortem avi huc non pertinere, & quare.*
3. *De adoptato à filio emancipato.*
4. *Amplius de concepto & nato post mortem avi.*

Post mortem avi natus, tamen vivo conceptus] 1
Aliud exemplum ad præcedentem tractationem pertinens, & quandam continens amplificationem; nempe si quis filio exhæredato nuru prægnante decesserit, & filio deinde mortuo antequam partus ederetur, hæres institutus omiserit hæreditatem. Hic quoniam qui in utero sunt, cum de commodo eorum agitur, pro jam natis habentur; *l. 7. l. pen. de stat. hom. l. 7. de suis & legit.* placet hunc nepotem, licet natum post avi mortem, non minus quam si ante natus fuisset, avo suo ab intestato hæredem fore: neq; magis obstare nepoti filium, quam in casu præcedenti, propter eandem rationem, quia filio non est delata hæreditas, ut qui mortuus sit eo tempore, quo adhuc ex testamento adiri poterat. Cur vero hic nepos posthumus non rumpit agnascendo? Nimirum quia agnascendo is solus rumpit, quem tempore mortis nemo præcedebat. Hæc ad hunc ferme modum Jurisconsultus in *l. 6. pr. vers. plane. de injust. rupt.*

Plane si & conceptus & natus] Quod dictum 2
est §. *præc.* nepotem avo suo hæredem existere posse, qui tempore mortis suus non erat, modo solus inveniatur tempore destituti testamenti, hoc nunc sic restringit, ut dicat, id locum habere, cum tempore mortis nepos jam in rebus humanis fuit, aut saltem vivo avo conceptus. Cum Ulp. in *l. 1. §. sciendum, de suis & legit.* De nepote vero concepto post avi mortem ait, hunc nepotem, mortuo patre suo, non posse deserto testamento suum hæredem avo existere. Et addit rationem; Quia nullo jure cognationis patrem sui patris attigit. Ratio generalis, ex qua consequitur, nec posse eum ullo alio jure succedere, neque ut nepotem, neque ut cognatum ad bonorum possessionem admitti: quod etiam in calce expressum est, & pluribus locis apertissime traditum. Sed de eo videbimus postea.

Quem

3 *Quem filius emancipatus adoptavit*] Quem filius meus emancipatus adoptavit, nepos meus non est, *l. 26. de adopt.* ratio perspicua est, quia per emanpationem filius agnatus esse desiit; & ita jus constitutum est, ut adoptati his tantum, quibus agnascuntur, cognati fiant, *l. 23. eod. tit.* ut mirum non sit, mortuo filio emancipato non posse adoptivum illum vel tanquam suum vel tanquam inter liberos hæreditatem vel bonorum possessionem petere. Unde putaverit aliquis, hoc exemplum positum esse loco alieno. Sed videtur Justinianus qualiquali similitudine illustrare voluisse, quod dixerat de nepote concepto post mortem avi.

Cum non sunt sui] Vocem *suus* delendam esse Contius & Hotomannus existimant, propterea quod ante dixit, ne cognatos quidem esse, nedum liberos. Sed non placet nimia ista scrupulositas in examinandis verbis conditorum juris. Et cur vero vox ista retineri non posset? Per occasionem duntaxat, ut probet suos non esse, ne cognatos quidem esse ait: cæterum tota disputatio ex professo de suis hæredibus instituta est, ut ipse Justinianus testatur in extremo hujus §.

4 *Quantum ad hæreditatem*] Recte quantum ad hæreditatem: nam in aliis rebus, puta privilegiis, causis prohibendarum nuptiarum, jure patronatus, nepotes etiam post mortem avi concepti pro liberis habentur; & sunt sane sanguine conjuncti omnibus, qui avo fuerunt, aut ab eo descendunt, *l. 1. § pen. de suis & legit.* Quod succedant in jus patronatus, docet Paul. *l. Paulus 47. §. 3. de bon. libert.* quo argumento admitti videntur & ad feuda, ad emphyteusin acceptam pro descendentibus, item ad jus retractus. *D. Tuld. comm. hic, cap. 4.*

Neque bonorum possessionem petere quasi proximi cognati] Sicut is qui post mortem avi concipitur, non vocatur ad legitimam avi hæreditatem tanquam suus hæres, ita nec bonorum possessionem tanquam cognatus accipere potest: quia ut lex duodecim tabularum eum vocat ad hæreditatem, qui moriente eo, de cujus bonis agitur, in rerum natura fuit, quo in numero etiam habetur qui vivo eo est conceptus; ita prætor proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur his, qui defuncto mortis tempore cognati fuerunt, *l. 6. cum 2. seqq. de suis & legit. l. 6. in pr. vers. plane, de injust. rupt. l. 1. §. si quis 8. unde cogn.* Quare quod dictum supra est, nepotem, qui tempore deserti testamenti solus & proximus invenitur, avo suum hæredem existere, hoc sic est intelligendum, si & remoto mortis tempore obstaculo, aut testamento non facto, & nemine eum tunc præcedente statim jus succedendi habuisset; quod habere non potest, qui moriente avo in rebus humanis non est. Quod vero nepotes cognati appellantur etiam eorum, post quorum mortem concepti sunt, id Julianus scribit non proprie, sed per abusionem, vel potius διαφορικῶς accidere, *l. 8. de suis & leg. hær.* Pileus, ut refert Accursius hic, putavit, nunc etiam posse hunc nepotem suo jure succedere, ex *Nov. 118. c. 1.* sed contraria Joannis sententia pluribus probata est testibus *Joan. Fabr. & Angel. hic.* Sane *d. Nov.* nihil juvat opinionem Pilei, utpote qua tantum tollitur differentia sexus, gradus & potestatis, add. *Bachov. in Treutl. vol. 2. Disp. 16. thes. 1. D. Tulden. in tit. C. de suis & legit. n. 4. & d. c. 4. ad hunc tit.* ubi tamen fatendum esse ait proposito Justiniani, qui omnia in hac successione ad simplicitatem naturæ redigere studet, maxime consentaneum esse, ut hoc quoque emendatum voluerit: cæterum cum id expresse non fecerit hujusmodi casu eveniente, opus esse remedio Principali, per *l. 2. de reb. eor. qui sub tut.*

TEXTUS.
De liberis emancipatis.

9. Emancipati autem liberi jure civili nihil juris habent: neque enim sui hæredes sunt, qui in potestate morientis esse desierunt, neque ullo alio jure per legem duodecim tabularum vocantur. Sed prætor naturali æquitate motus, dat eis bonorum possessionem unde liberi, perinde ac si in potestate parentis tempore mortis fuissent: sive soli sint, sive cum suis hæredibus concurrant. Itaque duobus liberis existentibus, emancipato uno, & eo, qui tempore mortis in potestate fuerit, sane quidem is qui in potestate fuit, solus jure civili hæres est, & solus suus hæres: sed cum emancipatus, beneficio prætoris in partem admittitur, evenit, ut suus hæres pro parte hæres fiat.

NOTÆ.

9. JURE CIVILI NIHIL JURIS] Emancipatio & sui hæredis & agnationis jus adimit, *l. 11.*

de suis & leg. l. 1. §. 8. ad SC. Tertull. leg. 7. de cap. min.

PRAETOR NATURALI ÆQUITATE MOTUS] Quia nihilominus liberi manent, naturæ vinculum & jus sanguinis, *l. 4. unde lib.* & maximè, quia verum nihilominus est, ex masculis eos esse procreatos.

BON. POSSESSIONEM UNDE LIBERI] *d. l. 4. & pass. unde liberi.* Eadem ratione adductus dat testamento præteritis bonorum possessionem contra tab. §. 3. *sup. de exh. lib.*

COMMENTARIUS.

1. Qua ratione motus & quo colore prætor emancipatis deferat bonorum possessionem unde liberi.

Liberis emancipatis contingit capitis deminutio, per quam jus agnationis & familiæ amittunt, ut latè docetur *lib. 1.* Proinde cum nec sui hæredes sint, qui in potestate esse desierunt, nec agnati propter mutationem familiæ; vetus legitima hæreditas, quæ lege 12. tabularum suis duntaxat hæredibus, & post hos agnatis defertur, ad eos non pertinet, *l. 11. de suis & legit. l. 1. §. capitis 8. ad sen. Tertyll. l. 7. de cap. minut.* Cæterum quia nihilominus liberi manent, quia manet naturæ vinculum & jus sanguinis, *l. 4. unde lib. l. 8. de reg. jur.* & maxime quia nihilominus verum est ex masculis eos esse procreatos, prætor his succurrit, rescinditque capitis deminutionem, ut loquitur Jurisconsultus *l. 6. §. 1. in fin. de bon. poss.* hoc est, perinde emancipatos vocat, ac si capite minuti non essent, vique ipsa restituit iis jus suorum hæredum, dum eis defert bonorum possessionem unde liberi, atque in partem bonorum paternorum una cum suis hæredibus admittit. Sic & in ordinatione testamenti, eadem ratione adductus prætor, quod jus civile in suis tantum hæredibus requirebat, jussit liberos emancipatos vel hæredes institui vel exhæredari, data præteritis bonorum possessione contra tabulas, §. *emancipatos, sup. de exhær. lib.*

Neque ullo alio jure] Lex duodecim tabb. ad legitimam hæreditatem vocabat alios jure suitatis, alios jure agnationis, alios jure patronatus. Quod ergo ait, liberos emancipatos neque suos hæredes esse, neque alio jure à lege vocari, planum ac perspicuum sensum habet, nec jure agnationis eos vocari, nec jure patronatus, quo vocantur patrono mortuo liberi ejus ad legitimam hæreditatem liberti, *inf. de succ. libert.* ac proinde nodum in scirpo quærit Hotomannus, dum pro his verbis *per legem duodecim tabb.* legendum existimat *præter legem*, &c.

Bonorum possessionem unde liberi] *l. 4. & passim, si tab. test. null. ext. unde liberi, §. 1. inf. de bon. poss.* Cæterum si quæ propria habent, his, qui in potestate manserunt, conferre debent, *l. 20. §. 1. contr. tab. l. 9. l. 18. C. de collat. Ulp. lib. 2. instit. apud Rufin. tit. de legit. success. Unde liberi* autem dicimus præcise, pro, ex ea parte edicti, unde liberi vocantur, quod in cæteris quoque bonorum possessionibus usu venit. Sic dicitur bonorum possessio unde legitimi, item unde cognati, & unde vir & uxor, *d. §. 1. & seq. inf. de bon. poss.*

In partem admittitur] Dimidiam scilicet: *εἰς τὸ ἥμισυ.* Theoph. Nam emancipati apud prætorem sunt loco suorum hæredum, *tit. seq. in pr. d. §. 1. de bon. poss.* & expresse scribit Justinianus, *l. ult. §. 1. C. de legit. hær.* filium emancipatum in patris successionem sine ulla deminutione à prætore vocari. Hæc autem bonorum possessio etiam suis hæredibus ex abundanti proposita, *d. §. 1. inf. de bonor. possess. l. 1. §. 6. unde liberi.* Jure novissimo, etiam jure civili, emancipati succedunt. *Nov. 118. cap. 1.*

TEXTUS
Si emancipatus se dederit in adoptionem.

10. *At hi, qui emancipati à parente in adoptionem se dederunt, non admittuntur ad bona naturalis patris quasi liberi, si modo cum is moreretur, in adoptiva familia fuerint. Nam vivo eo emancipati ab adoptivo patre perinde admittuntur ad bona naturalis patris, ac si emancipati ab ipso essent, nec unquam in adoptiva familia fuissent. Et convenienter quod ad adoptivum patrem pertinet, extraneorum loco esse incipiunt. Post mortem vero naturalis patris emancipati ab adoptivo patre, & quantum ad hunc adoptivum patrem pertinet, æque extraneorum loco fiunt, & quantum ad naturalis patris bona pertinet, nihilo magis liberorum gradum nanciscuntur. Quod ideo sic placuit; quia iniquum erat, esse in potestate patris adoptivi, ad quos bona natu-*

naturalis patris pertineant, utrum ad liberos ejus, an ad agnatos.

NOTÆ.

10. NON ADMITTUNTUR] Quia alium hi patrem habent, cui sui hæredes sunt jure civili, *l. pen. C. de adopt.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur ad bonorum possessionem unde liberi non vocentur, qui à patre emancipati se adrogandos dederunt.*
2. *Cur ab adrogatione emancipati vivo patre naturali, jus liberorum recuperent, secus si post mortem ejus: & quid hic respectu patris adoptivi.*

QUod dictum fuit, liberos emancipatos beneficio prætoris vocari ad bonorum possessionem unde liberi, id hic locus docet non esse perpetuum, & primum non pertinere ad eos, qui à patre emancipati se adrogandos dederunt, & quo tempore pater naturalis moritur, adhuc sunt in potestate & familia patris adoptivi, *fac. l. ult. unde liberi.* Deinde non pertinere omnino ad emancipatos à patre adoptivo, cum de illius successione quæritur: quæ mox *seqq.* §§. plenius declarantur.

In adoptionem] Manifestum est, verbo generali significari hoc loco speciem adoptionis, quæ adrogatio dicitur: quippe quæ sola eorum est, qui sunt sui juris, §. *1. sup. de adopt.*

Non admittuntur] *L. 4. unde lib.* Etenim prætori hoc solum propositum fuit, ut succurreret emancipatis, qua tales sunt, idque ratione quadam commiserationis, quæ in iis cessat, qui se dederunt in adrogationem, aliumque sibi patrem quæsiverunt, dum his satis consultum in familia adoptiva, in qua jus suorum hæredum & agnationis nanciscuntur. Adhæc prætor emancipatos vocat inter suos hæredes, & tanquam suos, *tit. seq. in pr. l. 6. § 1. de bonor. possess.* ratio autem non patitur, ut quis jus sui hæredis habeat in duabus familiis.

Quasi liberi] Id est, ex ea edicti parte, qua prætor ad successionem ab intestato liberos vocat. Quod ideo expressit; quia etsi non admittuntur, ut liberi, admittuntur tamen alia parte edicti, qua scilicet vocantur cognati, §. *admonendi 13. inf.* Illud satis constat, inter legitimos eos non admitti, quia jus agnationis per capitis deminutionem extinctum est.

2 *Nam vivo eo emancipati ab adoptivo patre perinde admittuntur*] Si liberi naturales emancipati & adoptati iterum emancipati sint, prætor ex humanitate his restituit jus naturale liberorum, quod ademerat adrogatio, perindeque eos admittit ad bonorum possessionem patris naturalis, ac si semper sui juris mansissent, *l. 4. unde lib.* scilicet quia alioqui foret, ut spe omni destituerentur, atque excluderentur & à patris naturalis successione & adoptivi.

Quod ad patrem adoptivum pertinet, extraneorum loco] Jura enim adoptionis in eorum dissolvuntur emancipatione, ita ut & nomen liberorum emancipati à patre adoptivo amittant, & pater adoptivus post emancipationem pater esse desinat, *l. 1. §. liberos 6. l. 4. unde lib. l. 2. §. objicitur 15. ad Tertyll.* denique nullum fere ex pristino jure retineatur vestigium, *l. 13. de adopt.* Particula (*fere*) eo loco addita à Jurisconsulto, propterea quod filiam quondam adoptivam uxorem habere non possum, *l. quin etiam 53. de rit. nupt.*

Post mortem patris naturalis] In bonis patris adoptivi nihil juris habent, sive ante, sive post mortem patris naturalis ab adrogatione emancipati fuerint. Quod vero attinet ad successionem patris naturalis, interest, emancipati sint vivo adhuc patre, an post mortem ejus: nam priori casu jus liberorum per adrogationem amissum beneficio prætoris recuperant; posteriore casu non item, sed tertio demum loco invitantur ad bonorum possessionem unde cognati, §. *13. inf. eod.*

Iniquum erat, esse in potestate patris adoptivi] Ratio cur ab adrogatione emancipati post mortem patris naturalis liberorum gradum non consequantur; ne alioqui in potestate adrogatoris sit, utri ad successionem ab intestato veniant, liberine, an agnati: quippe qui facere posset, ut succederet agnatus proximus non emancipando, ut non succederet, emancipando; atque ita jus hæreditatis ex alieno penderet arbitrio: quod regulæ juris non admittunt, *l. illa institutio 32. de hær. inst.* Sed longius ista αἰτιολογία petita est. Commodius hæc afferri poterat, ne jam delata aut quæsita aliis liberis aut agnatis hæreditas ex postfacto & accidentia auferatur; neque ulla hic fit injuria liberis, utpote qui & ultro se in adoptionem dederunt postquam à patre naturali emancipati fuere, & volentes iterum sunt emancipati à patre adoptivo.

TEXTUS.

Collatio filiorum naturalium & adoptivorum.

11. ***Minus ergo juris habent adoptivi filii, quam naturales. Namque natura-***

les emancipati beneficio prætoris gradum liberorum retinent, licet jure civili perdant. Adoptivi vero emancipati & jure civili perdunt gradum liberorum, & à prætore non admittuntur: & rectè. Naturalia enim jura civilis ratio perimere non potest; nec quia desinunt sui hæredes esse, possunt desinere filii filiæve, nepotes neptesve esse. Adoptivi vero emancipati extraneorum loco incipiunt esse: quia jus nomenque filii filiæve, quod per adoptionem consecuti sunt, alia civili ratione, id est, emancipatione, perdunt.

Commentarius.

HIc locus continet antithesin liberorum emancipatorum naturalium & adoptivorum, cujus explicatio petenda ex iis, quæ dicta sunt sub §§. *præc. 9. & 10.* Summa hæc est; liberos naturales emancipatos jus liberorum & successionis ab intestato, quod amittunt jure civili, retinere jure prætorio: emancipatos vero ex adoptione nec à prætore liberorum numero haberi, ullove modo vocari ad successionem quondam adoptivi patris. Ratio, quia illi, etsi sui hæredes esse desinunt, quod nomen civile est, non tamen desinunt esse liberi natura: hi plane extranei fiunt, jusque, & nomen liberorum adoptione quæsitum, emancipatione perdunt, *l. 1. §. liberos 6. l. 4. unde lib.* Regula, *Civilis ratio civilia jura perimere,* &c. plenissime à nobis explicata est sub §. *ult. de leg. agn. tut. & §. pen. de cap. dem.*

Textus.

De bonorum possessione contra Tabulas.

12. *Eadem hæc observantur & in ea bonorum possessione, quam contra tabulas testamenti parentis liberis præteritis, id est, neque hæredibus institutis, neque, ut oportet, exhæredatis, prætor pollicetur. Nam eos quidem, qui in potestate mortis tempore fuerint, & emancipatos, vocat prætor ad eandem bonorum possessionem; eos vero, qui in adoptiva familia fuerint per hoc tempus, quo naturalis parens moreretur, repellit. Item adoptivos liberos emancipatos ab adoptivo patre, sicut nec ab intestato, ita longe minus contra tabulas testamenti, ad bona ejus admittit: quia desinunt in numero liberorum ejus esse.*

Notæ.

12. Et in ea bon. possessione] Non solum sc. in causa successionis ab intestato. Th.

Eos, qui in potestate et emancipatos] suis hæredibus prætoritis ex abundanti hoc beneficium datum, *l. 1. pr. cont. tab.* quemadmodum & bonorum possessio, unde liberi & suis & emancipatis pariter proposita. *l. 1. §. 6. und. lib.*

Commentarius.

1. *Etiam suis hæredibus propositam bonorum possessionem contra tabulas.*
2. *Communia utriusque bonorum possessionis.*
3. *Difficilius quem admitti ad bonorum possessionem contra tabulas, quam ab intestato.*

PRætor non tantum in causa successionis ab intestato liberis emancipatis succurrit, data iis bonorum possessione unde liberi: verum etiam testamento facto pollicetur præteritis bonorum possessionem contra tabulas: quæ bonorum possessio cum præcedenti illa tribus in rebus hoc loco comparatur.

Neque ut oportet exhæredatis] Non enim quævis exhæredatio summovet liberos à bonorum possessione contra tabulas; sed quæ rite facta est: quæ vitiose, pro præteritione habetur, *l. 8. §. 2. de bon. poss. cont. tab. §. 3. sup. de exhæred. lib.* Incautè D. Tuldenus *inf. tit. de bon. poss. c. 5.* pro *non recte* aut *vitiose,* dixit, *inique.* Nam qui dicunt *inique* se exhæredatos, certum est, iis nullum remedium superesse, præter querelam inofficiosi testamenti. Eodem autem modo, quo jure civili testamento facto liberi sui hæredes instituendi sunt, aut exhæredandi, filii scilicet nominatim, filiæ & nepotes saltem inter cæteros, voluit prætor institui aut exhæredari etiam emancipatos, eoque neglecto decernit eis bonorum possessionem contra tabulas testamenti, §. *emancipatos, sup. de exhær. lib.*

Eos, qui in potestate] Sive naturales sive adoptivos, *l. 1. in pr. cont. tab.* Licet enim bonorum possessio contra tabulas potissimum comparata sit emancipatorum gratia, quippe qui exhæredati aliud 1

reme-

remedium non habebant: eadem tamen & in potestate constitutis sive suis hæredibus proposita, si neque instituti neque exhæredati sunt, *d. l. 1. in pr.* quamvis horum præteritione testamentum vitietur, nulliusque momenti jure civili sit, *l. 1. de injust. rupt. test.* ut proinde ex abundanti hoc illis beneficium tribuatur, *fac. l. 2. C. ead. tit.*

2 *Vocat ad eandem possess.*] Sequuntur nunc comparationes utriusque remedii à similibus. Prima similitudo in eo est, quod ut bonorum possessio unde liberi & suis & emancipatis pariter proposita est, ita & hæc bonorum possessio contra tabulas, *d. l. 1. in pr. junct. §. 6. cont. tab.* Secunda, quod sicut illa ab intestato non datur liberis, qui tempore mortis patris naturalis in aliena familia sunt, ita nec hæc eis detur contra illius tabulas; & eandem scilicet ob causam, quia alium patrem habent, cui sui hæredes sunt jure civili, *l. pen. non procul à pr. C. de adopt.* Tertia, quod quemadmodum illa ab intestato non datur emancipatis à patre adoptivo, ita nec hæc contra tabulas testamenti patris adoptivi; quia non sunt amplius ex liberis, jure adoptionis per emancipationem soluto, *d. l. 1. §. 6. l. 3. §. 2. bon. poss. cont. tab.*

3 *Ita longe minus contra tab.*] Ἀνασκευάζει à minori ad majus & difficilius. Qui non admittitur ad bonorum possessionem ab intestato, is non debet admitti ad bonorum possessionem contra testamentum: illud enim minus est; hoc majus, propter favorem testamenti, cujus rescissio difficulter & non nisi gravi ex causa permittitur. Unde Justinianus, cum iis, qui adoptati sunt ab extraneo, reservet jus succedendi ab intestato: tamen testamento facto præteritos aut exhæredatos à successione in totum repellit, *d. l. pen. C. de adopt. §. sed ea 14. inf. hoc tit.*

Textus.

Unde Cognati.

13. Admonendi tamen sumus, eos, qui in aliena familia sunt, quive post mortem naturalis parentis ab adoptivo patre emancipati fuerint, intestato parente naturali mortuo, licet eâ parte edicti, qua liberi ad bonorum possessionem vocantur, non admittantur, alia tamen parte vocari, scilicet, qua cognati defuncti vocantur. Ex qua ita admittuntur, si neque sui hæredes liberi, neque emancipati obstent, neque agnatus quidem ullus interveniat. Ante enim prætor liberos vocat tam suos hæredes, quam emancipatos, deinde legitimos hæredes, tertio proximos cognatos.

Notæ.

13. Ea Parte Edicti, Qua Liberi] Neque ex capite altero *unde legitimi.* Illud, quia alium patrem jure civili habent: hoc, quia desierunt esse adgnati.

Qua cognati] Etenim naturale jus cognationis fortius est, quam ut per actum civilem adoptionis perimi possit, *l. 1. §. 4. unde cogn. §. ult. sup. de leg. agn. tut.*

Neque adgnatus ullus] Nam prætor totum adgnatorum ordinem cognatis anteposuit, *l. 1. quis ord. in bon. poss. inf. de success. cogn. in pr.* Hodie autem liberi, de quibus hîc agitur, non cognatis tantum, sed agnatis etiam omnibus præferuntur, sublato sc. adgnationis & cognationis discrimine. *Nov. 118. c. 3. & 4.*

Commentarius.

1. Cur ab adrogatione emancipati post mortem patris naturalis admittantur ut cognati, non admittantur ut liberi.
2. Hodie vix esse hujus quæstionis usum.

Declarat hic Imperator, quomodo accipiendum, quod dictum est, liberos, qui emancipati à patre naturali se in adoptionem dederunt, & adhuc, cum is moritur, in adoptiva familia sunt, aut post mortem demum patris ab ea mancipati fuerunt ad bonorum ejus possessionem non admitti: nempe non admitti neque ex capite edicti, quo vocantur liberi, quod ante quoque obiter monuimus, neque ex capite altero, quo vocantur agnati: sed admitti tamen, tertio scilicet loco in ordine cognatorum, inque eo cæteris cognatis jure proximitatis præponi. Cujus 1 rei ratio hæc est; quia etsi jus & nomen liberorum per adoptionem amittunt, agnati quoque esse desinunt; cognationis tamen jura in familia patris naturalis semper retinent, utpote fortiora, quam ut per actum civilem adoptionis perimi possint, *l. 1. §. 4. unde cogn. §. ult. sup. de leg. agn. tut.* Cur vero minus liberorum numero, quam cognatorum à prætore habentur, cum utrumq; nomen æque naturale sit? Quia absurdum prætori visum est, suorum hæredum loco esse patri naturali eos, qui alium patrem habent, cui sunt sui hæredes jure civili. Nam sciendum est, emancipatos à prætore vocari non simpliciter ut liberos,

ros; sed ut suos hæredes, quorum numero eos habet, *tit. seq. in pr.* proinde nomen liberorum propemodum civile esse, non utique vocis sono, sed intellectu juris prætorii. Hodie vix ullus esse videtur hujus §. usus. Nam cum Justinianus discrimen agnationis & cognationis sustulerit, & cognatos æque ac agnatos ad successionem ab intestato vocaverit secundum gradus cujusque prærogativam; *Nov. 118. cap. 3. & 4.* consequens est, liberos, de quibus hic agitur, non cognatis tantum, sed agnatis etiam omnibus, præferri.

Post mortem naturalis parentis] Minime mirum: nam emancipatio hæc potius augere debebat, quam minuere jus illud, quod ut cognati in bonis patris naturalis habebant, cum adhuc essent in familia adoptiva. Sane nisi bonorum possessio patris naturalis deferretur liberis tunc, cum adhuc sunt in familia aliena, non deferretur emancipatis post illius mortem: uti disseruimus *sup.* §. *10.*

Nec agnatus ullus] Nam prætor totum agnatorum ordinem cognatis anteposuisset: & ideo licet remotiores sint agnati, cognatis tamen proximioribus præferuntur. Quod ultro videtur prætor dedisse juri civili, quo agnati soli vocantur, cognatis insuper habitis.

Ante enim prætor liberos, &c.] Hi sunt tres illi gradus successionum ab intestato, aut potius ordines succedendi, quos prætorem fecisse legimus. Primus ordo est liberorum sive sui hæredes sint, sive emancipati. Secundus legitimorum: nam statim post liberos ad bonorum possessionem admittit agnatos. Tertius cognatorum: quos jure civili in totum exclusos vocat, deficientibus adgnatis, *l. 1. §. 1. unde lib. l. 1. in pr. quis ord. in bon. poss.*

TEXTUS.
Emendatio juris antiqui. De Adoptivis.

14. *Sed ea omnia antiquitati placuerunt: aliquam autem emendationem à nostra constitutione acceperunt, quam super iis personis exposuimus, quæ à patribus suis naturalibus in adoptionem aliis dantur. Invenimus etenim nonnullos casus, in quibus filii & naturalium successionem propter adoptionem amittebant, & adoptione facile per emancipationem soluta, ad neutrius patris successionem vocabantur. Hoc, solito more, corrigentes, constitutionem scripsimus, per quam definimus, quando parens naturalis filium suum adoptandum alii dederit, integra omnia jura ita servari, atque si in patris naturalis potestate permansisset, nec penitus adoptio fuisset subsecuta: nisi in hoc tantummodo casu, ut possit ab intestato ad patris adoptivi venire successionem. Testamento autem ab eo facto, neque jure civili, neque prætorio, ex hæreditate ejus aliquid persequi potest, neque contra tabulas bonorum possessione agnita, neque inofficiosi querela instituta; cum nec necessitas patri adoptivo imponatur, vel hæredem eum instituere, vel exhæredem facere, utpote nullo vinculo naturali copulatum: neque si ex Sabiniano Senatusconsulto ex tribus maribus fuerit adoptatus. Nam & in ejusmodi casu neque quarta ei servatur, neque ulla actio ad ejus persecutionem ei competit. Nostra autem constitutione exceptus est is, quem parens naturalis adoptatum susceperit. Utroque enim jure tam naturali quam legitimo in hanc personam concurrente, pristina jura tali adoptioni servamus: quemadmodum si paterfamilias sese dederit adrogandum; quæ specialiter & singulatim ex præfatæ constitutionis tenore possunt colligi.*

NOTÆ.

14. NOSTRA CONSTITUTIONE] *l. pen. C. de adopt.* cujus frequens in his libris mentio, §. *2. sup. de adopt.* §. *8. quib. mod. jus pat. pot.* § *5. sup. de exh. lib.* §. *1. sup. quib. mod. test. inf.*

AB INTESTATO AD PATRIS ADOPTIVI, &c.] Et tanquam suus hæres. At liberis hujus patris adoptivi frater non fit, nec eis succedit: quia jura le-

ra legitima in familia ejus non consequitur, *d.l.pen.* §.1. Nec obloquitur sibi Just. cum ait, emancipatione talis filii jura adoptiva dissolvi, *d.l.pen.* §.2. Nam hoc non de jure familiæ aut patriæ potestatis intelligi debet; sed de jure succedendi ab intestato, quod solum apud patrem adoptivum habebat.

TESTAMENTO AUTEM FACTO] Hinc apparet minus esse, habere jus succedendi ab intestato, quam aut testamentum nullum dicendi, aut evertendi per bonorum possessionem contra tabulas, aut querelam inofficiosi.

EX TRIBUS MARIBUS] Ita quoque legitur in *d. l.pen.* §.3. *C. de adopt.* & apud Th. Qui lectionem immutant, corrumpunt, non corrigunt locum, add. Cujac. in *l.ult. C. de decur.*

COMMENTARIUS.

1. *Quæ mutatio quam ob causam circa successionem adoptivorum facta à Justiniano.*
2. *Notatur Bachovii oscitatio.*
3. *Collectiones Triboniani minime necessaria.*
4. *Sabiniano Senatusconsulto quid cautum.*
5. *Disputationem de successione adoptivorum hodie inutilem esse.*

HOc §. refertur & inculcatur jus novum, quod à Justiniano circa liberos adoptivos introductum est, *l. pen. C. de adopt.* & de quo actum *sup. de adopt.* §.2. Summa huc redit Jus vetus ita fuit, ut non tantum qui adrogabantur, in potestatem & familiam patris adoptivi transirent; verum etiam qui filiifam. à patre naturali in adoptionem alii dabantur, sine ulla distinctione jus liberorum & suorum hæredum in familia naturali amitterent, novumque nanciscerentur in familia adoptiva. In adrogatione nihil mutatum, in adoptione nonnihil, propter incom-
1 modum, quod ex veteri jure nasci poterat. Igitur in casu filii à patre naturali in adoptionem dati ita Justiniano placuit, ut si datus sit personæ extraneæ (qualis omnis, qui est extra lineam parentum) non transiret in potestatem & familiam hujus patris adoptivi, sed jus parentis naturalis salvum maneret, retineretque filius in illius familia nomen & jus sui hæredis: & porro quod huic consequens erat, ut impune à patre adoptivo testamento facto præteriri aut exhæredari posset. Hoc uno tamen ei concesso, ut ab intestato huic patri succedat. Si vero datus sit personæ non extraneæ, sed avo materno puta, aut nepos post emancipationem patris conceptus & editus avo etiam paterno, jus vetus integrum reliquit sine ulla innovatione.

Quia invenimus nonnullos casus] Usus videtur pluralivo pro singulari. Nam unus duntaxat casus reperitur, quo in adoptionem extraneo dati & patris naturalis & adoptivi hæreditate excidere poterant, vid. si post mortem patris naturalis ex adoptione essent emancipati: cujus etiam solius mentio in *d. l. pen.*

Ut possit ab intestato] Et quidem jure sui hæredis: hoc enim jus diserte hactenus ei tribuitur *d. l. pen.* §.1. Atque ita occurrit hic casus singularis, quo is qui in potestate non est, & tantum non extraneus, sui hæredis jus habeat, voceturque ad hæreditatem una cum defuncti liberis naturalibus & legitimis. Cæterum voluit Justinianus hanc adoptionem tantum prodesse adoptato ad solam successionem extranei patris adoptivi, non etiam ad consequenda jura legitima in ejus familia *d. l. pen.* §.1. Quamobrem 2
vix scio quid sibi velit Bachovius, qui pro limitatione hic addendum scribit ex *Nov. 118. c. 3.* concurrere hunc extraneum adoptatum tantum cum liberis ab uno latere conjunctis; quia cum utrinque conjuncti excludant consanguineos & uterinos, multo magis adoptatum excludere debeant, &c. Non puto, Bachovium tam profunde somniasse, ut, quamvis sic loquatur, existimaverit, liberorum quosdam esse ex uno latere conjunctos, quosdam ex utroque, & hos illis, ac proinde & adoptatis in successione parentis ex *d. Nov.* præferri: sed ut apparet ex *d. c. 3.* quod allegat, cogitasse de successione collateralium, & admonere voluisse, in ea successione adoptivos defuncti fratres ex *d. Nov. c. 3.* non plus juris habere posse, quam conjunctos ex uno parente tantum, quibus præferuntur conjuncti utrinque. Credibile quoque est, eum intellexisse liberos adrogatos: nam hi, de quibus hic agimus, liberis extranei adoptatoris fratres non sunt, nec eis succedunt prorsus. Utut sit, aut alienum est, quod Bachovius monet, aut fallitur.

Neque jure civili neque jure prætorio] Olim liberi adoptivi omnes, quia transibant in familiam patris adoptivi, quamdiu in eadem conditione manebant, non minus quam justis nuptiis quæsiti, hæredes institui aut exhæredari debebant: præteriti & jure civili testamentum nullum dicere poterant, & jure prætorio contra tabulas bonorum possessionem petere: exhæredatis patebat querela inofficiosi testamenti, §. 4. *sup. de exhær. lib. l. 1. in pr. cont. tab.* §. 2. *sup. de inoff. test.* quod Justiniani lege mutatū in adoptatis ab extraneo, velut consequens ei, quod voluit, eos non transire in adoptivi patris potestatē. Ergo ex d. constitutione impune hi præteriri vel exhæredari possunt, nulloque remedio, sive civili sive prætorio, adversus testamentū adjuvantur, *d. l.pen. C. de adopt.* Non obloquitur sibi Justinianus, cum ait,

emancipatione talis filii jura adoptiva dissolvi, *l. pen. §. 2.* hoc enim non de jure familiæ aut patriæ potestatis intelligi debet, sed de jure succedendi ab intestato, quod solum apud patrem adoptivum habebat.

3 *Cum nec necessitas imponatur patri adoptivo*] Non satis bona collectio; Non est necesse hunc hæredem instituere vel exhæredem facere: ergo nullo remedio contra testamentum uti potest. Nam nec mater nec avus maternus liberos, nec liberi parentes necesse habent hæredes instituere aut exhæredare, qui tamen præteriti aut exhæredati testamentum per querelam inofficiosi impugnat. Sic nec illa consecutio necessaria est: Non est mihi naturali vinculo copulatus; ergo non est necesse eum hæredem instituere, &c. quasi solo vinculo civili nemo adstringatur ad aliquem hæredem instituendum, &c. quæ tamen vis adhuc hodie est adrogationis, ut in *fin. hujus* §.

4 *Ex Sabiniano Senatusconsulto ex tribus maribus*] Quo Senatusconsulto quantum ex hoc loco conjicere est, cautum fuit, ut qui unum è tribus alterius liberis maribus adoptasset, quartam partem ei bonorum suorum relinquere cogeretur, sicut ex constitutione Antonini Pii quarta relinquenda est adrogato impuberi. Ex eodem Senatusconsulto manasse videtur, quod Justinianus commemorat in *l. ult. C. de decur. lib. 10.* ut qui tres mares haberet, si unum ex iis, qui decurio esset, in senatum maximum allegendum curaret, ei curiæ liberationem pareret: quod referendum inter privilegia πολυπαιδίας. Meminit quoque hujus Senatusconsulti Justinianus in *d. l. pen. §. 3. C. de adopt.* Nihil agunt, qui hunc locum vel aliter explicant, ut Connan. *2. comm. 15.* vel aliter legunt, & pro *tribus maribus*, ut etiam legitur apud Theophil. substituunt *tribus manibus*, ut *Alciat. 4. parerg. 3. tribus mancipationibus*, ut *Ravard. c. 6. de auct. prud. add. Cujac. in d. l. ult. C. de decur. Gothofr. ad d. l. pen. §. 3. C. de adopt.*

Pristina jura tali adoptioni servamus] Propterea quod hoc casu concurrente naturali vinculo cum civili, cessat metus superioris incommodi, ne scilicet adoptatus ab utriusque patris successione aliquando excludatur; qui sensus est *d. l. pen.* Jus vetus adoptionis plane nunc exolevit: neque enim adoptati aut liberorum aut agnatorum aut cognatorum jure hodie censentur, sed tantum pro alumnis sunt: ut proinde tota disputatio de successione liberorum adoptivorum hodie sit inutilis: videsis quæ *sup. tit. de adopt.*

TEXTUS.
De descendentibus ex fœminis.

15. *Item vetustas ex masculis progenitos plus diligens, solos nepotes vel neptes, qui quæve ex virili sexu descendunt, ad suorum vocabat successionem, & jure agnatorum eos anteponebat: nepotes autem, qui ex filiabus nati sunt, & pronepotes, qui ex neptibus, cognatorum loco connumerans, post agnatorum lineam eos vocabat, tam in avi vel proavi materni, quam in aviæ vel proaviæ, sive paternæ sive maternæ successionem. Divi autem Principes non passi sunt talem contra naturam injuriam sine competenti emendatione relinquere: sed cum nepotis & pronepotis nomen commune sit utriusque, tam qui ex masculis, quàm qui ex fœminis descendunt, ideo eundem gradum & ordinem successionis eis donaverunt. Sed ut amplius aliquid sit eis, qui non solum naturæ, sed etiam veteris juris suffragiis muniuntur, portionem nepotum vel neptum, vel deinceps, (de quibus supra diximus) paulo minuendam esse existimaverunt; ut minus tertia parte acciperent, quam mater eorum, vel avia, fuerat acceptura, vel pater eorum vel avus paternus sive maternus, quando fœmina mortua sit, cujus de hæreditate agitur: iisque licet soli sint, adeuntibus, agnatos minimè vocabant. Et quemadmodum lex duodecim tabularum, filio mortuo, nepotes vel neptes, pronepotes vel proneptes, in locum patris sui ad successionem avi sui vocat: ita & principalis dispositio in locum matris suæ vel aviæ eos cum jam designa-*

signata partis tertiæ deminutione vocat. Sed nos, cum adhuc dubitatio maneret inter agnatos & memoratos nepotes, quartam partem substantiæ defuncti agnatis sibi vindicantibus ex cujusdam constitutionis auctoritate, memoratam quidem constitutionem à nostro Codice segregavimus, neque inseri eam ex Theodosiano Codice in eo concessimus. Nostra autem constitutione promulgata, toti juri ejus derogatum est: & sanximus talibus nepotibus ex filia, vel pronepotibus ex nepte: vel deinceps superstitibus, adgnatos nullam partem mortui successionis sibi vindicare: ne hi qui ex transversa linea veniunt, potiores his habeantur, qui recto jure descendunt. Quam constitutionem nostram obtinere secundum sui vigorem & tempora & nunc sancimus: ita tamen ut quemadmodum inter filios & nepotes ex filio antiquitas statuit, non in capita, sed in stirpes dividi hæreditatem, similiter nos inter filios & nepotes ex filia distributionem fieri jubeamus, vel inter omnes nepotes & neptes, & inter pronepotes vel proneptes, & alias deinceps personas; ut utraque progenies matris vel patris, aviæ vel avi portionem sine ulla deminutione consequatur: ut si fortè unus vel duo ex una parte, ex altera tres aut quatuor extent; unus aut duo dimidiam, alteri tres aut quatuor alteram dimidiam hæreditatis habeant.

NOTÆ.

15. ITEM VETUSTAS] Intelligit tum legem 12. tabb. tum jus prætorium: nam & prætor nepotes, &c. ex sexu muliebri demum vocabat in cognatorum ordine, post lineam adgnatorum.

QUAM MATER EORUM] Ex. ca. Titius decessit relicto filio, & ex filia præmortua nepote: hic filius, quia juvatur prærogativa legis 12. aut si emancipatus est, suffragatione juris prætorii, bessem hæreditatis ex d. constitutione feret, nepos trientem reliquum, id est, tertia parte minus, quam mater latura fuisset.

VEL AVIA] Hic ponendum thema, quo quæritur, de hæreditate proavi materni inter filium & pronepotem natum ex nepte prognata ex filio aut filia.

VEL PATER EORUM] Adde *vel mater*. v. c. Titia decessit relicto filio aut filia, & nepote nepteve ex filio filiave demortuis. Hîc quia filio aut filiæ suffragatur SC. Orficianum *inf. tit. 4. pr. & §. 1.* nepos neptisve ex d. constitutione non aliter admittuntur, quam cum deminutione tertiæ partis.

QVARTAM PARTEM SUBSTANTIAE] Hanc quartam adgnati sibi vindicabant, nepotibus ex filia solis existentibus, non quando concurrebant cum munitis suffragio juris veteris: memorati Principes quandam Falcidiam vocant.

SED IN STIRPES] Ut in locum parentum veniant, succedantque ad instar nepotum & pronepotum ex virili sexu.

SINE ULLA DEMINUTIONE] Quartæ scil. adgnatorum, quando non concurrunt liberi primi gradus aut nepotes ex sexu virili: nam tertiæ deductionem tributam iis, qui etiam juris veteris suffragatione nituntur, intactam reliquit, *l. ult. C. de suis & leg. lib.* ad quam hic se refert. Jure novissimo par liberorum omnium in successione ab intestato conditio. *Nov. 118. c. 1.*

COMMENTARIUS.

1. *Qui descendentium lege 12. tabb. & à prætore ad successionem intestati vocentur.*
2. *Juris veteris derogatio qua ratione, & an sufficienti nitatur.*
3. *Planius & plenius, quam vulgo, explicatur quatenus per l. 4. C. Theodos. de legit. hæred. veteri juri derogatum.*
4. *Quid insuper detractum, quid adjectum constitutione Justiniani l. ult. C. de suis & leg. lib.*
5. *Cantiuncula & Mynsingeri error.*

HÆc pars est hujus tituli postrema, in qua primum repetuntur ex vetusto jure differentiæ circa successionem descendentium ex masculis & fœminis: deinde ostenditur, quantum his differentiis detractum & de antiquo jure derogatum sit constitutione recentiorum principum, & postremo Justinianii. Locus est obscurus & ænigmaticus, à paucis intelle-

ctus, & ab his, qui eum intellexisse videntur, ita explicatus, ut tamen aliquid amplius desideres, & plus lucis. Plenius ergo & planius, si potero, rem totam explicabo.

1 *Item vetustas*] Intelligit tum legem duodecim tabularum, tum jus prætorium. Falluntur enim, qvi putant, legem duodecim tabularum ad hæreditatem ab intestato vocasse tam natos ex filiabus, quam ex filiis, totumque illud discrimen, quod hic refertur, adscribunt mediæ jurisprudentiæ, inter quos Mynſ. Cantiunc. & Giphanius. Etenim palã est, lege duodecim tabb. ex descendentibus eos solos ad hæreditatem vocari, qui sunt sui hæredes, atque his deficientibus ex transversa linea solos agnatos: eos vero qui tantum cognati essent, jus successionis ab intestato nullum ex ea lege habuisse. Nimirum Decemviri, ut dignitati & propagationi familiarum consulerent, ad eos solum successionem pertinere voluerunt, qui essent ejusdem gentis & familiæ. Quare cum nepotes ex filia non sint sui hæredes avo materno, sed patri, in cujus sunt potestate; & fœmina non suam aut patris, sed alienam, in quam nubit, familiam propaget; *l. 195. §. ult. de verb. sign.* non poterant hi nepotes ad successionem avi materni ullo modo venire, excludebanturque non tantum à filiis & filiabus defuncti, ab iisve, qui ex filiis essent progeniti; verum etiam ab agnatis ejus. Denique prætor emancipatos duntaxat inter suos vocabat, ut masculorum quoque progeniem: hosce autem nepotes, & cæteros ex sexu muliebri demum post lineam agnatorum, in tertio scilicet ordine, qui cognatorum est.

Quam aviæ vel proaviæ sive paterna sive materna] In aviæ aut proaviæ paternæ successione nihil plus juris nepotes aut pronepotes ex lege 12. tabb. habent, quam habent in successione avi proavive, aviæ, proaviave maternorum: non enim magis aviæ aut proaviæ paternæ sui hæredes aut agnati sunt, quam avo aut proavo materno, &c. cum nec filius matri sit, ob eamque causam nec ipse matri ex lege succedat; nec à prætore in primo ordine vocetur. Filii tamen aut filiæ mentionem non facit: quia his matris legitima hæreditas pridem delata fuerat Senatusconsulto Orficiano, non aviæ nepotibus, *inf. tit. 4.* & ideo rectè ait, nepotes pronepotesve ataviæ & proaviæ successionem à prætore admissos fuisse demum in linea cognatorum, quia nec post illud Senatusconsultum jus liberorũ in ea successione habebant.

Divi autem Principes non passi sunt, &c.] Sequitur jam derogatio juris antiqui, quæ auctores habet Valentinianum, Theodosium & Arcadium, *l. 4. C. Theod. de legit. hær.* quam parte aliqua mutilatam in Codicem suum retulit Justinianus *l. 9. C. de suis & leg. lib.* Justitia derogationis duplici ratione commendatur. 2
1. quia inæqualitas illa juris inter descendentes ex masculis & fœminis injuriosa in ipsam naturam; quomodo alibi naturæ accusatores appellat, qui differentiam inducunt inter masculos & fœminas, *l. 4. C. de lib. prat. 2.* quia nomen nepotum & pronepotum omnibus commune, & tam iis, qui ex fœminis, quam qui ex maribus progeniti sunt, conveniens. Quarum tamen rationum, si liberè dicendum est, altera vera non videtur, altera minimè sufficiens. Nam quæ injuria est in naturam, si is, qui jus percipiendarum hæreditatum in sua familia habet, ut suus, aut agnatus, non admittatur eodem jure in familia aliena, ne duabus in familiis simul regnum teneat? Deinde si contra naturam non est, hoc prospicere, ut ne familiæ splendor ac dignitas minuatur aut pereat; sed consentaneum etiam juri gentium legibusque plurimarum bene ordinatarum civitatum, dare operam, ut sartæ tectæ familiæ conserventur; non potest à ratione naturali alienum videri, si masculi potius atque ex masculis descendentes, propagatores & columnæ familiarum, quam fœminæ, in quibus familiæ intereunt, ad hæreditatem vocentur: quod & ipsum diligenter cautum reperitur legibus Mosaicis. *Num. 27. 8. Vid. Philon. de vit. Mos. 3.* Hinc jam sponte intelligitur, quam ficulneum argumentum sit alterum, quod à communione petitur nominis, ad inducendam juris æqualitatem inter eos, quos tam insignis consideratio disjungit. Sed videamus quid placitum Græcis Principibus.

Eundem ordinem & gradum successionis] Donaverunt Imperatores eundem gradum successionis nepotibus & pronepotibus, de quibus hic sermo est, 3
quem habent illi, qui succedunt ex lege duodecim tabularum, & qui vocantur à prætore: hoc est; voluerunt ex fœminis prognatos non minus jus liberorum & successionis ab intestato habere, quam prognati ex masculis, ut sui hæredes habent ex lege 12. tabb. & liberi emancipati ex edicto prætoris unde liberi, ut cum his in successione concurrant. Addo, ut sequentia minore negotio percipiantur, ut concurrant etiam cum liberis primi gradus, patruis scilicet & avunculis suis, in successione aviæ, quos jam temporibus Marci agnatis in successione matris præposuerat Senatusconsultum Orficianum. Cæterum portio horum nepotum aliquantum memoratorum Principum constitutione minuta fuit, ut mox audiemus.

Veteris juris suffragiis muniuntur] Jus vetus hic accipere debemus tum legem duodecim tabularum, quæ ex liberis suos duntaxat hæredes ad hæreditatem vocabat; tum edictum prætoris, quo ad bonorum possessionem ab intestato invitantur liberi eman-

emancipati: & denique Senatusconsultum Orficianum, quo, ut diximus, matris legitima hæreditas defertur filiis & filiabus. Latius enim tractatio hujus §. se extendit, quam spondet principium, plusque sensit, quam scripsit Justinianus, uti statim videbimus.

Ut minus tertia parte] Qvuamvis prædicti Principes nepotes neptesque ex seu fœmineo descendentes cum his, à quibus jure veteri in totum excludebantur, ad successionem ab intestato admiserint; noluerunt tamen, illos cum his æqualiter hæreditatem partiri, sed aliqvanto plus habere eos, qui etiam juris veteris suffragatione nituntur, & nimirum illos triente minus, quam hos, consequi, *d. l. 9. C. de suis & legit.* quod datum reverentiæ juris veteris fuit.

Quam mater eorum vel avia] Casus pertinens ad successionem adscendentium marium, cum defunctus descendentibus unis pater, avusque aut proavus paternus, aliis avus proavusque maternus est: de fœminarum adscendentium successione mox subjicitur. Cum igitur de successione avi materni quæritur inter filium superstitem & ex filia demortua nepotes, hic filius, quia juvatur prærogativa legis duodecim tab. aut si emancipatus est, suffragio juris prætorii, bessem hæreditatis ex d. constitutione feret, nepotes trientem reliquum, id est, hi tertia parte minus ferunt, quam mater superstes latura fuisset: illa enim hæreditatem paternam æqualiter cum fratre suo divisisset: jam si de semisse, quem mater habitura fuerat, tertiam partem detrahas, triens tantum nepotibus relinquitur, alter semis auctus accessione detracti sextantis bessem efficit. Similiter quando quæritur de hæreditate proavi materni inter filium & pronepotem natum ex nepte prognata ex filio aut filia, filius favore juris veteris altero tanto amplius habebit, quam hi pronepotes, qui pro semisse, in quem avia eorum vocata fuisset, trientem tantum accipiunt, id est, tertia parte minus. Nihil autem in successione proavi materni interest, nati sint pronepotes ex nepte, an ex nepote ex filia: nam quod ad stirpem attinet, aviam scilicet, filiam proavi, omnes ex sexu muliebri veniunt. Illud quoque non refert, utrum pari gradu, an impari sint descendentes ex sexu virili cum posteris ex sexu sequiore, remotiores, an propiores. Nam etsi ex filio tantum nepos sit aut pronepos ex nepote ex filio nato, sive suus sive emancipatus, & ex adverso nepos ex filia: illi nihilominus propter suffragationem juris veteris bessem totius hæreditatis auferent, hic non amplius triente.

Pater eorum, vel avus paternus sive maternus, quando fœmina mortua] Hic apparet, plus sensisse Justinianum, quam hactenus scripsit. Nihil enim huc usque traditum est, quo id quod hic proponitur, referri posse videtur. Nam initio locutus est tantum de descendentibus ex masculis, quos solus dixit à veteribus ut liberos ad hæreditatem vocatos fuisse, insuper habitis iis, qui ex fœmineo sexu descenderent. Deinde ait, hos cum illis admissos fuisse à Divis Principibus, cum deminutione tamen tertiæ partis, propter suffragationem juris veteris, qua juvantur qui ex viris progeniti sunt. Quamobrem quod hic scribit, ænigma videri poterat, nisi ante monuissem, id quod de juris veteris prærogativa dixit, ex mente ejus referendum esse etiam ad eos, quibus suffragatur Senatusconsultum Orficianum; quod collatum cum constitutione dd. Principum, sane vetus etiam est. Hoc Senatusconsulto vocantur liberi ad hæreditatem matris, & vocantur pleno jure absque partis ullius detractione, exclusis in totum defunctæ agnatis. At vocantur liberi duntaxat primi gradus, filii sc. & filiæ: nepotes & deinceps ad successionem aviæ non vocantur, *tit. 4. inf. in pr. &* §. *1.* sed hi demum cum istis admissi sunt eadem illa constitutione, cujus jam sæpe facta mentio: admissi vero cum deminutione item tertiæ partis, propterea quod filii & filiæ juris quoque veteris suffragio muniti erant, id est, Senatus consulto Orficiano.

Pater eorum] Supple, vel mater. Casus enim est, in quo agitur de hæreditate fœminæ defunctæ dividenda inter liberos primi & secundi gradus. Pone igitur, hinc esse filium filiamve, illinc nepotem neptemve ex filio filiave demortuis, Senatus consultum Orficianum hæreditatem ex asse attribuit soli filio aut filiæ, nepoti neptive nihil. Ex nova vero constitutione etiam nepos & neptis ad aviæ successionem vocantur, & simul cum filio filiave; ita tamen, ut pati debeant tertiam sibi detrahi de parte, quam integram pater eorum vel mater superstites habituri fuissent in materna hæreditate ex Senatus consulto.

Vel avus paternus sive maternus] Casus quo quæritur de successione fœminæ defunctæ inter liberos primi gradus & pronepotes proneptesve, qui tertio gradu sunt: supplendum igitur, *vel avia paterna sive materna*: nam hæ quoq; superstites matri successissent ex Senatus consulto. Ponamus ergo, cum filio aut filia superstitibus concurrere pronepotes proneptesve natos natasve ex nepote nepteve nato natave ex altero filio aut filia demortuis. Hi pronepotes proneptesve in totum à successione proaviæ repelluntur Senatus consulto. A Principibus autem una cum filio aut filia admittuntur: cæterum cum deminutione illa, quam diximus, partis avitæ: quod datum honori Senatus; ut sc. tertia minus consequantur, quam habituri fuissent avi aviæve, qui si viverent, ex æquo cum fratre aut sorore maternam hære-

hæreditatem partirentur. Sed quid dicendum in proposito, si hinc nepos tantum sit, aut neptis, illinc pronepos aut proneptis, nulli autem liberi primi gradus? Recte nimirum censet Hotomannus, nihil amplius hic laturos nepotes, quam pronepotes: sed æqualiter omnes, illos ad aviæ, hos ad proaviæ hæreditatem ex principali dispositione admittendos esse: quia cum nepotes in successione aviæ non magis jus liberorum ante constitutionem habuerint, quam pronepotes in successione proaviæ, sive legem antiquam consideres, sive edictum prætoris, sive denique SenatusConsultum Orficianum, non possunt illi majorem sibi portionem vindicare, partemve aliquam detrahere pronepotibus ob juris ullius antiquioris suffragium, quo nomine tantum detractio illa à Principibus permissa est.

Licet soli sint, adeuntibus, agnatos minimè vocabant] Hoc non sic accipiendum est, quasi agnati hoc casu in totum fuerint exclusi, quod demum à Justiniano constitutum, ut ipse postea commemorat; sed non admissi soli & in solidum, ut jure antiquo. Liquet enim ex constitutione, ut ea integra extat in Codice *Theod. l. 4. de legit. hær.* agnatos non penitus excludi, neque priore illo casu, cum avo aut proavo mortuo soli reperiuntur ex liberis nepotes aut pronepotes ex sexu muliebri descendentes, neque hoc posteriore, cum mortua avia aut proavia soli reperiuntur liberi secundi aut inferioris gradus: sed agnatos cum his nepotibus & deinceps admitti in quadrantem hæreditatis. Hoc enim est, quod in d. constitutione legimus, agnatos in casibus propositis in quandam Falcidiam, nepotes in dodrantem succedere. Cæterum hæc pars d. constitutioni detracta est à Triboniano inserente eam Codici Justinianeo, *l. 9. C. de suis & legit.* propter *l. ult. C. eod.* qua quarta illa adempta agnati in totum repelluntur, ut postea iterum dicetur.

Et quemadmodum lex duodecim tabularum, &c. ita principalis dispositio. &c.] Dicendum erat, quemadmodum lex 12. tabb. filio mortuo nepotes & pronepotes vocat ad hæreditatem avi aut proavi paterni, & vocat in locum patris sui aut avi paterni, ut una cum superstitibus defuncti filiis aut filiabus succedant: ita ex dispositione principali, mortua filia, nepotes & pronepotes ex ea vocari ad successionem avi vel proavi materni, & vocari in locum matris suæ aut aviæ maternæ, ut simul succedant cum defuncti liberis superstitibus, sive suis-hæredibus, quos solos decemviri, sive emancipatis, quos præterea admittit prætor: & quemadmodum Senatusconsultum Orficianum filios tantum & filias vocat ad successionem matris, ita dispositionem Principum vocare etiam nepotes & pronepotes ad successionem aviæ aut proaviæ sive paternæ sive maternæ, & simul etiam cum liberis primi gradus: sed & in hoc & in superiore concursu detractionem tertiæ partis, quam diximus, pati.

4 *Cum adhuc dubitatio maneret inter adgnatos, &c.*] Sequitur juris antiqui altera adrogatio, & augmentum juris, quod descendentibus ex sexu muliebri accessit constitutione Justiniani *l. ult. C. de suis & legit. lib.* Ait, *cum adhuc dubitatio &c.* non quod jus dubium fuit; quippe cautum expresse *l. 4. C. Theod. de legit. hær.* Sed hoc vult dicere, cum adhuc agnati ex ejusdem constitutionis auctoritate (sic legendum, non *cujusdam* quæ est *d. l. 4.* nepotibus ex fœminis solis existentibus (nam cum concurrebant cum liberis, qui etiam jure veteri vocabantur, agnatis nullum jus erat) quartam hæreditatis partem sibi vindicare poterant, se hoc jus in totum constitutione sua abrogasse, quæ est *d. l. ult. C. de suis & legit. lib.* atque ob eam causam noluisse constitutionem prædictam suo Codici inseri, id est, noluisse inseri integram: nam utique detracta illa clausula, qua agnati in quadrantem vocabantur, inserta est. Confer. *d. l. 4. C. Theod. de legit. hær.* cum *l. 9. C. Justin. de suis & legit. lib.* Quartam igitur agnatorum tantum sustulit, deductionem tertiæ reliquit.

Ne hic, qui ex transversa linea veniunt, potiores] Rectius dixisset, ne qui ex transversa linea veniunt, una cum iis, qui recta ex nobis descendunt, ad successionem admittantur, vel in partem aliquam duntaxat. Quanquam in eo nihil absurdi est, si collateralium aliqui ob jus agnationis præferantur in successione iis descendentibus, qui non sunt de familia defuncti.

Non in capita, sed in stirpes] Postquam nepotibus ex filia & pronepotibus natis ex nepte nepoteve ex filia hoc jus datum est, ut in locum veniant parentum, succedantque ad instar nepotum & pronepotum ex virili sexu; non sine ratione, ut eodem modo hæreditatem dividant, sive soli sint, sed plures ex diversa stirpe ad hæreditatem avi vel proavi materni vocentur, sive cum filiis aliisve descendentibus ex virili sexu concurrant, cum deminutione tertiæ partis.

Ut utraque progenies matris vel patris, &c.] Non tantum igitur cum de successione masculi agitur, avi aut proavi materni, nepotes & pronepotes etiam soli existentes agnatos excludent, quamvis hactenus nihil amplius dictum: sed etiam cum fœmina mortua proponitur, avia vel proavia sive paternæ sive maternæ: & in hac item successione nepotes aut pronepotes eodem modo hæreditatem divident, salvo liberis primi gradus, si cum his concurrant, jus deducendæ tertiæ partis.

Sine

9 *Sine ulla deminutione*] Hæc ita scripta sunt, ut non sine causa existimare quis possit, etiam liberis primi gradus & nepotibus ex sexu virili denegari tertiæ deductionem, quod etiam Cantiuncula & Mynsing. pro certo tradunt. Cæterum nihil minus cogitasse Justinianum, patet tum ex sæpè memorata constitutione Principum, quam ita in Codicem suum retulit, ut nihil amplius ei detraxerit, quam particulam, qua in quadrantem vocantur agnati cum posteris ex sexu fœmineo, non concurrentibus cum illis liberis, qui etiam jure veteri veniunt, relicta illa parte, qua istis tertiæ deductio tribuitur, intacta: tum ex ipsius constitutione Justiniani, ad quam hic se refert, scilicet *l. ult. C. de suis & legit. lib.* quæ quidem correctoria illius Principum, sed quartam duntaxat tollit agnatorum. Jure novissimo par liberorum omnium in successione ab intestato conditio est, *Nov. 118. cap. 1.* de quo accuratius *inf. post tit. 5.*

TITULUS II.
D. lib. 38. t. 16. C. lib. 6. t. 58.

De legitima adgnatorum successione.

Continuatio, & argumentum tituli.

Ucusque de primo ordine succedentium ab intestato, in quo sunt descendentes sive liberi, ex lege duodecim tabularum soli sui hæredes, §. 1. *tit. prac.* ex jure prætorio etiam emancipati, §. 9. *eod.* ex constitutionibus nepotes quoque & pronepotes ex sexu fœmineo, de quibus in §. *ult. eod.* Sequitur ordo secundus, qui agnatorum fuit: insistit enim Imperator vestigiis legis duodecim, qua nemo ex adscendentibus ad hæreditatem vocatur: non pater ad hæreditatem filii; quia si filius in potestate fuerat, nec habere poterat hæredem, cum patri omnia acquireret, & bona castrensia, quæ postea filio concessa, eo intestato mortuo occupabat pater jure peculii, *l. 2. de castr. pecul.* sin emancipatus, pater huic & ille patri, ratione familiæ extraneus erat. Sed nec prætor patrem qua patrem, vocabat ante ordinem cognatorum, *l. 10. de suis & legit.* Aio, qua patrem: nam jure patroni vocabatur etiam ad hæreditatem legitimam, *d. l. 10.* Non mater, quia & ipsa filio eadem ratione extranea; & ideo à prætore quoque inter cognatos demum admissa fuit. De Senatusconsulto Tertylliano videbimus *tit. seq.* Hoc titulo primum descriptionem habemus agnatorum tum naturalium tum adoptivorum: mox docetur qui ex his & quomodo succedant, & tum mares, tum fœminæ: hinc quo ordine vocentur; & postremo qua ratione parens vocetur ad legitimam hæreditatem filii emancipati.

TEXTUS.

Secundus ordo heredum legitimorum.

Si nemo suus hæres, vel eorum, quos inter suos hæredes prætor vel constitutiones vocant, existat, qui successionem quoquo modo amplectatur, tunc ex lege duodecim tabularum ad agnatum proximum pertinet hæreditas.

NOTÆ.

QUOS PRAETOR VEL CONSTITUTIONES] Scil. liberos emancipatos, & nepotes ex sexu fœmineo, quorum illos prætor, hos constitutiones vocant, §. 9. & *ult. tit. prac.*

COMMENTARIUS.

E*xistat*] Nec speretur fore, ut existat. Nam quamdiu vel spes est futurum, ut suus hæres defuncto existat, tamdiu agnatis locus non est; puta si defuncti uxor prægnans sit, quæ suum hæredem paritura speratur: aut defuncti filius apud hostes sit, qui de captivitate reverti potest, *l. pen. §. 1. unde legit. fac. l. 2. in pr. de suis & legit. Ulp. tit. 26. §. 2.*

Tunc ex lege duodecim tab. ad agnatum proximum] Dictum hoc paulo crassius. Nam lex 12. tabularum ex liberis eos solos ad hæreditatem vocat, qui sunt verè sui hæredes, hoc est, liberos defuncti legitimos, qui tempore mortis in potestate ejus erant, & proximum ab eo gradum in familia obtinebant; atque his non extantibus, statim loco proximo agnatos: sed postquam & alii tum à prætore tum constitutionibus admissi sunt & præpositi agnatis, lex duodecim, non nisi istis quoque deficientibus vim suam exercuit, agnatisque detulit hæreditatem.

Adgnatum proximum] In primo ordine sufficit, verbi causa, suum esse, nec gradus quæritur: in secundo agnatum esse non sufficit: sed proximitatis sive graduum ratio habetur ex verbis legis duodecim,

cim, §. 5. *inf. hoc tit. l. 2. §. 4. de suis & legit.* in duodecim *adgnatus* proximus, familiam habeto.

Textus.

De agnatis naturalibus.

1. Sunt autem adgnati (ut primo quoque libro tradidimus) cognati per virilis sexus personas cognatione conjuncti, quasi à patre connati. Itaque ex eodem patre nati fratres, adgnati sibi sunt: qui & consanguinei vocantur: nec requiritur, an etiam eandem matrem habuerint. Item patruus fratris filio, & invicem is illi adgnatus est. Eodem numero sunt fratres patrueles, id est, qui ex duobus fratribus procreati sunt, qui etiam consobrini vocantur. Qua ratione etiam ad plures gradus adgnationis pervenire poterimus. Ii etiam qui post mortem patris nascuntur, jura consanguinitatis nanciscuntur. Non tamen omnibus simul adgnatis dat lex hæreditatem: sed iis, qui tunc proximiore gradu sunt, cum certum esse cœperit, aliquem intestatum decessisse.

Notæ.

I. Libro primo] *sup. tit. de legit. agn. tut. in pr.*

Per virilis sexus person. conjuncti] Supple, *nec capite minuti. §. ult. sup. d. tit.* & generali quidem nomine adgnatorum continentur etiam sui, *l. ult. §. 3. de grad. & affin. l. 12. de suis & legit.* In specie autem iis attribuitur, qui ex latere per virilem sexum conjuncti: & specialissimè iis, qui sequuntur consanguineos, id est, fratres ὁμοπατρίους *l. 2. pr. de suis & leg.*

Commentarius.

1. *Modestini locus in l. 5. unde legit. expositus.*
2. *Quod modis nomen agnatorum usurpetur.*
3. *Qui nostris consanguinei: & unde sic appellentur.*
4. *Prærogativa consanguinitatis sublata.*

Cognati per virilis sexus personas] Eodem modo describit adgnatos *lib. 1. tit. de leg. agn. tut. & JC. l. ultim. §. 2. de grad. & affin.* nempe inter cognatos & agnatos hoc interest, quod inter genus & speciem, ut ait Paul. *d. l. ult. §. 4. de grad. & affin.* genus cognati, agnati species cognatorum. Cæterum nomen cognationis non tantum generale est, sed etiam speciale, & proprium eorum, qui vel per fœminei sexus personas conjunguntur, *d. l. ult §. 2.* vel capitis deminutione jus adgnationis amiserunt: quippe ad quos speciali & proprio designandos discernendosque ab agnatis necesse fuit, nomen generale atque utriusque commune coarctare & quasi proprium facere ejus speciei, quæ aliud nomen proprium non invenit: quod in aliis quoque nominibus sæpè usuvenit, ut notavimus *sup. de adopt. §. 1.* eaque significatio frequentissima & in hoc argumento fere perpetua est. Alio autem sensu dixit Modestinus, 1
in agnatis & cognatos contineri, in cognatis non utique & adgnatos *l. 5. unde legit.* nimirum considerans, essentiam generis & speciei. Generis enim essentia tota inest in singulis speciebus: tota vero speciei essentia non est in genere: siquidem, ut Porphyrius *cap. 4. scribit,* διαφορά ἐστιν ᾗ περισσεύει τὸ εἶδος τοῦ γένους, & ibid. Γένος δυνάμει μὲν πάσας ἔχει τὰς τῶν ὑφ' αὐτὸ διαφορὰς, ἐνεργείᾳ δὲ οὐδεμίαν. Adgna- 2
torum quoque nomen modo generalius, modo specialius usurpatur. Generali significatione continentur etiam sui, *d. l. ultim. §. 3. de grad. & affin.* unde filius dicitur patri esse adgnatus proximus, *l. 12. de suis & legit.* Specialiter vero adgnati appellantur, qui ex latere sunt, per virilem sexum conjuncti, ut in præsenti tit. Sed & ex his quidam nacti sunt nomen speciale, vocatique consanguinei, ut fratres & sorores eodem patre geniti: unde altera vocis restrictio, agnatique specialissimè appellati, qui fratres sequuntur, *l. 2. in pr. & §. 1. de suis & legit. l. 4. unde cogn. l. 6. §. 1. ad Tertyll.* quam distinctionem media peperit jurisprudentia.

Qui & consanguinei vocantur] Fratres ὁμοπάτριοι, id est, ex eodem patre nati, consanguinei nostris dicuntur. Gajus *lib. 2. tit. 8. §. 3. l. 3. C. de legit. tut. l. 1. l. 6. C. de legit. hered.* Hinc Virgilius 6. *Æneid.* soporem appellat *lethi consanguineum*, quem Homerus ξ *Iliad.* Κασιγνήτῳ θανάτοιο. Græci ὁμαίμους vocant, teste Theophilo. Dicuntur & σύναιμοι. Sophocles *in Ajac.* τὸν τοῦ μανέντος ξυναίμον ἀποκαλοῦντες, *fratrem furiosi vocantes.* Ita consanguineum interpretaberis *l. 1. §. post suos 9. l. 2. in pr. de suis & legit.* 3

legit. l.1. §. pen. l.6. §.1. l.7. ad Tertyll. l.1. C. ad Orific. l.3. C. de legit. hæred. Cassius consanguineos definit, qui sanguine inter se connexi sunt, *d. l. 1. §. pen. de suis & leg.* quæ definitio nimis lata videtur: nam & cæteri agnati atque adeo cognati omnes sanguine inter se conjuncti sunt. Quin etiam per jus sanguinis sola naturalis cognatio sæpè significatur: ut in *l.2. unde cogn. l.12. de manum. vind. l. 23. de adopt. l.8. de reg. jur.* Necesse igitur est propria quadam ratione fratres eodem patre progenitos isto nomine, alioqui communi, appellatos esse; fortassis quia hi eundem sanguinis auctorem immediatè habent; & quod sanguinis origo magis ex patre æstimanda sit, quam ex matre: quippe cum etiam Peripatetici, si Galeno & recentioribus quibusdam credimus, totum hoc ex patre æstimaverint. Jura igitur consanguinitatis à patre, ut ait Jurisconsultus *l. 4. unde cogn.* oriuntur: qua de causa etiam non refert, eodem patre nati communem matrem habeant, an diversas, *l. 1. C. de legit. hær.* Hodie vero fratres jure solius consanguinitatis prærogativam non habent: sed qui ex utroque parente conjuncti sunt, præferuntur iis, qui conjuncti sunt ex uno duntaxat: nec qui ex eodem solum patre conjunguntur plus juris habent, quam qui eadem tantum matre nati. *Nov. 118. cap. 3. auth. itaque C. comm. de success.* ubi consanguinei appellantur in specie, qui tantum eundem patrem habent; opponuntur enim tam fratribus germanis, quam uterinis. Canonistæ verbo consanguinitatis usi sunt ad significandam omnis generis cognationem, *tit. de consang. & affin.*

Fratres patrueles, qui etiam consobrini] Agnatorum numero sunt & duorum fratrum filii, qui fratres patrueles appellantur, & καταχρηστικῶς consobrini: propriè enim, ut quidam putant, consobrini sunt duarum sororum liberi, ita dicti quasi consororini, *vid. inf. tit. 6. §. 4.* ubi hoc fusius explicabitur. Sed & deinceps cæteri virili sexu ab eodem orti in infinitum invicem agnati sunt; *l 2. §. 1. de suis & legit.* Quemadmodum autem gradus numerentur, docebit nos idem *tit. 6. inf.*

Qui post mortem patris] Etiam qui post mortem patris nascuntur, jura consanguinitatis & agnationis habent, *l. ult. unde legit. l.1. §. pen. de suis & legit.* Cæterum quod ad jus succedendi attinet, necesse est, ut moriente eo, de cujus successione quæritur, in rerum natura fuerint, aut saltem vivo eo concepti, *l.6. cum 2. seqq. de suis & legit. vid. sup. tit. 1. §.8.*

Qui proximiore gradu sunt, &c.] Legitima hæreditas tantum proximo defertur, *l. 2. §.4. de suis & legit.* & diserta sunt verba ipsa legis 12. tabb. *Agnatus proximus familiam habeto.* Æstimatur autem proximus ex tempore delatæ hæreditatis: quapropter si nullum factum est testamentum, proximus intelligitur, qui tunc fuit, cum paterfam. moreretur: si factum est testamentum, qui tunc, cum certum esse cœpit, ex eo testamento hæredem existere non posse. Sed hæc iterum & fusius *§.5. & seq.*

Textus.

De Adoptivis.

2. Per adoptionem quoque adgnationis jus consistit. Veluti inter filios naturales & eos quos pater eorum adoptavit. Nec dubium est, quin ii impropriè consanguinei appellentur. Item si quis ex cæteris adgnatis tuis, veluti frater aut patruus, aut denique is, qui longiore gradu est, adoptaverit aliquem, adgnatus inter tuos esse non dubitatur.

Commentarius.

Adgnatorum nomen civile est, *l. ult. §.4. de grad. & affin.* uti & suorum hæredum. Proinde quemadmodum nihil interest, quoad jus suitatis, utrum naturales sint liberi, an adoptivi: *§.2. prec. tit.* ita quoque quod ad jus adgnationis attinet, nihil refert, utrum nativitate conjuncti sint, an adoptione. Nam & qui adoptatur, iisdem fit agnatus, quibus pater ipsius agnatus fuit, legitimamque eorum hæreditatem consequitur, vel ipsi illius, *l.2. § 3. de suis & legit. l.23. de adopt. Ulp. in collat. Rufin. tit.16. Consanguineos & adoptio facit & adrogatio.*

Impropriè consanguinei] Rectè: nam ex definitione Cassii consanguinei propriè sunt, qui sanguine inter se sunt connexi, *l.1. §. pen. de suis & legit.* hoc est, ut nos interpretati sumus, qui eundem patrem sanguinis auctorem habent: adoptati vero etsi communem cum liberis naturalibus patrem habeant; sanguinis tamen paterni nexu cum istis copulati non sunt. Malè autem ad hoc probandum adducitur ab Hotomanno & Pacio *d. l. 23. de adopt.* quo in loco manifestum est jus sanguinis accipi non pro consanguinitate, sed pro mera cognatione naturali. Cæterum etsi adoptati propriè consanguinei non sunt, jus tamen consanguinitatis, & propter hoc legitimæ successionis, cum aliis, qui sunt in familia, habent *l.1. §. ult. de suis & leg. l.44. de adopt.* atque hujus effectus intuitu etiam fratres adoptivi consanguinei vocantur, *l.2. §. sed & si 19. l.7. ad Tertyll.* Post con-

ſtitutionem Juſtiniani *l. pen. C. de adopt.* ſoli ex adoptivis jus conſanguinitatis & agnationis in familia adoptiva nanciſcuntur, qui adoptati ſunt à perſona non extranea.

Agnatus inter tuos non eſſe dubitatur] Hotomannus *agnatos* legit in caſu accuſandi; quod parum refert. In vulgatis codicibus eſt *inter ſuos hæredes:* ſed illa lectio manifeſtè vitioſa eſt, & vox *hæredes* omnino delenda: quam etiam ab antiquis omnibus codicibus abeſſe teſtatur Hotomannus. Cum eodem pro *ſuos* repoſui *tuos*: quia contextus id flagitat.

TEXTUS.

De maſculis & fœminis.

3. Cæterum inter maſculos quidem agnationis jure hæreditas, etiamſi longiſſimo gradu ſint, ultro citroque capitur. Quod ad fœminas vero attinet, ita placebat, ut ipſæ conſanguinitatis jure tantum capiant hæreditatem, ſi ſorores ſint; ulterius non capiant. Maſculi autem ad earum hæreditates (etiamſi longiſſimo gradu ſint) admittantur. Qua de cauſa fratris tui, aut patrui tui filiæ, vel amitæ tuæ hæreditas ad te pertinebat: tua vero ad illas non pertinebat. Quod ideo ita conſtitutum erat, quia commodius videbatur, ita jura conſtitui, ut plerumque hæreditates ad maſculos confluerent. Sed quia ſane iniquum erat, in univerſum eas quaſi extraneas repelli, prætor eas ad bonorum poſſeſſionem admittit ea parte, qua proximitatis nomine bonorum poſſeſſionem pollicetur: ex qua parte ita ſcilicet admittuntur, ſi neque adgnatus ullus, neque proximior cognatus interveniat. Et hæc quidem lex duodecim tabularum nullo modo introduxit: ſed ſimplicitatem legibus amicam amplexa, ſimili modo omnes adgnatos, ſive maſculos ſive fœminas, cujuſcumque gradus, ad ſimilitudinem ſuorum invicem ad ſucceſſionem vocabat. Media autem juriſprudentia, quæ erat quidem lege duodecim tabularum junior, Imperiali autem diſpoſitione anterior, ſubtilitate quadam excogitata præfatam differentiam inducebat, & penitus eas à ſucceſſione adgnatorum repellebat, omni alia ſucceſſione incognita, donec prætores paulatim aſperitatem juris civilis corrigentes, ſive quod deerat, implentes, humano propoſito alium ordinem ſuis edictis addiderunt; & cognationis lineâ proximitatis nomine introducta, per bonorum poſſeſſionem eas adjuvabant, & pollicebantur his bonorum poſſeſſionem, quæ unde cognati appellatur. Nos vero legem duodecim tabularum ſequentes, & ejus veſtigia hac in parte conſervantes, laudamus quidem prætores ſuæ humanitatis non tamen eos in plenum huic cauſæ mederi invenimus. Quare etenim uno eodemque gradu naturali concurrente, & agnationis titulis tam in maſculis, quàm in fœminis æqua lance conſtitutis, maſculis quidem dabatur ad ſucceſſionem venire omnium adgnatorum: ex agnatis autem mulieribus nulli penitus, niſi ſoli ſorori, ad adgnatorum ſucceſſionem patebat aditus. Ideo nos in plenum omnia reducentes, & ad jus duodecim tabularum eandem diſpoſitionem exæquantes, noſtra conſtitutione ſancimus, omnes legitimas perſonas, id eſt, per virilem ſexum deſcendentes (ſive maſculini generis ſive fœminini ſint) ſimili modo ad jura ſucceſſionis legitimæ ab inteſtato vocari, ſecundum ſui gradus prærogativam: nec ideo excludendas, quia conſanguinitatis jura, ſicut germanæ, non habent.

NOTÆ.

NOTÆ.

Simplicitatem legibus amicam] *sup. §. 7. de fideic. hær.* dicit sibi in legibus magis simplicitatem, quam difficultatem placere.

Sive quod deerat implentes] Th. διορθῶντες, ἢ καὶ τὸ ἐλλεῖπον ἀναπληρῶντες, *aut potius quod deerat implentes.* Quod prætori familiare, *l. 7. de just. & jure.*

COMMENTARIUS.

1. *Quando consanguinitas ab agnatione distingui & quam ob causam cœpta.*
2. *Fœminæ agnatæ non consanguineæ quo ordine vocentur à prætore.*
3. *Quid per mediam jurisprudentiam intelligat Justinianus. Ubi quædam non vulgaria.*
4. *Veteris Jurisprudentiæ contra accusationem Justiniani defensio.*

Locus verbosus. Narratur mutatio juris facta circa legitimam successionem fœminarum agnatarum, & revocatur jus vetustius. Lege duodecim tabb. fœminæ agnatæ juxta ac masculi, cujuscunq; gradus essent, ad legitimam agnatorum hæreditatem vocabantur: quod jus, cum mediæ ætatis consultorum interpretatione coangustatum esset, restrictumq; ad consanguineas, id est, sorores ὁμοπατρίους, exclusis remotioribus, quæ tantum à prætore postea admissæ sunt nomine proximitatis in ordine cognatorum, Justinianus hic restituit. Hæc summa est.

Etiamsi longissimo gradu] Id est, ut plerique interpretati sunt, etiamsi decimo sint gradu, quo terminari putant legitimam agnatorum successionem recte, an secus, videbimus infrà §. *ult. de success. cognat.*

1 *Ut ipsæ consanguinitatis jure*] Hoc est, fraternitatis. Nam ex quo hoc jus introductum est, consanguinitas cœpta est distingui ab agnatione, & consanguinei ab agnatis ulterioribus: & quia post consanguineas muliebris sexus personæ, licet agnatæ essent, non admittebantur, agnatos definierunt esse virilis sexus personas, *l. 2. §. 1. de suis & legit.* duoque quasi ordines ex uno facti: *l. 1. §. 9. d. l. 2. in pr. d. tit. l. 4. unde cogn.* cum antea lex 12. tabb. omnes per virilem sexum cognatos uno agnatorum nomine appellasset, & proximis ex his sine ulla sexus aut consanguinitatis discretione detulisset hæreditatem.

Quia commodius videbatur] Prudentibus visum fuit, utilius esse ac rationi magis consentaneum, ut hæreditates ad masculos potius, quam ad fœminas pervenirent: non tantum quia masculi reipub. magis prosunt, dum aut bella gerunt, aut sacra faciunt, aut muneribus publicis funguntur, quam rationem hic affert Theophilus; aut ne mulieres ditescerent, ac propter hoc elatæ æquarent se viris: verum etiam & potissimum, quia familiæ, quæ in fœminis intereunt, per mares conservantur & propagantur. Ac talis etiam scopus decemviris propositus fuit, dum solis agnatis hæreditatem detulerunt, exclusis cognatis omnibus non ejusdem familiæ.

Proximitatis nomine] Quia cognati non alio jure, quam proximitatis veniunt, & hoc ex edicto prætoris, verbum proximitatis factum est proprium juris prætorii, eoque cognati propriè designantur, non agnati, *l. 3. l. 4. unde cognati.* In suis hæredibus nulla omnino servatur gradus prærogativa. In ordine vero agnatorum etsi proximitas etiam spectatur, dum agnati inter se conferuntur, ea tamen non spectatur, quando conferuntur cum cognatis: quippe quibus omnibus solo jure agnationis præferuntur, etiamsi ipsi longe sint remotiores.

Si neque adgnatus ullus, neque proximior cognatus] Fœminas adgnatas secundo gradu remotiores, quæ jure civili in totum à successione ab intestato repellebantur, postquam iis jus agnationis in ea causa ademptum erat disputatione fori, prætor, ne in universum exclusæ manerent, in linea, quam tertiam ipse fecit, admisit, id est, nomine proximitatis vocavit ad bonorum possessionem unde cognati. Et vero nulla causa fuit, cur has minus in eo ordine admitteret, quam qui tantum cognati sunt. Ait, *neque adgnatus ullus.* Non ait *proximior*, ut mox, cum de cognato loquitur: quia universus agnatorum ordo cognatis simpliciter præponebatur, sine consideratione gradus. Ait, *neque proximior cognatus.* Nam in successione cognatorum, uti quisque proximior est, ita alterum excludit: nec prætor quicquam in deferenda hac bonorum possessione considerat præter solam proximitatem. 2

Media Jurisprudentia] Cujacius & Hotomannus, quos Pacius & Tuningius sequuntur, existimant, Imperatorem ita loqui, cum intelligat νομοθεσίαν seu leges quæ latæ sunt post duodecim tabulas, & videlicet legem Voconiam. Sed à vero longe abest hæc eorum opinio. Nam lex Voconia jam priscis temporibus in desuetudinem abierat, ut apertè testatur *Gell. lib. 20. c. 1.* Jus autem, quod hic media Jurisprudentia introduxisse dicitur, ætate Pauli & Ulpiani adhuc erat in viridi observantia. *Paul. 4. sent. 8. Ulp. tit. de legit. hær. §. fœminas.* Ac diu etiam post obtinuit, adeoque duravit usque ad tempora Justiniani, qui demum post consulatum Lampadii & Orestis id sustulit, *l. pen. C. de legit. hær.* Præterea, ut alibi ostendimus ex Cic. Ascon. Dion. Augustino: lex Voconia sanxerat, ne quis virginem neve mulierem hæredem faceret, ac nec unicam filiam. Quod si ita est, nullo modo referri ad 3

legem Voconiam potest, quod hic adscribitur mediæ Jurisprudentiæ. Nam si Voconius ne filias quidem ad hæreditatem patris admisit, procul dubio magis removit sorores à successione fratrum: & si nec ex testamento fœminas hæredes esse voluit, multo minus ab intestato; quippe plus semper tributum voluntati testatorio, facit §. 12. *sup. tit. 1. l. pen. §. 1. C. de adopt.* Fefellit haud dubie Cujacium idem, quod Hotomannum, nimirum locus Pauli *4. sent. 8.* ubi sic scribit; *Fœmina ad hæreditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur, idque jure civili vel Voconia rogatione videtur effectum. Cæterum lex duodecim tabularum nulla discretione sexus agnatos admittit.* Etenim ex hoc loco non magis colligere possis, rogatione Voconia effectum, ne fœminæ ultra consanguineas ad legitimam successionem admitterentur, quam jure civili, hoc est, disputatione Jurisconsultorum; quæ juris pars, uti constat, communi nomine appellatur jus civile, *l. 2. §. 5. de orig. jur.* Disjuncta enim cum sit Pauli oratio, non minus hoc, quam illo posito, veritas ejus constabit. Ac proinde si verbis Justiniani servientes mediam jurisprudentiam cum Theophilo interpretemur, *τοὺς μετὰ τὴν δυωδεκάδελτον σοφοὺς*, non magis nobis Paulus adversabitur, quam alios juvabit, qui Voconium plebiscitum intelligunt: videturque tantum Jurisconsultus usus esse hac disjunctione, ut sibi caveret; cum id quod de legitima consanguinearum successione, & reliquarum agnatarum exclusione scribebat, alterutro quidem jure effectum sciret, utro autem effectum esset, in præsentia non occurreret, nec vacaret inquirere. Nos vero sine cunctatione juri civili adscribemus, quod tribunitiæ rogationi nullo modo tribui posse clare ostendimus; idque ex ipsius etiam sententia Pauli. Quippe cum in omnibus disjunctionibus à differente significetur, unum saltem verum esse. Et omnino sic sentio, jam diu antequam Voconius legem rogaret, quod factum esse inter secundum & tertium bellum Punicum, testatur Augustinus *3. de civ. Dei c. 21.* prudentum auctoritate atque interpretatione legitimas fœminarum successiones coërcitas fuisse intra gradum consanguinearum. Postea autem lege Voconia fœminas omnes penitus remotas fuisse & ab omni successione. Cæterum cum ea lex, ut nimis rigida, paulatim iterum in desuetudinem abiisset, revocatum denuo fuisse jus pristinum, non quod duodecim tabulæ, sed quod prudentum introduxerat interpretatio. Quæ interpretatio mediæ nomine jurisprudentiæ hic significatur.

Imperiali dispositioni anterior] D. Wesembecius putat, mediam jurisprudentiam viguisse usque ad occupatam à Cæsaribus rempub. Sed malo cum Bachovio eam porrigere usque ad tempora translati in Orientem imperii: tunc enim primum pleraque mutata sunt una cum forma reipub. & vetera instituta exolescere cœperunt. Priores vero Principes majorum institutis constanter inhæserunt, nec nisi parcissimè legibus stante adhuc repub. latis, aut veterum consuetudini, derogarunt. Quin etiam major dignitas juri civili, hoc est, disputationi fori, accessit, ex quo Augustus constituit, ut consulti ex Principis auctoritate de jure responsitarent, legesque interpretarentur, *l. 2. circa fin. de orig. jur.* Quamobrem quod Justinianus hic ait de imperiali dispositione, id ad Imperatores refero Constantinopolitanos.

Laudamus prætores suæ humanitatis] *ἐλλειπτικῶς*, more Græcorum: intelligitur enim *ergo* vel *causa*. Theophilus in paraphrasi reddidit, *ἐπαινεῖ μὲν τῆς φιλανθρωπίας τοὺς πραίτωρας*. Ludat quidem prætores propter humanitatem. Græcis hæc locutio familiaris est. Luc. 16. 8. *ἐπῄνεσεν ὁ κύριος τὸν οἰκονόμον τῆς ἀδικίας*. Eadem reticentia est apud nostros, cum ajunt, *noxa dedere, satis legatorum desiderare, l. 3. §. 2. ut in poss. leg. satis dotis fieri, 22. §. in eos. sol. matrim.* Id est, nomine noxæ, nomine legatorum, dotis. Cic. *5. in Verr. aliquid lucri vel accessionis dare*, i. e. nomine, vice accessionis. Cels. *lib. 1. laudatur Hippocrates artis & facundiæ.*

Quare etenim &c.] Tota vetus jurisprudentia responderet, æquissimum esse, ut plus maribus tribuatur, quam fœminis, propter onera, quæ domi militiæque soli mares sustinent, dum operantur, bellagerunt, munia omnia reipub. obeunt. In bene constitutis civitatibus præcipuam semper familiarum & gentium rationem habitam fuisse, quarum dignitas cum sine opibus & pecunia retineri non possit, optimos quosque legislatores id operam dedisse, ut ad masculos fere hæreditates confluerent, ut solos generis ac nominis conservatores propagatoresque. Sext. Cæcilius Jurisconsultus etiam legem Voconiam revocandam censeret. Diceret, nihil sibi ea lege videri utilius: quippe qua impotenti sexui præclusa sit via omnis perveniendi ad divitias; ne ditatus insolenter sese efferat & insultet ipsis viris. Ideoque merito Marcum Catonem, illum familiæ Porciæ principem & cognomento Sapientem, se illius legis jactare suasorem, &c. Sed noster legislator more suo pro muliebri sexu, cui impense semper favet, declamitat, *l. pen. C. de legit. hær. l. 4. C. de lib. præt.* 4

Nostra constitutione] Extat in *d. l. pen. C. de legit. hær.* ubi similiter, ut hoc loco, legem duodecim tabularum prolixe commendat, utut quæ bene humano generi prospexerit. Cæterum ubi visum est, eam iterum incusat, veluti in *pr. seq. tit.* ubi eam hoc nomine reprehendit, quod nimis angustis terminis jura successionis concluserit. Tandem longissime ab ea recessit, sublata omni agnatorum prærogativa.

Secun-

Secundum sui gradus prærogativam] Ita ut ex constitutione Justiniani fœminæ omnes agnatæ gradu proximiores agnatis masculis remotioribus præferantur. In quo plenius ipsis consuluit, quam prætor, qui agnatas remotiores consanguineis ne in ordine quidem agnatorum admisit, sed demum post omnes agnatos vocavit, ordine tertio inter cognatos & post cognatos proximiores. Ut autem hic utrumque sexum in suo ordine exæquavit Justinianus, ita *d. Nov. 118.* jura agnationis & cognationis.

Textus.

De filiis sororum.

4. Hoc etiam addendum nostræ constitutioni existimavimus, ut transferatur unus tantummodo gradus à jure cognationis in legitimam successionem; ut non solum fratris filius & filia (secundum quod jam definivimus) ad successionem patrui sui vocentur: sed etiam germanæ consanguineæ vel sororis uterinæ filius & filia soli, & non deinceps personæ, una cum his ad jura avunculi sui perveniant: & mortuo eo, qui patruus qvidem est sui fratris filiis, avunculus autem sororis suæ soboli, simili modo ab utroque latere succedant, tanquam si omnes ex masculis descendentes legitimo jure veniant, scilicet ubi frater & soror superstites non sunt. His etenim personis præcedentibus & successionem admittentibus cæteri gradus remanent penitus semoti, videlicet hæreditate non in stirpes, sed in capita dividenda.

Notæ.

Vel uterinae filius] Ipsi fratres & sorores uterini jam ante editam *d. l. pen.* translati fuere in ordinem legitimorum, *l. ult. C. ad SC. Tertyll.* quod repetitum postea *l. ult. §. 2. Cod. de leg. hæred.*

Sed in capita] Ut puta duos fratres habui, quorum unus unum filium reliquit, alter duos; hæreditas mea in tres partes dividetur, quarum singuli singulas ferent, *l. 2. §. 2. de suis & leg.* Ulp. *tit. 26. §. 3.* Nec id abolitum *d. Nov. 118. c. 3. §. 1.* Utique in Oriente observatum constat. Harm. *lib. 5. tit. 8. §. 21.*

Commentarius.

1. *Fratres germani.*
2. *Fratres uterini, eorumque & ex iis natorum in ordinem legitimorum translatio, novissimique juris crebra inculcatio.*

IN calce superioris tit. descendentes ex fœminis transtulit in ordinem suorum: proxime præcedenti §. fœminis agnatis ultra secundum gradum jura successionis legitimæ restituit. Hic etiam cognatos aliquos ex tertio ordine accersitos transponit in ordinem agnatorum, sororum scilicet filios & filias, itemque avunculos defuncti, quos pariter cum agnatis ejusdem gradus vult succedere. Non quiescet, donec discrimen omne sexus, agnationis, cognationisque confuderit.

Addendum nostra constitutioni] Duo sunt constitutionis supradictæ, & scilicet *l. pen. C. de leg. hær.* capita, quorum in priore fœminis agnatis, quotocunque gradu sint, jus legitimæ successionis datur, in altero sororum filiis & avunculis defuncti.

Unus tantummodo gradus] Tertius scil. In ulterioribus enim cognationis gradibus adhuc retinet ordinem antiquum, ut post agnatos demum cognati tertio gradu remotiores veniant. Cæterum *Nov. 118.* cognatis omnibus æqualia jura cum agnatis concessit. 1

Germanæ consanguineæ, vel sororis uterinæ filius] Ἀδελφῆς ὁμοπατρίας ἤγουν ὁμομητρίας υἱὸς, sororis consanguineæ vel uterinæ filius. Theoph sic in extremo §. præcedentis germanam appellat etiam quæ ex eodem tantum patre nata est. Vulgo tamen creditur, fratres germanos proprie dici, qui eundem utrumque parentem habent. Terent. *in Andr. Si te in germani fratris dilexi loco.* Idem *in Adelph. Omi Æschine, ô mi germane.* Magis id probat locus Ciceronis 1. *de divinat. Clodius cum sorore germana nefarium stuprum fecit.* Ubi *germana* expressum videtur ad augendam gravitatem delicti; cum grandius nefas admittat, qui sororis ex utroque parente conjunctæ stuprum infert, quàm qui consanguineæ tantum, aut uterinæ. Nomen à germine deductum Festus scribit; *Germen,* inquit, *est, quod ex arborum surculis nascitur: unde & germani, quasi eadem stirpe geniti.* Græcis dicuntur αὐτάδελφοι αὐτοκασίγνητοι. Podarces αὐτοκασίγνητος Protesilai. *Iliad. 13.*

Vel sororis uterinæ] Fratres & sorores uterini qui dicantur satis notum est, nimirum qui geniti diverso patre prodierunt ex eodem utero, sive qui eandem habuerunt matrem duntaxat, ὁμομήτριοι seu ὁμογάστριοι. Sic autem hic loquitur Imperator quasi ipsa soror uterina sit in numero legitimorum. Estne igitur? Jure antiquo sane non fuit, cum non sit agnata: & constat, eo jure filium fratris præmortui sororem defuncti uterinam exclusisse, agnatosque adeo omnes, quantumvis gradu remotissimos, ordine tamen

men potiores fuisse solis cognatis. Sed sciendum est, ab ipso Justiniano jam ante editam *l. pen. C. de leg. hær.* fratres & sorores uterinos translatos fuisse in ordinem legitimorum, *l. ult. c. ad sen. Tertyll.* quod repetitum postea *l. ult.* §. *2. C. de leg. hær.*

Soli, & non deinceps] Solos nunc filios & filias sororis, qui in tertio cognationis gradu sunt, cum agnatis ejusdem gradus ad legitimam successionem vocat, non ulteriores cognatos. *Nov. 118.* omnes pari jure, ut jam dictum est.

Avunculus autem sororis suæ soboli] Finge igitur, esse defuncto, de cujus hæreditate agitur, filium fratris, esse & filium sororis, præterea patruum & avunculum: hic cognati, filius sc. sororis & avunculus defuncti, una cum agnatis, fratris filio & defuncti patruo, ad hæreditatem jure legitimo venient. In *d. Nov.* 118 fratrum & sororum filii patruis & avunculis defuncti etiam præferuntur.

Frater & soror superstites non sunt] Hoc quoque mutatum jure novissimo, unaque cum fratribus & sororibus defuncti admissi germanorum fratrum & sororum filii & filiæ jure repræsentationis, ut in stirpes veniant, *d. Nov. 118. c. 3. Nov. 127. c. 1.* Eodem jure non solum fratres germani, sed etiam eorum demortuorum filii; præferuntur fratribus defuncto conjunctis ex uno latere tantum.

Successionem admittentibus] Repudiantibus enim vel deficientibus primis succedunt & admittuntur proximi graduum sequentium. De quo sub §. *pen. inf. eod.*

Non in stirpes sed in capita] Ut hæreditas in tot partes distribuatur, quot sunt hæredes: ut puta; duos fratres habui, quorum unus unum filium, alter duos reliquit: hæreditas mea in tres partes dividetur, quarum singuli singulas ferent, *l. 1. 2. de suis & legit. Ulp. tit. 26.* §. *3.* Ratio cur in capita fiat divisio, hæc est, quod omnes, ut pari gradu sunt, ita suo quoque jure atque ex sua persona veniant, non jure repræsentationis aut successionis in locum parentum: cum alioqui simul cum suis patruis & avunculis admitti deberent, ut nepotes admittuntur ad hæreditatem avi una cum filiis, & quemadmodum eos jure Novellarum admitti, & tunc in stirpes succedere jam diximus. An autem eodem jure fratrum filii, etiam cum soli sunt, in stirpes succedere debeant, quod Joannes voluit, an vero in capita, ut olim, quod Azoni placuit, videbimus *inf. sub tit. 5.*

TEXTUS.

De proximis vel remotis.

5. Si plures sint gradus adgnatorum, aperte lex duodecim tabularum proximum vocat. Itaque si (verbi gratia) sint defuncti frater, & alterius fratris filius, aut patruus, frater potior habetur. Et quamvis singulari numero usa lex duodecim tabularum proximum vocet: tamen dubium non est, quin si plures sint ejusdem gradus, omnes admittantur. Nam & proprie proximus ex pluribus gradibus intelligitur: & tamen non dubium est, quin, licet unus sit gradus agnatorum, pertineat ad eos hæreditas.

COMMENTARIUS.

Lex duodecim tabb. proximum vocat] Hisce verbis; *Agnatus proximus familiam habeto. l. pronuntiatio 195.* §. 1. *de verb. sign. Ulp. tit. 26.* Voluit ergo lex, in ordine agnatorum servari gradus prærogativam, & solos proximos hæreditatem capere; eaque causa est, cur inter agnatos semper in capita, non in stirpes, hæreditas dividatur, *l. 2.* §. *2. de suis & legit.*

Frater potior habetur] Nimirum quia frater secundo gradu est, fratris filius tertio: solum autem proximum lex vocat. Eadem ratione soror quoque defuncti consanguinea vincit, atque excludit alterius fratris defuncti filios, *l. 3. C. de leg. hær.* Cæterum, ut etiam dictum est §. *præced.* Justinianus *Nov. 118.* concessit fratrum filiis beneficium repræsentationis.

Si plures sint ejusdem gradus, omnes admittantur] Lex duodecim numero singulari proximum vocat, non quod, si plures sint pari gradu, neminem admitti voluit, quod esset ridiculum: sed quia divinare non potuit, quot quisque agnatos relicturus esset. Quod si ergo plures sint ejusdem gradus, ex mente legis omnes æqualiter admittuntur *l. 2.* §. *2. de suis & legit.* Simili modo cum lex agnato proximo tutelã defert, si plures sint eodem gradu agnati, pariter omnibus deferre intelligitur, *l. 8. l. 9. de legit. tut.* §. *ult. sup. de cap. dem.*

Proprie proximus ex pluribus gradibus] Proximus enim dicitur relative ad differentiam remotiorum, eumque significat proprie, qui inter plures diversorum graduum proximiore est, *l. 1.* §. *5. und. cogn.* Sed docet hic Imperator, verbum hoc captandum non esse; atque ex sententia legis, etiamsi unus tantum gradus agnatorum sit, ad eos hæreditatem pertinere: quemadmodum & Ulp. *d. l. 2.* §. *4. de suis &*

& legit. qui sic eo loco scribit ; *Legitima hereditas tantum proximo defertur. Nec interest, unus solus sit, an ex duobus prior, pluribusve, an duo pluresve ab eodem gradu venientes, qui vel cateros antecedant, vel soli sint: quia & is proximus est, quem nemo antecedit: & is ultimus, quem nemo sequitur; & interdum idem primus postremusque, qui solus occurrit, add. l. 1. §. 5. unde cogn l. proximus 92. l. proximi 155. l. in vulgari 162. de verb. sign.*

TEXTUS.

Quo tempore proximitas spectatur.

6. Proximus autem, si quidem nullo testamento facto quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo mortuus est is, cujus de hereditate queritur. Quod si facto testamento quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo certum esse cœperit, nullum ex testamento heredem extiturum. Tunc enim proprie quisque intestatus decessisse intelligitur. Quod quidem aliquando longo tempore declaratur. In quo spatio temporis sæpe accidit, ut proximiore mortuo, proximus esse incipiat, qui moriente testatore non erat proximus.

COMMENTARIUS.

1. Tempus delatæ ab intestato hereditatis non semper unum esse & idem.

CUm quæritur quo tempore spectandum, sive an quis suus sit, sive an proximus agnatus cognatusve, dicendum quidem est, semper spectari tempus
1 delatæ ab intestato hæreditatis. Cæterum hoc tempus non semper unum est & idem. Interest enim utrum is, de cujus bonis quæritur, nullo testamento facto decesserit, (quod tunc quoque intelligitur, cum aut non jure fecit, aut quod fecit ipso adhuc vivo eversum est) an facto jure testamento, quod demum post mortem ejus in irritum constituatur. Priore casu proximum eum accipi placet, qui tunc fuit, cum paterfam. moreretur; quia hic tempus delatæ hæreditatis cum tempore mortis concurrit: posteriore eum, qui tunc est, cum testamentum deseritur: quia mortuo patref. testamento facto, non ante hæreditas ejus ab intestato deferri incipit, quam certum est, neminem ex eo testamento hæredem extiturum, *l. 2. §. 5. & 6. de suis & legit. l. 1. §. 6. & 7. unde cogn.* Ulberius hæc exposuimus sub §. 7. *superioris tit.*

Tunc enim proprie quisque intestatus] D. Contius legit; *Tunc enim etiam proprie* &c. quomodo Ulpian *l. 1. pr. de suis & legit.* eum etiam, cujus ex testamento hæreditas adita non est, ait, non improprie intestatum decessisse. Sed Justinianus tantummodo indicare voluit differentiam, quæ sit in proposito inter eum, qui testamentum non fecit, qui protinus intestatus moritur, & eum, qui fecit testamentum, qui ex eo demum tempore, quo testamentum ejus destitutum est, intestatus decessisse intelligatur.

Qui moriente testatore non erat proximus]. Sit species hujusmodi. Fecit quis testamentum, cum haberet patruum & patrui filium; deliberante hærede scripto patruus decessit: mox hæres institutus repudiavit hæreditatem; patrui filius admittetur, *l. 2. §. 55. de suis & legit.* quo loco quod Ulp. ait, interdum ulteriorem agnatum admitti, ulteriorem accipi constat, non qui ulterior sit, quo tempore admittitur, sive tempore destituti testamenti: sed anaphorice, qui erat ulterior cum patruelis moreretur.

TEXTUS.

De successorio Edicto.

7. Placebat autem, in eo genere percipiendarum hereditatum successionem non esse: id est, ut quamvis proximus, qui secundum ea, quæ diximus, vocatur ad hereditatem, aut spreverit hereditatem, aut antequam adeat, decesserit, nihilo magis legitimo jure sequentes admittantur. Quod iterum prætores imperfecto jure corrigentes, non in totum sine adminiculo relinquebant, sed ex cognatorum ordine eos vocabant, utpote agnationis jure eis recluso. Sed nos nihil perfectissimo juri deesse cupientes, nostra constitutione, quam de jure patronatus humanitate suggerente protulimus, sancimus, successionem in adgnatorum hereditatibus non esse eis denegandam: cum satis absur- dum

dum erat, quod cognatis à prætore apertum est, hoc agnatis esse reclusum; maxime cum in onere quidem tutelarum & primo gradu deficiente sequens succedit; & quod in onere obtinebat, non erat in lucro permissum.

Commentarius.

1. *Olim in legitimis hæreditatibus successionem non fuisse, & quamobrem.*
2. *Quomodo accipiendum, quod dicitur, successionem non esse in suis hæredibus: & num id postea mutatum.*
3. *Cur Imperatori visum, successionem in agnatorum hæreditate admitti.*

1 Jure antiquo in legitimis hæreditatibus non erat locus successioni, hoc est, proximo repudiante vel deficiente ad insequentem agnatorum gradum ex lege hæreditas non transmittebatur. *Ulp. tit 26.* §. *4.* & ideo, fratre verbi causa decedente antequam adiret aut repudiaret hæreditatem, fratris filius admitti non poterat. *Paul. 4. sent. 8.* Atque hoc est, quod scribit idem *Ulp. l. 2. in pr. de suis & leg. Si sint consanguinei, licet non adierint hæreditatem, legitimis,* id est, agnatis remotioribus, *non deferri.* Rationem hujus juris suggerit *Paul. d. loc.* quia omnis successio proximiori defertur, hoc est, quia lex 12. tabularum hæreditatem defert agnato proximo, & tantum semel, ut unica illa delatione potestate legis consumpta, gradus insequens, cui lex non defert, legitimo jure admitti non possit. Nimirum sic primis deferebatur, ut in horum persona consisteret jus percipiendæ hæreditatis. Quod si illi hæreditatem omisissent, aut non adiissent morte præventi, sequentibus gradibus non deferebatur, sed vacabat hæreditas, eoque redibat ad fiscum, ut cætera bona vacantia. Quod jus Imperator hic abrogat data legitimis hæredibus successione exemplo cognatorum.

In eo genere] In secundo scilicet ordine hæredum, in quo vocantur agnati. Quanquam nec in suis hæredibus successio est, teste *Ulp.* l. 1. §. *sciendum 8. de suis & legit.* ubi scilicet agitur de gradibus ejusdem lineæ, de filio & nepote ex eo; ut postquam filio semel delata est hæreditas, nepoti ut suo hæredi aut agnato non deferatur, *l. ult. C. unde lib.* alioqui constat, nepotes in locum patris sui præmortui succedere, & una cum liberis primi gradus admitti ad hæreditatem avi. Putant autem plerique etiam, *d. l. ult.* correctam esse per hunc §. aut certe per *Nov. 118. c. 1.* sed contrarium teste Jasone tenuerunt Ultramontani & DD. Bononienses, quorum sententia mihi videntur ex ratione juris communis verior.

Nihilo magis legitimo jure sequentes] Quid si plures sint eodem gradu agnati, & quidam ex his omiserint hæreditatem, vel morte vel alia ratione impediti fuerint, quominus adirent? Reliquis, qui adierint, illorum portio accrescit: & licet decesserint, antequam accresceret, ad hæredes tamen eorum pertinet, *l. 9. de suis & legit.* §. *ult. inf. de sen. Orfic. Ulp. tit. 26.* §. 4. 1

Ex cognatorum ordine eos vocabant] Edicto successorio, *l. 1. de success. edict.* Observabat autem prætor in eo ordine gradus prærogativam; v. c. Titius intestato decessit relicto fratris filio, itemque filio sororis, & alterius fratris nepote: repudiante hæreditatem fratris filio, nepos alterius fratris ad hæreditatem legitimam non admittitur; sed nec ut cognatus ad bonorum possessionem, quia obstat filius sororis cognatus proximior.

Adgnationis jure eis recluso] *Recluso* dixit pro occluso; ut & iterum postea, *hoc adgnatis esse reclusum,* contra auctorum loquendi consuetudinem, quibus recludere est, quod clausum erat, aperire, reserare. Virg. 8. *Æneid. Infernas reseret sedes & regna recludat. Horat. lib. 3. carm. od. 2. Virtus recludens immeritis mori Cœlum,* &c. Justinus tamen *lib. 1.* de pellicibus regiis loquens, dicit singula separatim *recludi,* pro *occludi. In l. pen. C. de legit. hæred. recluditur* dixit Justinian. pro *excluditur,* cum ait, *Germana ejus ab eadem successione recluditur.*

Constitutione nostra] Constitutionis hujus de jure patronatus meminit etiam *inf. tit. 7. in pr.* & multis aliis in locis: sed desideratur. Hac autem constitutione inter alia hoc cautum, ut agnato proximo hæreditatem sibi delatam repudiante, admitterentur ex eodem ordine gradus sequentes exclusis cognatis etiam proximioribus; atque ita auctius factum est jus agnatorum. Hodie vero nullus est hujus beneficii usus, postquam cognati per omnia agnatis exæquati. *Nov. 118. c. 4.*

Quod cognatis à prætore apertum] Duas rationes affert Imperator, cur in agnatorum hæreditatibus locum esse velit successioni. Prima est, quæ hic redditur, quia prætor eam admisit in ordine cognatorum, *l. 1.* §. *qui semel 6. &* § *quibus 10. de success. edict.* & ut verum fatear, mera quædam juris subtilitas est, quod proximiore agnato deficiente ulterior admitti non possit. 3

Maxime cum in onere tutelarum] Ratio altera, & argumentatio ab onere ad emolumentum. Si in onere tutelæ, quam ad cognatos ideo pertinere ipsa lex 12. tabb. voluit, quia eosdem vocavit ad hæreditatem, successioni locus est, & proximiore agnato vel mortuo vel capite minuto, qui post eum est, in administratione succedit; *l. 3.* §. *pen. de leg. tut.* justum & æquum

& æquum est, ut eodem modo deficiente priore, qui sequitur, emolumento potiatur hæreditatis, juxta *l. 10. de reg. jur.*

TEXTUS.

De legitima patronorum successione.

8. *Ad legitimam successionem nihilominus vocatur etiam parens, qui contracta fiducia filium vel filiam, nepotem vel neptem, ac deinceps, emancipat. Quod ex nostra constitutione omnino inducitur, ut emancipationes liberorum semper videantur quasi contracta fiducia fieri: quum apud veteres non aliter hoc obtinebat, nisi specialiter contracta fiducia parens manumisisset.*

NOTÆ.

EX NOSTRA CONSTIT.] *l. ult. C. de emanc. lib.* ubi imaginarias antiquæ emancipationis solennitates sustulit, saluo tamen jure patris manumissoris, ubi scil. nihilominus tanquam patronus ad legitimam hæreditatem filii vocetur, *d. §. 6. sup. quib. mod. jus pat. pot.* Sed hodie parens manumissor jure patroni in commodo hæreditatis non amplius utitur. *Nov. 118. c. 2.*

COMMENTARIUS.

1. *Filiumfa. hæredem ab intestato non habuisse usque ad constitutionem Leonis & Anthemii.*
2. *Quo loco ex ea constitutione pater vocetur, & quo ex Nov. 118.*
3. *Quo jure olim pater, ut pater, successerit filio emancipato.*

TRactatur hic de legitima successione parentis, non quatenus ut parens consideratur, sed quatenus ut manumissor patronus. Quo ordine pater filio olim successerit, non satis liquet. Illud constat,
1 in filiofa. hujusmodi quæstioni locum esse non potuisse jure illo veteri, quo filius omnia patri acquirebat. Ac licet postea exceptum fuerit peculium castrense, & paulatim etiam quasi castrense, permissumque filiofa. in his bonis hæredem sibi testamento instituere: jus tamen vetus hactenus patri conservatum fuit, ut si filius intestatus decessisset, bona ista pater jure peculii occuparet, *l. 2. l. 9. de castr. pec.* Hoc igitur causa manebat adhuc eadem conditio bonorum castrensium, quæ reliqui peculii. Atque huc usque filiusfa. hæredem ab intestato habere non potuit: sed habere posse demum cœpit posterioribus temporibus, cum liberis concessa fuit proprietas bonorum maternorum & materni generis, & de veteri illo jure patrio multa detracta sunt. Extat constitu- 2
tio Leonis & Anthemii *l. 4. C. de bon. quæ lib.* qua res liberorum defunctorum primo eorum liberis deferuntur: si nulli sint liberi, fratribus & sororibus: si hi quoque desint, tertio loco parentibus: nec ergo jam amplius tanquam peculium, sed ut hæreditas. Eadem procul dubio ratio succedendi fuit & in bonis castrensibus. Nam si bona adventitia, quorum usumfructum tamen habebat, pater jure peculii occupare non poterat, omnino credibile est nec potuisse castrensia. Quod & ipsum satis aperte testatur Justinianus in *princ. tit. quib. non est perm. fac. test. lib. 2.* cum ait, si filiifam. qui castrense peculium habent, intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus superstitibus, id ad parentes eorum jure communi pertinere: jure communi, hoc est, jure hæreditario ex posteriorum Principum constitutionibus: nam si jure peculii ad patrem pertineret, nemo patri præferri posset, nec cuiquam hæreditario jure deferri. De quo in explicatione *d. loc.* fusius disseruimus. Novella 118. parentes sine discretione sexus aut potestatis vocantur ad legitimam hæreditatem in ordine secundo, cum quibus tamen simul admittuntur fratres ex utroque latere defuncto conjuncti. Ad filium vero emancipatum quod attinet, planum quidem 3
est, patri manumissori legitimam intestati hæreditatem delatam fuisse: at quo jure quove loco successerit ut pater, non item. Habuisse patrem jus succedendi, patet, ex eo, quod præteritus suo jure de inofficioso agere potuit, *l. 1. §. ult. si à par. quis man. l. 14. de inoff.* quod utique nemo potest, nisi qui jus succedendi ab intestato habet: & tamen jure civili hæredem eum esse non potuisse, argumento est, quod eo jure ad hæreditatem tantum sui hæredes, & his non existentibus agnati vocantur: pater autem neque suus est, neque agnatus filio emancipato. Dices, à prætore admissum ad bonorum possessionem. Ex quo ergo capite? unde legitimi, an unde cognati; Si unde legitimi, debuit excludere fratres & sorores, qui ad bonorum possessionem fratris sui emancipati ex alio capite venire non potuerunt, quam unde cognati. Sed etsi unde cognati dicas: adhuc tamen pater jure proximitatis præferri debuit defuncti fratribus. Atqui contra pater à fratribus exclusus fuit, *l. 2. C. ad sen. Tertyll.* Rursus si unde cognati dicas, mater una cum patre vocari debuit, & post Senatusconsultum Tertyllianum, ex quo mater ex capite unde legitimi vocata fuit, etiam patri or-

dine præferri, *l. 2. §. ult. unde legit.* At pater in petenda bonorum possessione matri prælatus fuit etiam post illud Senatusconsultum, *l. 10. de suis & legit. l. 2. §. objiciuntur 15. ad sen. Tert. §. 3. inf. eod. tit.* Ego sic existimo, patrem olim admissum fuisse ex capite unde cognati, cognatisque omnibus nomine proximitatis prælatum, & jure patris etiam matri: quod jus ei expresse reservatum fuerit Senatusconsulto, dictamque *l. 2. C. ad sen. Tertyll.* à Triboniano interpolatam accommodatamque ad jura recentiora, & nominatim ad *l. 4. C. de bon. quæ lib. & l. 11. C. comm. de success.*

Qui contracta fiducia, &c.] Id est, qui liberos ex pacto fiduciæ sibi emancipatos manumittit. Nam inventis ad usurpationem vetustatis in emancipatione liberorum imaginariis illis venditionibus & manumissionibus, de quibus in *§. præterea 6. sup. quib. mod. jus pat. solu.* solebat plerumque pater naturalis fiduciam cum emptore imaginario contrahere de liberis sibi remancipandis, quos ipse deinde manumittebat, eoque facto ipse pater in eos eorumque bona jura patroni consequebatur, *tit. si á par. quis man.* Cæteroquin omnis emancipatio fiebat contracta fiducia, hoc est, ea lege & fide saltem interposita, ut liberos sibi traditos, emptor manumitteret: qui ob id dicebatur fiduciarius, teste Gajo *lib. 1. tit. 6. §. 3.*

Semper videantur quasi contracta fiducia fieri] Justinianus imaginarias illas antiquæ emancipationis solemnitates sustulit, *l. ult. C. de emanc. lib.* salvo tamen jure antiquo patris manumissoris, ut scilicet adhuc ad legitimam hæreditatem filii vocetur, cæteraq; jura patroni consequatur, perinde ac si contracta fiducia eum emancipasset. Parum autem subtiliter loquuti sunt Compositores, cum ajunt, emancipationem ex constitutione Justiniani semper intelligi fieri contracta fiducia: Cur enim, aut quomodo fieri videri volunt, quod penitus sublatum est? Jure Novellarum parens manumissor jure patroni, quoad commodum hæreditatis, non amplius utitur, *arg. Nov. 118. c. 2.*

TITULUS III.

D. lib. 38. tit. 17. C. lib. 6. t. 56.

De senatusconsulto Tertylliano.

Argumentum hujus & sequentis tituli.

HOc titulo docet Imperator, quando & quomodo mater ad liberorum suorum intestatorum legitimam hæreditatem vocetur: in sequenti, quando & quomodo illi matri intestatæ succedant.

TEXTUS.

De lege 12. Tab. & jure Prætorio.

Lex duodecim tabularum ita stricto jure utebatur, & præponebat masculorum progeniem; & eos, qui per fœminini sexus necessitudinem sibi junguntur, adeo expellebat, ut ne quidem inter matrem & filium filiamve ultro citroque hæreditatis capiendæ jus daret: nisi quod prætores ex proximitate cognatorum eas personas ad successionem bonorum, possessione unde cognati accommodata, vocabant.

COMMENTARIUS.

NE *quidem inter matrem & filium*] Ait, lege duodecim tabularum ne inter matrem quidem & filium filiamve jus ultro citroque capiendæ hæreditatis concessum fuisse. Quod verum est. Nam lex ista duos duntaxat ordines hæredum ab intestato fecerat, suorum sc. hæredum, & agnatorum. Mater autem & liberi nec sui hæredes invicem sunt, nec agnati. Cognati quidem invicem sunt, sed cognati nulli à lege vocantur.

Nisi quod prætores ex proximitate] Pro *nisi* utendum erat conjunctione discretiva, *cæterum*, aut *sed*: ne quis putet, ex præscripto legis quod prætores fecerunt. Sensus enim est, prætorem more suo rigorem legis antiquæ mitigasse, & quod poterat, matrem & liberos, qui hæredes invicem ex lege non erant, invicem sibi fecisse bonorum possessores, ad mutuam successionem eos vocando in ordine cognatorum, quem ipse solius proximitatis & sanguinis ratione introduxit & tertium fecit.

TEXTUS.

De Constitutione Div. Claudii.

1. *Sed hæ juris angustiæ postea emendatæ sunt. Et primus quidem divus Claudius matri ad solatium liberorum amissorum legitimam eorum detulit hæreditatem.*

COMMENTARIUS.

HÆ *juris angustiæ emendatæ*] Hoc est, ipsi legi 12. tabb. postea derogatum est, & quod prætor facere non poterat, jus legitimæ hæreditatis etiam matri liberis datum Senatusconsultis: ac dehinc

cum

cum antea demum post omnes agnatos à prætore vocarentur ad bonorum possessionem, vocari cœpti sunt ordine secundo ex capite *Unde legitimi. l. 2. §. ult. unde legit.*

Primus D. Claudius] De Claudio nihil apud alios reperitur, quod quidem ad rem propositam facere videatur, nisi huc referas, quod Suetonius scribit, eum fœminis dedisse jus quatuor liberorum: quod etsi quid significet, obscurum est, opinor tamen, eum intelligere jus liberis succedendi, cujus hic fit mentio: quod quidem Claudius primus matribus dedit; cæterum non omnibus, verum iis duntaxat, quæ quater peperissent. Sane accipi non potest pro jure liberorum, quod olim à Principibus pro beneficio datum fuit orbis, ad evitandas pœnas legis Papiæ: quarum una erat, quod solidum capere non poterant: quod indicatur à Juvenale *satyr. 9.*

Jura parentis habes, propter me scriberis hæres,
Legatum omne capis, nec non & dulce caducum.

Adulterum inducit Poëta, qui maritum hoc sibi beneficium debere ait, quod pœnas orbitatis lege Papia constitutas jam non patiatur, sed solidi capiendi jus habeat: quippe cum maritus ipse liberos ex uxore suscipere non posset, vicem ejus supplesse, & inde liberos natos.

Ad solatium liberorum amissorum] Ut hoc quali-quali solatio luctum amissorum liberorum levaret: quomodo Pompon. *l. 6. de jur. dot.* patri succursum esse scribit, ut filia amissa dos ab eo profecta ei redderetur, ne & filiæ amissæ & pecuniæ damnum sentiret. Hotomannus & Tuningius putant, per amissos significari eos, qui in acie ceciderunt.

Textus.

Ad Senatusconsultum Tertullianum. De jure liberorum.

2. Postea autem Senatusconsulto Tertylliano, quod divi Adriani temporibus factum est, plenissimè de tristi successione matri, non etiam aviæ deferenda, cautum est: ut mater ingenua trium liberorum jus habens, libertina quatuor, ad bona filiorum filiarumve admittatur intestato mortuorum, licet in potestate parentis sit: ut scilicet cum alieno juri subjecta est, jussu ejus adeat hæreditatem, cujus juri subjecta est.

Notæ.

1. De tristi successione matri] Ut ad quam summus mœror turbato ordine morte filii pervenit, ad eandem quoque luctuosa hæreditas perveniret.

Licet in potestate parentis] *l. 6. C. ad SC. Tertyll.* Commodum tamen omne hæreditatis hoc casu acquirebat patri: hodie vero mater proprietatem, avus usumfructum habet, per *l. 6. C. de bon. qua lib.*

Commentarius.

Divi *Adriani temporibus*] Zonaras *lib. 2.* testatur, hoc Senatusconsultum factum esse divo Pio auctore: quod & fasti confirmant, in quibus post Barbatum & Regulum consules ponuntur Tertyllus & Sacerdos; quo tempore jam annos viginti Antoninus Pius rei Romanæ præfuerat. Ergo divum Adrianum hic accipiemus non patrem, sed filium, Antoninum sc. Pium, qui jure adoptionis idem cum patre nomen sortitus est, & Adrianus quoque appellatus. Sic epistola vulgo Adriani dicta, qua pluribus unius rei fidejussoribus beneficium divisionis datum est, divo Pio tribuitur *l. si testamento 49. §. 1. in fin. de fi. ejuss.* Ob eandem rationem Adrianus quoque Trajani nomine sæpè appellatur. Cujac. hic.

Plenissimè de tristi successione] Plenissimè, id est, diligentissimè; accuratè enim de hac successione Senatusconsulto cautum, definitumque, qui cum matre concurrant, quos ipsa, vel qui ipsam excludant, quid matri faciendum incumbat, &c. *Vid. l. 2. hoc tit.* *Tristi successione:* luctuosam hæreditatem appellat *l. ult. C. de inst. & subst.* scilicet quia obvenit contra votum matris, quæ velit & optet liberos suæ superesse vitæ sospites & superstites.

Non etiam aviæ] Senatusconsultum Tertyllianum matri tantum filiorum filiarumve hæreditatem detulit, non aviæ aut ulterioris gradus adscendentibus nepotum neptumve aut deinceps descendentium. Unde petenda ratio *l. 9. C. de legit. hær.* quæ in successione intestatæ sororem præfert aviæ; nimirum consanguineam: nam ex edicto unde cognati aviam cum uterina, ut gradu parem, simul admissam fuisse non est dubitandum. Credibile autem est, ob juris veteris reverentiam tunc ultra primum gradum processum non esse: ulterius tandem progressus est Justinianus. *Nov. 118.*

Ingenua trium liberorum, libertina quatuor] Hoc quoque veterum legum venerationi datum videtur, quod Senatus non simpliciter matribus omnibus, sed quæ multos cives reipub. peperissent, prospexit: & nimirum ingenuis, quæ ter, libertinis civibus

Romanis, quæ quater enixæ essent, dummodo vivos & pleni temporis. Reliquæ ex Senatusconsulto succedunt, nisi jus liberorum à Principe consecutæ sint, *Paul. 4. sent. 9. in pr. & fin. Ulp. tit. 26. §. ult.*

Intestato mortuorum] Igitur necesse est, ut liberi defuncti, quorum de successione agitur, fuerint sui juris: nam qui in potestate sunt, jure antiquo nullo casu hæredem ab intestato habere potuerunt, ne in bonis quidem castrensibus, ut demonstravimus sub §. *ult. præc. tit.* Hodie vero id secus est: nam ex *Nov. 118.* mater proprio jure succedit, & vel sola, vel cum patre & fratribus defuncti, ut jam nullus amplius hujus Senatusconsulti usus sit.

Licet in potestate parentis] Quominus mater ad hæreditatem ex Senatusconsulto admitteretur, non impediebat, quod in aliena erat potestate, *l. 6. C. hoc tit.* quamvis hoc casu nihil admodum emolumenti ad eam perveniret, sed avo magis, cui commodum omne hæreditatis acquirebatur, quam matri, consuleretur. At hodie usumfructum tantum in proposito avus consequetur, mater proprietatem habebit, per *l. cum oportet C. de bon. quæ lib.*

Textus.

Qui præferuntur matri vel cum ea admittuntur.

3. *Præferuntur autem matri liberi defuncti, qui sui sunt, quive suorum loco sunt, sive primi gradus, sive ulterioris. Sed & filiæ suæ mortuæ filius vel filia præponitur ex constitutionibus matri defunctæ, id est, aviæ suæ. Pater vero utriusque, non etiam avus & proavus, matri anteponitur, scilicet cum inter eos solos de hæreditate agitur. Frater autem consanguineus tam filii, quam filiæ excludebat matrem: soror autem consanguinea pariter cum matre admittebatur. Sed si fuerant frater & soror consanguinei, & mater liberis onerata, frater quidem matrem excludebat; communis autem erat hæreditas ex æquis partibus fratribus & sororibus.*

Notæ.

Frater consang. &c.] Tria dicit, 1. fratres defuncti consanguineos matrem exclusisse. 2. sorores consanguineas, si solæ, cum matre admissas. 3. si & sorores & fratres consanguinei, sorores cum fratribus admissas exclusa matre.

Liberis onerata] Cujac. ad Ulp. *tit. ult. §. ult.* ostendit legendum esse *honorata*. Th. ἔχουσα δικαίων παίδων. & *inf. §. 5. κεκοσμημένη.* Cic. *1. Tusc. Metellus ille honoratur quatuor filiis.*

Commentarius.

1. *Qui ex liberis filii defuncti matri præferantur.*
2. *Qui ex liberis filiæ defunctæ.*
3. *Qui adscendentium.*
4. *Qui lateralium.*

Continet hic §. declarationem Senatusconsulti Tertylliani: doceturque primo quid juris sit, si cum matre defuncti existant liberi; deinde si pater aut avus paternus: tertio si fratres aut sorores.

Præferuntur matri liberi defuncti] Quando cum matre concurrunt liberi defuncti sive primi sive ulterioris gradus, liberi matrem excludunt: idque sive agatur de masculi, sive de fœminæ successione, ut mox apparebit.

Qui sui, quive suorum loco] Hic necesse est casus ponatur, quo filius mortuus est: siquidem filia suos hæredes habere non potest. Ait autem Imp. matri defuncti præferri liberos, qui sui defuncto hæredes sunt, tum qui sunt suorum loco. Sui sunt etiam liberi adoptivi: cæterum hi post emancipationem matri defuncti non obstant, nec admittuntur, nisi fuerint ex liberis naturalibus, ut puta nepos adoptatus ab avo, *l. 2. §. liberi hoc tit.* Quid autem juris hodie, si adoptati ab extraneo? Non habent hi quidem jus suorum hæredum: sed tamen quia Justinianus expressè iis servavit jus successionis ab intestato, dicendum videtur, matri præferendos esse, *l. pen. §. 1. C. de adopt.* Quid si quis decesserit relicta matre & item filia, quam in adoptionem dederat? & quidem in adoptionem dati neque sui hæredes sunt patri naturali, neque suorum hæredum loco. Placuit tamen cessare Senatusconsultum, & simul admitti ad bonorum possessionem unde proximi cognati matrem & filiam, *l. 2. §. sed si 9. hoc tit.* Suorum loco sunt primum liberi emancipati, quos sæpè diximus prætorem suorum numero habere, eosque tanquam suos, vel cum suis hæredibus, vel solos bonorum patris possessores, facere. Deinde suorum quoque loco sunt ex constitutionibus Principum, & præcipuè Justiniani, nepotes & pronepotes ex filia: nam & hi inter suos & cum suis vocantur, §. *ult. sup. de hær. quæ ab intest.* ut matri defuncti præferri debeant, cum in suis, aut qui suorum numero sunt, gradus non quæratur, hoc est, nihil referat primi gradus sint, an ulteriorum, ut ipse Imp. hic docet.

2 *Filia sua mortua*] Casus, ubi de filiæ intestato mortuæ successione quæritur. Ait *sua*, id est, quæ sui juris suæque potestatis fuerit: quomodo M. Tullius *lib. 3. de repub. Est*, inquit, *genus injustæ servitutis, cum ii sunt alterius, qui sui possunt esse.* Persius, *Vindicta postquam meus à prætore recessi*, & alioqui nec huic Senatusconsulto, nec successioni ab intestato omnino locus esse potest, ut notatum §. *præc.* Utique illud palam est, liberos suos hæredes matri non esse. Apud Wesembecium vox *sua* deest.

Filius vel filia præponitur ex constitutionibus] *L. 4. C. ad Senatuscons. Orfic. l. 11. C. de suis & legit. l. 3. & pen. C. Theod. de legit. hær.* Ut autem filius & filia matri præferrentur, nec inter eos & matrem divideretur hæreditas, constitutionibus opus fuisse. Ideo Hotomannus & Bachovius scribunt, quia pari jure niti videantur, mater suffragio Senatusconsulti Tertylliani, filius & filia Orficiani & tamen in Orficiano excluduntur consanguinei, qui in Tertylliano aut præferuntur aut cum matre concurrunt: unde si intestatæ mulieri consanguinei extant, & mater & filia, ad solam filiam ex Senatusconsulto Orficiano hæreditatem pertinere rescriptum est ab Alexandro *l. 1. C. ad Senatuscons. Orfic.* Planè illud ex constitutionibus est, quod etiam nepotes neptesque admittantur & matri defunctæ præponantur, *d. l. 11. C. de suis & legit. lib.*

3 *Pater vero utriusque, non etiam avus & proavus*] Jam cum matre conferre incipit adscendentes alios, patrem, avum, proavum. Ait, patrem matri anteponi, patrem sc. naturalem: nam adoptivus matri non nocet, *l. 2. §. objicitur 15. l. 3. hoc tit.* Ait, *utriusque*, id est, & filii & filiæ intestato mortuorum, de quibus distinctè antea locutus erat. Summovet autem matrem, sive manumissor hæres pater existat, sive non manumissori bonorum possessio competat, *d. l. 2. §. objicitur l. 10. de suis & legit.* *Non etiam avus & proavus*: neque avus neque proavus, ait Ulpianus in Tertylliano, matri nocent, quamvis fiduciam contraxerint, *d. §. objicitur.*

Cum inter eos solos] Scilicet, ajunt Hotomannus Wesemb. Pac. inter patrem & matrem: qui manifestus error est: pater enim semper & omnimodo matrem excludit. Referendum hoc omnino est ad proximè antecedens, nempe si mortuo jam ante patre defuncti inter avum aut proavum & matrem solos de hæreditate agatur: hoc casu significat Imperator, matrem potiorem esse: ast ubi simul pater superest, cui avus anteponatur, non item, verbi causa, nepos ab avo manumissus decessit patre & avo & matre superstitibus, hic avus manumissor, quia speciali jure tanquam patronus patri, id est, filio suo in potestate retento, præfertur, matrem quoque, cui pater obstat, propter patrem excludet, *l. 5. §. ult. hoc tit.* neque enim matri prodesse debet, quod avus patri anteponitur jure patroni. At patre mortuo si avus solus extet cum matre, avus etiam manumissor matri postponetur, *d. l. 2. §. objicitur eod.* Unde notant Jo. Fab. Proc. & alii, regulam, *si vinco vincentem te, multo magis vinco te*, non procedere, ubi non sunt pares termini: ego dicerem, ubi non meo jure te vinco, sed propter tertium. Non absimilis casus est, qui proponitur ab *Ulp. d. l. 2. §. si sit consanguinea 18. eod.*

Frater consanguineus excludebat matrem, soror autem pariter, &c.] Hic cum matre conferuntur fratres & sorores, atque hæc tria docentur. 1. si fratres consanguinei cum matre defuncti existant, fratres esse potiores. 2. si sorores consanguineæ, siquidem solæ, cum his pariter matrem admitti. 3. si & sorores sint & fratres consanguinei, non prodesse matri, quod tunc sorores æquè ac fratres admittantur: neque enim ut matrem, ita & sorores à fratribus excludi. Porro cum fratres duntaxat & sorores hoc loco mariti objiciantur, existimandum est, cæteris à latere venientibus sive agnatis sive cognatis matrem præferri. Sed & quia consanguineorum tantum mentio fit, credibile est, fratres & sorores uterinos Senatusconsulto fuisse exclusos: cæterum Justinianus hos etiam cum matre admisit §. 5. *inf. eod. Novella 118.* totum hoc jus mutatum est, ut identidem monuimus. 4

Et mater liberis onerata] Probabilis est conjectura Cujacii in *not. ad Ulp. tit. ult.* pro *onerata* legendum existimantis *honorata*: ut enim verum sit, liberos matri esse oneri: tamen respectu Senatusconsulti Tertylliani, de quo hic agitur, non oneri, sed emolumento matri sunt. Conjecturam Cujacii Theophilus quoque juvat, qui vertit, ἔχουσα δίκαιον παίδων. & §. 5. eandem appellat δικαίῳ παίδων κεκοσμημένην. Cicero 1. *Tusc. Metellus ille honoratur quatuor filiis.*

TEXTUS.

Jus novum de jure liberorum sublato.

4. *Sed nos constitutione, quam in Codice, nostro nomine decorato, posuimus, matri subveniendum esse existimavimus, respicientes ad naturam, & puerperium, & periculum, & sæpè mortem ex hoc casu matribus illatam. Ideoque impium esse credidimus, casum fortuitum in ejus admitti*

mitti detrimentum. Si enim ingenua ter, vel libertina quater non pepererit, immerito defraudabatur successione suorum liberorum. Quid enim peccavit, si non plures, sed paucos peperit? Et dedimus jus legitimum plenum matribus, sive ingenuis sive libertinis, etsi non ter enixæ fuerint vel quater, sed eum tantum vel eam, qui quæve morte intercepti sunt, ut sic vocentur in liberorum suorum legitimam successionem.

COMMENTARIUS.

Constitutione, quam in Codice] Ea est *l. 2. C. de jur. lib.* qua matri jus legitimæ successionis omnimodo conceditur, licet ingenua tres, libertina quatuor liberos non pepererit.

Impium esse credidimus] Non debet disputare adversus Senatusconsultum, quo jura matrum adaucta sunt: nec impium, sed plenum pietatis Amplissimi Ordinis consilium fuit; nimirum præmio aliquo matres invitare ad liberorum procreationem atq; educationem, & occurrere detestabili infantium exponendorum audaciæ: fortè & flagitiis aliis fœminarum obviam ire, quæ, qui tum temporis mores erant, frequenter abortionibus operam dabant: cujus rei testis nobis sit Juvenalis *satyr. 6.*

Sed jacet aurato vix ulla puerpera lecto.
Tantum artes hujus, tantum medicamina possunt,
Quæ steriles facit, atque homines in ventre necandos
Conducit.

Quid enim peccavit] Cur non omissa omni disputatione pro imperio suo statuit, quod vult, & tribus verbis simpliciter matri jus legitimæ successionis dat? Senatus non fortunam, sed civitatis propagationem spectavit, uti & lex Papia Pompæa, quæ non modo cælibes, verum orbos etiam pœna affecit, quamvis nil peccantes; cum nemo divinare possit, uxorem, quam ducit, infœcundam fore. Æquo tamen animo hujusmodi ferenda sunt, & cedendum publicæ utilitati.

TEXTUS.

Quibus mater præponitur, & quibuscum admittitur.

5. Sed cum antea constitutiones jura legitimæ successionis perscrutantes, partim matrem adjuvabant, partim eam prægravabant, nec in solidum eam vocabant, sed in quibusdam casibus tertiam ei partem abstrahentes, certis legitimis dabant personis, in aliis autem contrarium faciebant: nobis visum est, recta & simplici via matrem omnibus personis legitimis anteponi, & sine ulla deminutione filiorum suorum successionem accipere: excepta fratris & sororis persona, (sive consanguinei sint, sive sola cognationis jura habentes) ut quemadmodum eam toti alii ordini legitimo præposuimus, ita omnes fratres & sorores (sive legitimi sint, sive non) ad capiendas hæreditates simul vocemus: ita tamen ut, siquidem solæ sorores adgnatæ vel cognatæ, & mater defuncti vel defunctæ supersint, dimidiam quidem mater, alteram vero dimidiam partem omnes sorores habeant. Si vero matre superstite, & fratre vel fratribus solis, vel etiam cum sororibus, sive legitima, sive sola cognationis jura habentibus, intestatus quis vel intestata moriatur, in capita ejus distribuatur hæreditas.

NOTÆ.

5. CUM ANTEA CONSTITUTIONES] Vid. *l. 1. l. 2. & pen. C. Th. de legit. hæred.* Cujac. hic.

ANTEPONI, ET SINE ULLA DEMINUTIONE] Superiores constitutiones jus matris minuebant admissis adgnatis in partem tertiam, quas constitutiones abrogat *l. ult. C. h. t.*

COMMENTARIUS.

Partim adjuvabant, partim prægravabant] Ejuscemodi extat constitutio Constantini *l. 1. C. Theod. de legit. hær.* Adjuvat ea matrem, quia matri etiam non habenti jus liberorum defert etiam partem bonorum filii intestati detractam agnatis, à quibus antea in totum excludebatur. Vicissim prægravat, quia licet mater habeat jus liberorum, tamen agnatis proximis ultra consanguineos, patruo scilicet ejusque filio & nepoti, non ulterioribus, pari beneficio defert tertiam portionem detractam matri, quæ

quæ ex Senatusconsulto totum sola habitura fuisset. Eodem pertinet *l. 2. d. tit.* Gravabatur etiam mater jus liberorum habens, si thorum priorem secundo mutasset amplexu, proprietate ipsi adempta rerum filii defuncti paternarum, *l. pen. d. tit.*

In aliis contrarium faciebat] Hoc est, ut illic detrahebant matri liberis honoratæ trientem, quem adspergebant agnatis: ita hic contrarium faciebant, trientemque detrahebant agnatis, quem adspergebant matri jure liberorum non honoratæ.

Matrem omnibus legitimis, & sine ulla deminutione] Matres omnes jure liberorum honestantur *l. ult. C. de jur. lib.* Ex quo secundum sententiam Senatusconsulti Tertylliani mater, sive ter peperisset, sive non, agnatis omnibus secundo gradu remotioribus simpliciter præferenda fuerat, nisi obstitissent constitutiones, quibus jus matris liberis honestatæ minuebatur, agnatis, quos diximus, admissis in partem tertiam: quas constitutiones Justinianus hic abrogat, matrem omnibus agnatis sine ulla deminutione anteponens.

Excepta fratris & sororis persona, sive consanguinei, &c.] In Tertylliano fratres consanguinei matrem excludebant, mater uterinos, soror consanguinea cum matre pariter admittebatur. Justinianus etiam cum fratribus consanguineis matrem admisit, & cum matre etiam uterinos, *l. ult. C. hoc. tit.*

Quemadmodum eam toti alii legitimo ordini] Cum in eum modum jura matrum beneficio Justiniani aucta sint, ut legitimis omnibus, præter fratres, in totum exclusis, etiamsi ter non pepererint, solæ succedant; ut cum consanguineis defuncti fratribus, à quibus antea excludebantur, quantumvis jus liberorum haberent, nunc admittantur, etiamsi non habeant: putavit Imperator, matres haud iniquo animo pati debere, si uno in casu vicissim jus ipsarum minueret, & fratrum sororumque hactenus augeret, ut cum ipsa admitteret & uterinos.

Ita tamen ut, siquidem solæ sorores] Quæ sequuntur, pertinent ad modum succedendi, sive rationem distribuendæ hæreditatis inter matrem defuncti ejusque fratres & sorores. Constituit autem, ut si cum matre concurrant sorores solæ, sive consanguineæ sive uterinæ, duo semisses fiant, quorum unum mater, alterum sorores capiant: sin fratres, sive soli, sive etiam cum sororibus, in capita hæreditas dividatur, totque partes fiant, quot sunt personæ succedentium, *d. l. ult. C. hoc tit.* Hæc iterum mutata sunt. *Nov. 118.* qua fratres & sorores omnes, ex uno tantum latere defuncto conjuncti, tam à matre, quam à fratribus utrinque conjunctis, excluduntur, mater cum his ex æquis partibus succedit.

Textus.

De tutore liberis petendo.

6. Sed quemadmodum nos matribus prospeximus, ita eas oportet suæ soboli consulere: scituris eis, quod si tutores liberis non petierint, vel in locum remoti vel excusati, intra annum petere neglexerint, ab eorum impuberum morientium successione merito repellentur.

NOTÆ.

IMPUBERUM MORIENTIUM] Diserte *impuberum*, ut & in *d. l. 10. C. de leg. hær.* nam si puberes moriantur, mater ab eorum hæreditate non excluditur, *l. 3. C. hoc tit.* Nec qui filio puberi curatorem non petiit, excluditur, *d. l. 2. §. 29.* αὐτὸς τῷ ἰσωτῷ αἰτεῖ Modestin. *leg. 2. §. 5. qui pet. tut. l. 6. C. eod.*

Commentarius.

ITa eas oportet suæ soboli consulere] Matri onus tutelæ impositum non est: quia virile munus est, tutelam gerere: at petendi tutores negotium injunctum, quod maternæ pietati maxime convenit. Quod si petere neglexerit, ut indigna à legitima hæreditate filii repellitur, *l. 2. §. 1. & 2. qui pet. tut. l. 2. §. si mater 23. & multis seqq. hoc tit.* ubi hic locus fuse explicatur.

Non petierint, vel in locum remoti] Si mater, inquit Ulpian. non petierit tutores idoneos filiis suis, vel prioribus excusatis rejectisve non confestim aliorum nomina ediderit, jus non habet vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum, *d. l. 2. §. si mater. hoc tit.* idque etiam hodie adhuc obtinebit, si mater nec tutorem petat, nec ipsa administrationem tutelæ suscipiat: quod matri concessum. *Nov. 118. cap. 5.* Sed hæc moribus obliterata. *Christin. vol. 4. decis. 63. n. 7.*

Intra annum] Quid ergo, si intra annum pupillus moriatur non petito tutore? an tum mater excusabitur à pœna: Non puto: quia requiritur, ut petat confestim, ubi primum potuit, id est, prætoris copiam habuit huic rei sedentis, *d. l. 2. §. si mater & §. confestim 43.* ubi Græci, *hujus rei sedentis*, τουτέστι τῇ διοικήσει τῶν ἐπιτροπικῶν πραγμάτων. Quod vero hic dicitur, & in *l. 10. 3. C. de leg. hær.* si intra annum non petierit, sic accipio, ut nullo modo post annale spatium excusetur; nec si magnam causam non petendi habuerit, quæ usque ad annum eam excusaret, *per d. l. 2. §. confestim.*

Impuberum morientium] Ex contrario ergo si puberes moriantur, quibus tutor penitus non est, mater ab eorum hæreditate non excludetur: quod & di-

& diserte rescriptum est in *l.3.C. hoc tit.* & ideo in *d.l. 10.C.de legit. hær.* expresse additur hæc restrictio, si impuberes moriantur. Quippe credendum, puberem, qui testamentum facere poterat, intestato mori malentem, ultro matri injuriam remittere, & tacite velle ad matrem legitimam hæreditatem pertinere, per *l.8.§.1. de jur. cod.*

TEXTUS.

De vulgo quæsitis.

7. *Licet autem vulgo quæsitus sit filius filiave, potest tamen ad bona ejus mater ex Tertylliano Senatusconsulto admitti.*

COMMENTARIUS.

QUemadmodum mater à prætore admittitur ad liberorum etiam vulgo quæsitorum bonorum possessionem, & vicissim liberi etiam vulgo quæsiti ad bonorum possessionem matris ex capite unde proximi cognati, *l. 2. unde cognat.* ita & mater ex Senatusconsulto Tertylliano admittitur ad legitimam hæreditatem filii filiæve, tam eorum, qui vulgo quæsiti sunt, quam qui procreati ex justis nuptiis, *l.2.§.1. hoc tit.* Et contra etiam vulgo quæsiti ex Orficiano admittuntur ad legitimam hæreditatem matris, *l.1.§.1. eod. § pen. tit. seq.* Nimirum mater semper certa est, & in his Senatusconsultis matris & filiorum personæ naturaliter designantur, *l.7. de cap. minut.* cumque vulgo quæsiti patrem non habere intelligantur, à quo sunt agnationis & familiæ jura, nemo est, qui matri jure consanguinitatis aut agnationis hic objici possit, *l.4. und. cogn.* Atque hoc jure etiamnum utimur, add. quæ sub *§.3. seq. tit.*

TITULUS IV.

D. lib. 38. t. 17. C. lib. 6. t. 57.

De senatusconsulto Orficiano.

TEXTUS.

Origo & summa senatus Consulti.

4. *Per contrarium autem liberi ad bona matrum intestatarum admittuntur ex Senatusconsulto Orficiano, quod Orficio & Rufo Consulibus effectum est, divi Marci temporibus: & data est tam filio, quam filiæ, legitima hæreditas, etiamsi alieno juri subjecti sint, & præferuntur consanguineis, & adgnatis defunctæ matris.*

COMMENTARIUS.

LEge duodecim tabularum nec mater liberis, nec liberi matri ab intestato succedebant: nam duo duntaxat genera, lex agnoscebat, suos hæredes & agnatos, cujusmodi nec mater liberis, nec illi matri sunt, ut dictum supra est in *pr. præc. tit.* Cæterum cum placitum esset hoc dare naturali conjunctioni, ut mater vocaretur ad legitimam successionem filii & filiæ; æquum erat, ut retro tantundem etiam concederetur liberis, ut scilicet & hi vicissim jus legitimæ successionis consequerentur in bonis matris: cum adeo liberorum conditio in causa successionis etiam potior esse debeat, propter naturæ simul & parentum commune votum, *l. 7. §. 1. unde lib.* Id effectum est Senatusconsulto Orficiano viginti ferme annis postea, quam matri legitima hæreditas delata fuerat Senatusconsulto Tertylliano, ut ex Fastis colligitur. Cur matri tanto tempore ante consultum fuerit, quam liberis, causam ignorare me fateor.

Orficio Rufo Coss. D. Marci temporibus] In imperio Marci Antonini Philosophi & Commodi notantur hi Consules, Vettius, seu, ut alii, Velius Rufus, & Corn. Scipio Orfitus, anno ab urbe condita 930. qui vigesimus est à consulatu Flavii Tertylli, à quo Senatusconsultum Tertyllianum. *Lamprid. in Commod. Onuphr. in fast.* Moris erat illis temporibus, ut ex Imperatorum orationibus vel epistolis in curia recitatis, quasi in eorum sententiam Senatusconsulta fierent: unde sæpe eandem rem & Senatusconsultis tribui & orationibus videmus; quemadmodum etiam in proposito Gajus *l. pen. hoc tit.* oratione D. Marci (quem appellatione sacratissimi Principis designat) cautum scribit, ut matris intestatæ hæreditas ad liberos pertineat.

Etiamsi alieno juri subjecti] *d. l. pen.* uti ex contrario quoque mater: licet in potestate patris sit, admittitur ad bona liberorum. Et ergo uti mater filiaf. ita & hi liberi jussu patris adibunt, *§. postea 2. tit. præc.* Matrem autem, de cujus successione quæritur, sui juris fuisse, cum moreretur, oportet: alioqui si jus illorum temporum spectamus, hæredem ab intestato habere non potuit. Plane hodie post *Nov. 118.* etiam filii & filiæfa. intestati hæredes habent in adventitiis, quorum ipsis concessa proprietas.

Et præferuntur consanguineis] Filius & filia ex Orficiano pleniore jure vocantur ad hæreditatem matris, quam ipsa ad illorum ex Tertylliano: illi enim vocantur cum prærogativa ante omnes, non modo agnatos, quos etiam in Tertylliano mater excludit, verum etiam ante defunctæ matris fratres consanguineos, cum in Tertylliano consanguinei defuncti præferantur matri: & quamvis v. c. ex duobus filiis alter adierit, alter repudiaverit hæreditatem

tatem matris, tamen ad consanguineum aut agnatum defunctæ proximum pars repudiata non pertinet, sed accrescit alteri filio, *l. 1. §. sed si nemo 9. hoc tit.*

TEXTUS.

De nepote & nepte.

1. Sed cum ex hoc Senatusconsulto nepotes & neptes ad aviæ successionem legitimo jure non vocarentur, postea hoc constitutionibus Principalibus emendatum est, ut ad similitudinem filiorum filiarumque & nepotes & neptes vocentur.

COMMENTARIUS.

Utrumque Senatusconsultum & Tertyllianum & Orficianum reverentia quadam juris veteris in primo gradu cognationis substitit: atque ut Tertyllianum soli matri filiorum & filiarum detulit hæreditatem, aviam ad hæreditatem nepotum neptumve non admisit, sic Orficianum similiter filios duntaxat & filias vocavit ad successionem matris, non etiam nepotes & neptes ad successionem aviæ. Nam quod Modestinus *l. 8. unde cogn.* respondet, nepotes, atque adeo etiam vulgo quæsitos, ad aviæ bona ab intestato admitti, ad edictum prætoris pertinet, quo deficientibus legitimis ad bonorum possessionem vocantur proximi cognati.

Constitutionibus Principalibus] Principes Valentinianus, Theodosius & Arcadius etiam nepotes & neptes vocarunt ad legitimam successionem aviæ, *l. 4. C. Theod. de legit. hær.* ut tamen tertia parte minus acciperent, quam pater eorum vel mater habituri fuissent. De quo diximus ad *§. ult. sup. de hær. quæ ab intest.* Novissimo jure in successione ab intestato descendentes omnes æquale jus habent, nec sexus, suitatis aut agnationis ulla amplius prærogativa est, *Nov. 118.*

TEXTUS.

De capitis deminutione.

2. Sciendum autem est, hujusmodi successiones, quæ ex Tertylliano & Orficiano Senatusconsultis deferuntur, capitis deminutione non perimi, propter illam regulam, qua novæ hæreditates legitimæ capitis deminutione non pereunt: sed illæ solæ, quæ ex lege duodecim tabularum deferuntur.

COMMENTARIUS.

Regula juris est, novas hæreditates legitimas capitis deminutione non perimi, *l. 7. de cap. min. l. 11. de suis & legit. l. 1. §. capitis 8. hoc tit.* Novas hæreditates appellat, quæ novo jure post legem 12. tabb. deferuntur vel ex constitutionibus vel ex Senatusconsultis, *dd. ll. & l. 3. in fin. de hæred. pet.* Capitis autem deminutionem minimam intelligi, manifestum est, scilicet quæ contingit salva civitate: nam libertate aut civitate amissa de successione quæri non potest, *d. l. 1. §. capitis.* Hujus regulæ rationem hanc Paulus affert *d. l. 7. de cap. min.* quod novis legibus & hisce Senatusconsultis hæreditates sic deferantur, ut personæ naturaliter designentur, id est, nomine naturali, puta matris aut filii filiæve: quæ nomina ut naturalia sunt, ita post capitis deminutionem adhuc manent.

Illæ solæ, quæ ex lege duodecim tabb.] Propterea quod lege 12. tabb. hæreditas sic defertur, ut personæ designentur civiliter, id est, civili nomine, suorum scilicet hæredum & agnatorum; quæ nomina cum civilia sint & qualitates, minima quoque capitis deminutione pereunt, *§. ult. sup. de leg. agn. tut.*

TEXTUS.

De vulgo quæsitis.

3. Novissime sciendum est, etiam illos liberos, qui vulgo quæsiti sunt, ad matris hæreditatem ex Senatusconsulto admitti.

NOTA.

3. QUI VULGO QUAESITI] Et hi matri quoque succedunt simul cum liberis legitimis, nisi mater sit illustris, & legitimam sobolem habeat: nati autem ex concubinatu (sc. licito, μὴ ἐξ ἀθεμιτογαμίας) pariter cum legitimis admittuntur etiam ad matris illustris successionem, *l. pen. C. h. t.* Nimirum mater semper certa est, & in his SCtis personæ naturaliter designantur.

COMMENTARIUS.

1. Ex concubina natos meliore conditione esse, quam vulgo quæsitos, & hos, quam natos ex damnato coitu.
2. Quid moribus hic receptum.

Sicut mater ex Tertylliano succedit liberis etiam vulgo quæsitis, ita vicissim & vulgo quæsiti matri succedunt ex Orficiano, *l. 1. §. 2. hoc tit.* propter rationem, quam paulo ante indicavi, & sub *§. ult. prac. tit.* Succedunt autem matri non tantum, cum soli sunt, sed simul etiam cum liberis ex justo matrimonio procreatis, nisi mater illustris sit, cui spurii non aliter ex constitutione Justiniani succedunt, quam si legitima soboles deficit, ne stirpis claritudo

 ista

ista labe & memoria maternæ infamiæ dedecoretur, *l. pen. C. eod.* Sed & præteriti de inofficioso matris te-
1 stamento dicere possunt, *l. si suspecta 29. §. de inof. test.* Inter patrem vero & spurios jus idem mutuæ successionis non est. Porro sciendum est, liberos naturales, id est, natos ex concubina, paulo meliore conditione esse, quam spurios seu vulgo quæsitos, sive de successione matris quæratur, sive de successione patris, & utrosque meliore, quam natos ex complexu damnato incestove. Naturales seu nati ex concubinatu admittuntur una cum legitimis ad matris etiam illustris & per matrem adscendentium successionem, *d. l. pen. C. hoc tit.* Denique & patri naturali ex jure novissimo in duas uncias una cum matre dividendas succedunt, nisi ille liberos legitimos vel uxorem reliquerit, quo casu alimentis contentos esse oportet. *Nov. 89. cap. 12. unde auth. licet, Cod. de nat. lib.* quorum neutrum pertinet ad πορνογενεῖς. Ex incesto aut damno legibus coitu procreari nihil ne ex matris quidem successione capiunt; ac ne alimenta quidem petendi jus habent. *d. Nov. 89. cap. ult. Nov. 74. cap. ult. auth. ex complexu, C. de incest. nupt.* quem tamen rigorem mitigavit æquitas juris Canonici, *cap. cum haberet, in fin. de eo qui dux. in uxor. quam adult. poll.* Sane nec putarem jus civile refragari, quominus magistratus, ex officio liberis hujusmodi, alias fame perituris, alimenta jubeat subministrari: nam & pater, licet incestuosus & impius, alendus est, quia
2 pater est. *Nov. 12. cap. 2.* vid. Palæot. *de noth. & spur. cap. 41. cum seqq. Gail. 2. obs. 115. Christin. Vol. 1. decis. 198. & Vol. 4. decis. 64.* Mores hac in parte nonnihil à jure Romano discesserunt. D. Gudelinus *lib. 2. de jure noviss. cap. 13. in fin.* scribit, moribus plerarumque regionum liberos naturales, seu natos ex illegitima conjunctione, ne ad matris quidem, aut parentum maternorum bona admitti; & nullibi in his provinciis ad duas uncias hæreditatis paternæ: quod posterius etiam tradit *VVames. cent. 1. cons. 42.* & post eum *D. Tulden. comm. in tit. 1. hujus lib. cap. 11.* Apud nos naturales, nec non ex his descendentes, non tantum matri, reliquisque maternæ lineæ parentibus vel in totum vel ex parte succedunt, sed reliquis quoque per matrem conjunctis personis: quoniam respectu matris in causa successionis illegitimi idem juris, quod legitimi, habent, extra quam, si nati sint ex vetito aut nefario complexu; qui cum sobole sua ab omni successione remoti. Et vicissim materni naturalibus in partem dimidiam succedunt, videlicet matre mortua: partem autem alteram fiscus occupat tanquam vacantem. Quod si mater adhuc vivat, universa hæreditas ad fiscum devolvitur, quemadmodum & universa devoluta fuisset ad paternos, si defunctus legitime procreatus fuisset. Eorum, qui nati sunt ἐξ ἀθεμιτογαμίας, ex damnato punibili legibus coitu, (quos vocamus *over VVonnen bastarts*) hæreditatem fiscus sine distinctione totam sibi vindicat; quasi eorum, qui destituti sint omni cognatione, & tam materna, quam paterna, propter admissum à parentibus nefas, *Vid. Grot. lib. 2. manuduct. cap. 28. in fin. & cap. 31.* ubi & jura quædam singularia commemorat, concessa quibusdam civitatibus.

TEXTUS.

De jure accrescendi inter legitimos heredes.

4. *Si ex pluribus, legitimis hæredibus quidam omiserint hæreditatem, vel morte, vel alia causa impediti fuerint, quominus adeant, reliquis, qui adierint, accrescit illorum portio: & licet ante decesserint, ad hæredes tamen eorum pertinet.*

COMMENTARIUS.

Hic locus continet doctrinam omnibus legitimis successionibus communem; nempe si plures sint ejusdem ordinis & gradus, qui simul ad successionem vocentur, & eorum aliqui defecerint, portionem illorum cæteris, qui adierunt, accrescere. Ex quo discimus, jus accrescendi non modo locum habere inter hæredes testamentarios, verum etiam inter legitimos, sive sui sint, sive alterius generis hæredes. Quod si nullus eorum, qui pari gradu & proximi sunt, adierit, sequentibus ejusdem ordinis hæreditatem deferri docemur §. *pen. sup. de leg. agn. succ.*

Reliquis, qui adierint accrescit] *L. 1. §. si nemo 9. hoc tit. l. 9. de suis & legit.* unde totus hic locus descriptus est. Ratio est, quia nemo hæredem pro parte habere potest, aut diversi generis successores, puta hæredem legitimum & fiscum, illa autem ratio, quod nemo pro parte testatus, pro parte intestatus, decedere potest, adæquata non est, sed particularis, ubi ex pluribus testamento institutis alii adeunt, alii omittunt, aut pars aliqua vacat.

Licet ante decesserint] His verbis non hoc significat Imperator, portionem hæreditatis, quæ uni ex legitimis hæredibus delata sit, mortuo eo antequam hæreditatem adeat, ad hæredes ejus pertinere, iisque portionem deficientium accrescere: certum enim est, hæreditatem non aditā non transmitti, *l. unic. §. 5. C. de cad. toll.* portionem autem accrescere portioni, *l. si Titio 33. in fin. de usufr.* ut proinde nihil hæredibus illius

illius legitimi hæredis,qui non adiit, accrescere possit: sed si decesserit,antequam ipsi accresceret; quod diserte expressit Marcian. *d. l. 9. de suis & leg.* hoc est,si decesserit postea quidem,quam portionem sibi ab initio delatam adeundo vel pro hærede gerendo acquisivisset,sed antequam cohæredes deficerent, eorumque portio ipsi deferretur & accresceret. Plane ad suos hæredes,qui ipso jure sine aditione hæredes existunt, *l. 14. de suis & legit.* & qui ex lege Theodosii hæreditatem non aditam transmittunt, *l. un. C. de his qui ant. ap. tab.* pars deficientis quoquo modo pertinebit.

TITULUS V.
De Successione cognatorum.

TEXTUS.
Tertius ordo succedentium ab intestato.

Post suos hæredes, eosque quos inter suos hæredes prætor & constitutiones vocant, & post legitimos (quorum numero sunt adgnati, & hi, quos in locum adgnatorum tam supradicta Senatusconsulta, quam nostra erexit constitutio) proximos cognatos prætor vocat.

NOTA.

PRAETOR VOCAT] Ad bonorum scil. possessionem: nam cognati hæredes jure civili non fiunt. *Vide inf. in comm.*

COMMENTARIUS.

Ex antiqua duodecim tabularum duos tantum hæredum ab intestato ordines fecit, suorum & agnatorum. Novæ leges & Senatusconsulta non addiderunt quidem ordinem novum, sed personas quasdam, quæ nec sui hæredes,nec agnati revera sunt,suorum hæredum & agnatorum numero esse voluerunt, atque in ordine suorum vel agnatorum una cum vere suis hæredibus aut agnatis ad hæreditatem intestati admitti. Inter suos hæredes novæ leges numerant, suisque per omnia exæquant liberos legitimatos, §. *2. sup. de hær. ab intest.* Inter eosdem quoque,& simul cum iis vocant nepotes & pronepotes ex sexu fœmineo, §. *ult. d. tit. 1.* In agnatorum ordinem Senatusconsulta transtulerunt matrem & liberos, Justinianus fratres & sorores uterinos, eorumque & sororum consanguinearum filios & filias, § *4. sup. de leg. agn. success. l. pen.* §. *1. C. de leg. hær.* Anastasius fratres & sorores emancipatos, §. *1. inf. hoc tit.* Prætor vero tres succedentium ab intestato ordines fecit: primum liberorum; (non dixit *suorum*, quia ex liberis vocat etiam non suos) alterum legitimorum, in quo vocantur agnati & jura agnationis habentes ex posterioribus legibus, aut ex Senatusconsultis; *l. 2.* §. *ult. & l. seq. unde legit.* tertium cognatorum, in quo admisit omnes, quos sola sanguinis ratio vocat ad hæreditatem,licet jure civili deficiant, *l. 1. in pr. l. 2. unde cogn.* item eos, qui quod prioribus ordinibus exclusi essent,ex nullo alio capite venire poterant, *l. 5. d. tit.* §. *1. inf. hoc tit.* Tandem Justinianus cognatos omnes etiam hæredes legitimos fecit, adempta agnatis omni prærogativa. *Nov. 118.*

Proximos cognatos prætor vocat] In hoc ordine qui ad successionem vocantur, videlicet cognati, jure civili hæredes non fiunt: sed jure prætorio bonorum possessores; ac proinde pertinent ad *tit. de bon. poss. inf.* Possunt tamen etiam hoc loco considerari, quia prætor bonorum possessores pro hæredibus habet, & vi ipsa hæredes facit. Post *Nov. 118.* cognati jure civili succedunt,ut non magis quam agnati prætoris auxilio indigeant.

TEXTUS.
Qui vocantur in hoc ordine. De agnatis capite minutis.

1. Qua parte naturalis cognatio spectatur. Nam adgnati capite deminuti, quique ex his progeniti sunt, ex lege duodecim tabularum inter legitimos non habentur, sed à prætore tertio ordine vocantur; exceptis solis tantummodo fratre & sorore emancipatis non etiam liberis eorum: quod lex Anastasiana cum fratribus integri juris constitutis vocat quidem ad legitimam fratris hæreditatem, sive sororis, non æquis tamen partibus sed cum aliqua deminutione, quam facile est ex ipsius constitutionis verbis intelligere. Aliis vero adgnatis inferioris gradus, licet capitis deminutionem passi non sunt, tamen anteponit eos, & procul dubio cognatis.

Commentarius.

Porro jam declarare instituit Imperator, quinam illi sint, quos prætor in ordine tertio proximitatis nomine vocat: & ad extremum successionem eorum determinat. Revocemus illos ad tres classes. Primum in eo numero ponit agnatos capite minutos, id est, minimam capitis deminutionem passos: nam media & maxima capitis deminutione interveniente jus omne successionis tollitur, *l. 1. C. de hær. inst.* Igitur ut capite deminuti, hoc est, emancipati aut adrogati amittebant jus agnationis & legitimæ hæreditatis, quæ lege 12. tabb. deferebatur, ita nec prætor his dabat bonorum possessionem jure hæredum legitimorum, *l. 5. unde cogn. l. 1. unde legit.* Cæterum quia jura naturalis cognationis & sanguinis minima capitis deminutione non pereunt, sed post eam salva adhuc & integra manent, §. *ult. sup. de leg. agn. tut. l. 8. de reg. jur.* prætor qui tertia edicti parte, qua scilicet proximos cognatos vocat, tantum naturalem sanguinis conjunctionem spectavit, eadem parte recte etiam admisit capite minutos, scilicet post suos & legitimos, *l. 1. unde legit. d. l. 5. unde cogn.* Ut ecce, frater emancipatus ad fratris sui hæreditatem jure civili propter capitis deminutionem non vocabatur, neque solus, neque cum fratribus integri capitis: unde nec jure honorario venire poterat ad bonorum possessionem ex edicto unde legitimi: sed tertio demum loco admittebatur jure cognationis naturalis, quod capitis deminutione non perimitur.

Exceptis fratre & sorore emancipatis, &c. quos lex Anastasiana] Hæc lex Anastasii desideratur. Inserta sine dubio fuit priori Codici, quoniam hic legenda nobis commendatur: sed in Codice repetitæ prælectionis posita non est, propter *l. ult. C. de leg. hæred.* ut opinor, qua plenius fratribus & sororibus emancipatis consulitur, & eorum quoque filiis ac filiabus jus legitimæ successionis datur. Anastasius enim solos fratres & sorores emancipatos vocaverat, & cum partis aliqua deminutione, nimirum ut fratres integri juris altero tanto amplius consequerentur, si fides Theophilo. Justinianus vero emancipatos cum reliquis fratribus succedere voluit æquo jure & sine ulla deminutione *d. l. ult.* §. *1. & 3.* Itaque hic etiam §. *per d. l. ult.* correctus est: quippe quam post Institutiones jam compositas & editas promulgatam esse apparet ex eo, quod Imp. in ipsa lege mentionem Institutionum facit. Vestigium legis Anastasianæ extat in *l. 4. C. de leg. tut.*

Aliis vero adgnatis, &c. anteponit eos, & procul dubio cognatis] Hoc expeditius procedit post *Nov. 118.* Pertinent etiam ad hanc classem, qui in adoptionem dati sunt à patre, aut qui cum sui juris essent, se adrogari siverunt: nam & isti jus agnationis ita amittunt, ut cognationis jus in familia naturali erga omnes retineant; ac propterea etiam tertio hoc capite à prætore vocantur, *l. 1. §. 4. unde cogn.*

Textus.
De conjunctis per fœminas

2. Eos etiam qui per fœminini sexus personas ex transverso cognatione junguntur, tertio gradu proximitatis nomine prætor ad successionem vocat.

Commentarius.

Hæc secunda classis est eorum, qui à prætore vocantur gradu seu ordine tertio, nimirum qui per muliebrem sexum ex transversa cognationis linea conjuncti sunt, quique agnationis jus, quippe quod à patre oritur, nunquam habuerunt, *l. 2. & l. 4. unde cogn.* Ait autem diserte *ex transverso:* quia qui sunt in linea recta, eos secundo capite prætor vocat: quoniam his jus legitimorum hæredum competit ex Senatusconsultis & constitutionibus, de quibus actum est superius.

Proximitatis nomine] Id est, cognatos, *l. 3. d. l. 4. unde cogn. l. 8. de suis & leg.* §. *pen. & ult. inf. eod.* In cognatione enim sola proximitas spectatur: agnati vero licet gradu remotiores, ordine tamen potiores sunt omnibus cognatis, qui jus legitimum non habent. Sed hodie potiores non sunt, ut sæpe dictum est.

Textus.
De liberis datis in adoptionem.

3. Liberi quoque, qui in adoptiva familia sunt: ad naturalium parentum hæreditatem hoc eodem gradu vocantur.

Commentarius.

Liberi in adoptionem dati jus cognationis in familia naturali retinent, *l. 1.* §. *4. unde cognati.* Pertinent autem hi ad primam classem, eorum sc. qui jus agnationis per capitis deminutionem amiserunt, ut notavimus in fine §. *1. hoc tit.* Quod si ab adoptivo patre emancipati fuerint vivo adhuc patre naturali, recipiunt gradum liberorum, *l. 4. unde lib.* & perinde admittuntur ad bona patris naturalis, ac si ab ipso emancipati essent, nec unquam fuisset in familia adoptiva, ut scil. jam ex prima parte edicti veniant, qua prætor liberos vocat, §. *at hi. 10. junct.* §. *admonendi, sup. de hær. quæ ab intest. inf.*

TEXTUS.

TEXTUS.

De Vulgo quæsitis.

4. *Vulgo quæsitos nullos habere adgnatos, manifestum est: quum adgnatio à patre sit, cognatio à matre; hi autem nullum patrem habere intelligantur. Eadem ratione ne inter se quidem possunt videri consanguinei esse: quia consanguinitatis jus species est adgnationis. Tantum ergo cognati sunt sibi, sicut & matri cognati sunt. Itaque omnibus istis ex ea parte competit bonorum possessio, qua proximitatis nomine cognati vocantur.*

NOTÆ.

4. NULLOS HABERE ADGNATOS] Quia adgnationis jus à patre oritur, quem nullum habent vulgo concepti, *d. l. 4. unde cogn. l. 23 de stat. hom.* Sed nec ex concubina nati jus adgnationis in familia patris habent, *l. 24. d. tit.* Imo ne cognationis quidem in causa successionis ab intestato, extra casum auth. licet. *C. de nat. lib.*

SICUT ET MATRI COGNATI] Leg. ut vet. Cod. *ex matre magnati.* Th. ϰαὶ μητρός.

COMMENTARIUS.

1. *Non magis natos ex concubina, quam vulgo quæsitos, jus agnationis habere.*
2. *Naturales & spurios ex eadem matre editos, & inter se & cum aliis per matrem conjunctis jus cognatorum habere; ex patris tantum latere junctos non item.*
3. *Natos ex damnato legibus coitu omnis successionis esse expertes.*

IN tertia classe eorum, qui nomine proximitatis vocantur, sunt vulgo quæsiti; qui & ipsi inter se, & cum aliis per matrem à latere conjunctis jus cognationis habent. Aio, à latere: quoniam inter matrem ipsam & liberos, licet vulgo quæsiti sint, etiam legitimæ hæreditatis capiendæ ultro citroque jus est ex Senatusconsultis & constitutionibus. Post *Nov. 118.* idem jus successionis inter se habent, quod parentes & liberi legitimi.

Nullos habere adgnatos] Ad spurium nullius hæreditas, & ad nullum hæreditas spurii jure agnationis pertinere potest; quoniam agnationis jus à patre oritur, quem nullum habere intelliguntur, qui vulgo concepti sunt, *l. 4. unde cogn. junct. l. cum legitimæ 19. l. vulgo 23. de stat. hom.* Sed nec natorum ex concubina hæreditas ad ullum jure agnationis pertinet: quia etsi patrem demonstrare possunt, jura tamen agnationis in familia patris non habent; quippe quæ nemo ex naturalibus liberis consequitur, nisi qui ex legitimo matrimonio natus est: cæteri omnes matrem sequuntur, *d. l. 19. l. lex. 24. de stat. hom. Forster. tract. de hær. quæ ab int. circa fin. lib. 1.* 1

Ne inter se quidem possunt videri consanguinei] Argumentum à remotione generis ad remotionem speciei. Si vulgo quæsiti non sunt inter se agnati, nec erunt inter se consanguinei: quoniam consanguinitas est species agnationis. Etenim agnati omnes sunt, qui per virilem sexum conjunguntur: consanguinei soli fratres & sorores eodem patre nati. Quare si jure agnationis hæreditas ad vulgo quæsitos pertinere non potest, nec poterit jure consanguinitatis, *l. 4. unde cogn.* Ex hoc autem loco apparet, consanguinitatem non esse ordinem per se, sed gradum in ordine agnatorum. Qua de re abunde supra *de leg. agn. succ.*

Cognati sunt sibi, sicut & matri] *L. 4. §. 2. de grad. & affin. l. 2. unde cogn.* An igitur liberi extra nuptias concepti, sive vulgo sive ex concubina, matri tantum & maternis cognati sunt, non etiam patri & paternis? Sunt sane: & naturalis hæc cognatio obstat, quominus pater filiam, frater sororem vulgo quæsitam uxores ducere possint, *l. 14. §. 2. l. & nihil 54. de rit. nupt.* Cæterum in causa successionis ratione patris jus cognationis nec inter se, nec cum patre, aut conjunctis per patrem habent; quantumvis nati sint ex concubina: quanquam hos Justinianus patri succedere voluit in duas uncias, si nulli liberi legitimi nec uxor supersit, *auth. licet, C. de natur. lib.* quod tamen in his regionibus non observari monuimus sub *§. pen. superioris tit.* Sic ergo habeto: Fratres naturales & spurii ex diversis matribus, quamvis geniti eodem patre, nec sibi invicem, nec legitimis genitorum liberis, aliisve per patrem conjunctis, succedunt. Contra vero etiam fratres illegitimi, sive ex concubina sive vulgo nati, ex eadem tamen matre, licet diversis patribus, geniti, invicem sibi jure cognationis succedunt, & item per matrem à latere conjunctis; & hi vicissim illis, *d. l. 1. unde cognat. & hic text.* dum tamen ex eo complexu orti non sint, qui jure accusari & puniri queat. Nam ex damnato & secundum leges, ut loquuntur, punibili coitu nati omnis successionis sive paternæ sive maternæ, tam ex testamento, quam ab intestato penitus fiunt incapaces; nec ullum vel cognationis jus cum patre matreve (quod est extra controversiam) nec inter se ipsi, aut cum aliis per patrem matremve à latere conjunctis habent. Quippe cujusmodi sobolem nec liberorum nomine censendam, nec eam, ex qua 2 3

qua nati appellatione matris, Justinianus constituit: proinde nec fraternitatis inter illos necessitudo esse videtur, quæ faciat successioni locum. Per *c. ult. Novell. 74. & c. ult. Nov. 89.* Glossa comm. approbata in *l. ult. C. de natural. lib. Cagnol. in l. pen. C. ad Senatuscons. Orfic. Palaot. de noth. & spur. cap. 43. Forster. tit. de success. eor. qui ex damnat. coit. conclus. 5. Anton. Fab. Cod. suo, lib. 6. tit. 33. decis. 3. 7. & 8. Fachin. 6. cont. 10. Diff. Christin. Vol. 1. decis. 198. & ibi citati.* De jure patrio dixi sub §. *penult. prac. tit.*

TEXTUS.

Ex quoto gradu vel agnati vel cognati succedunt.

5. Hoc loco & illud necessario admonendi sumus, adgnationis quidem jure admitti aliquem ad hæreditatem, etsi decimo gradu sit, sive de lege duodecim tabularum quæramus, sive de edicto, quo prætor legitimis hæredibus daturum se bonorum possessionem pollicetur. Proximitatis vero nomine iis solis prætor promittit bonorum possessionem, qui usque ad sextum gradum cognationis sunt, & ex septimo à sobrino sobrinaque nato natave.

COMMENTARIUS.

1. *Cur latius agnatorum successionem diffundi placuerit, quam cognatorum.*
2. *In obscuro esse, cur sexto potius, quam quo alio gradu successio cognatorum determinata, explosa ratione Mynsingeri & aliorum.*
3. *Supradictum discrimen sublatum esse Nov. 118.*
4. *Agnatorum successio an certo gradu terminetur, & an novo jure item cognatorum. Et quid hic usus servet.*

HOc §. determinatur successio eorum qui ex tertio capite unde cognati veniunt, & simul insinuatur differentia, quæ hac in parte sit inter agnatos & cognatos.

1 *Agnationis jure etsi decimo gradu*] Nominis & familiæ propagandæ studium fecit, ut successio, quæ agnationis jure nititur, latius diffunderetur, quam quæ naturali duntaxat cognatione. Nec à prætore in infinitum producenda fuit successio jure civili incognita. Ait, *etsi decimo.* Hoc dicitur πρὸς ἀντιδιαστολὴν sexti, quo terminatur successio cognatorum: nam agnatorum successionem verius est nullo fine terminatam fuisse, ut mox audiemus.

Edicto quo prætor legitimis] Nam quibus jus civile legitimam defert hæreditatem, iisdem, etsi hæredes non extiterint, prætor, ut custos & minister juris civilis, etiam jure legitimi hæredis defert bonorum possessionem; quamvis sexto gradu sint remotiores.

Usque ad sextum cognationis gradum] Inclusive, ut loquuntur, *l. 1. §. 3. l. pen. unde cogn.* Quid prætorem moverit, ut potius sexto gradu, quam quinto aut alio hanc successionem determinaret, difficile est dicere. Paulus *4. sent. 11. in fin.* hanc 2 rationem affert, quod in sexto gradu deficiunt nomina cognationis, quibus personæ proprie denotentur. Mynsingerus, Hotomannus & Wesembecius aliam afferunt, quia scilicet naturalis cognatio propter vitæ humanæ brevitatem ultra sextum gradum non producatur. Sed hæc ratio, quod pace tantorum virorum dictum sit, perspicue inepta & falsa est. Tractatur enim hic non de successione adscendentium aut descendentium, sed eorum, qui ex latere veniunt, quos ultra sextum aut septimum gradum qui reperiri posse negat, eum necesse est sanæ mentis non esse. Et vero si natura ultra eum gradum neminem patiatur vivere, nec patietur ultra vivere agnatos. Cur ergo hos, licet longe remotiores sint, & jus civile & prætor admitti voluit? Equidem fateor, Paulum quoque dict. loco eandem illam rationem expressisse, & Modestinum quoque in *l. 4. in pr. de grad. & affin.* Verum illi, ut credibile est, in hac ὑπολογίᾳ respexerunt maxime ad successionem superiorum & inferiorum, id est, eorum, qui sunt in linea recta, & transversa inæquali. Nam in transversa æquali, puta si ex duobus fratribus continua serie sobolem propagatam ponamus, vel vicesimo gradu inter se distantes reperias. De eo nemo dubitat, si Hotomannum exceperis, quin hodie, sublato per *Nov. 118.* agnationis & cognationis discrimine, intelligi debeat sublatum quoque esse discrimen termini successionis; quod pene etiam expressum est in calce *cap. 3. d. Nov. 118. Gloss. Joan. Fab. Ang. Wesemb. hic. Forster. dict. tract. 3. cap. 9.* Unum superest non satis expeditum, utrum quemadmodum sextus gradus terminus successioni cognatorum hic positus est, ita etiam decimus præfixus intelligi debeat successioni agnatorum; an vero hæc certo gradu non terminetur. Unde dependet decisio quæstionis, utrum ex novo jure cognati pariter & agnati tantum ad decimum usque gradum succedant; an vero etiam ultra eum. Ut dicamus, decimum gradum terminum successioni agnatorum hic constitutum, multa suadent. Primum enim cur decimi gradus mentionem Imperator facit, si etiam ultra decimum

mum agnati admittantur? Deinde cum utrumque dicat, agnatos succedere etiam qui in decimo gradu sunt, & cognatos usque ad sextum, ratio pati non videtur, ut dicamus, uno numero successionem terminari, altero non item. Postremo nisi finis aliquis successioni agnatorum statuatur, vix unquam ordini tertio, aut quarto, in quo sunt vir & uxor, locus futurus est. Hoc igitur posito, decimo gradu terminatam fuisse successionem agnatorum, dicendum est, æquato cum agnatis jure cognatorum *dict. Nov. 118.* utrosque jam ad decimum gradum admittendos esse, non ultra. Quod & vulgo receptum est, testibus *Joan. Fab. Ang. Porc. Mynf. Schneid. VVesemb.* & apud nos servari tradit *Grot. lib. 2. introduct. cap. 30.* Sed in contrarium movet, quod supra Justinianus tradidit, jure agnationis hæreditatem ultro citroque capi, etiamsi longissimo gradu sunt, *§ 3. in pr. de leg. agn. success.* quod & mox ibidem repetit, & iterum *§. ultim. inf. de serv. cognat.* item quod *Ulpian. l. 2. §. 1. de suis & leg.* definit, agnatos esse cognatos virilis sexus, ab eodem ortos in infinitum: in qua definitione effectum & jus succedendi Jurisconsultum considerasse perspicuum est: ideo enim virilis sexus tantum meminit, ut significet, masculos solos, non etiam fœminas agnatas, consanguineis remotiores, jus legitimæ successionis habere, *§. 3. sup. de leg. agn. success.* Et denique quod lex duodecim tabularum simpliciter & sine ulla determinatione gradus, si sui hæredes non extent, proximum agnatum familiam habere jubet. Nec difficilis responsio est ad ea, quæ pro communi sententia proferuntur. Nihil enim prohibet, quominus dicamus, exempli tantum gratia, hic decimi gradus mentionem fieri. Non enim eodem modo de agnatis & cognatis Imp. loquitur. De agnatis non loquitur determinative: sed ait, eos succedere, etsi decimo gradu sint, utens rotundo & certo numero pro incerto. De cognatis contra determinative: ait enim, eos succedere usque ad sextum gradum. Porro facile evenire potuit, ut defunctus vel nullos agnatos relinqueret propter emancipationes, vel ut agnati in suo ordine non succederent, puta si proximus defecisset, *§. placebat 7. sup. de leg. agn. succ.* His jam consequens est, post *d. Nov. 118.* etiam cognatos ultra decimum gradum succedere debere, uti etiam in *fin. cap. 3. d. Nov.* omnes deinceps à latere cognati simpliciter & sine ulla determinatione vocantur. Quæ sententia Baroni quoque & Bachovio probatur, item Gudelino *lib. 2. de jur. Nov. c. 15. & Valent. Forstero d. tract. lib. 3. c. 10. in fin.* sed is in eo fallitur, quod ita etiam moribus receptum putat: contrarium enim testantur pragmatici illi omni exceptione majores, quos ante citavimus: & apud nos constat, deficientibus cognatis decimi gradus bona defuncti ad fiscum devolvi. *Grot. 2. manud. 30.*

Sobrino sobrinaque nato natave] Bonorum possessio, ait. Ulpian. quæ ex hac edicti parte datur, cognatorum sex gradus complectitur, & ex septimo duas personas, sobrino & sobrina natum & natam, *l. 1. §. 3. unde cognat.* Propter has autem duas personas, quæ ex septimo veniunt, Paulus videtur septem gradus constituisse, *lib. 4. sent. 11. in fin.*

RATIO SUCCEDENDI ab intestato ex jure novissimo.
De successione liberorum.

1. *Jure novell. liberos omnes, non habita natione familia, sexus, gradus, cateris omnibus in successione parentum praferri: & qua inde consectaria.*
2. *Dua causa, in quibus alia persona cum liberis admittitur.*
3. *Quis succedendi in ordine modus.*
4. *De liberis legitimatis, illegitimis, & adoptivis, remissive.*

SUccedentium ab intestato tres ordines Justinianus novissime fecit *Nov. 118.* Primus est descendentium sive liberorum defuncti. Hos voluit cæteris omnibus præferri, solosque admitti ad hæreditatem parentum intestato mortuorum, & ita admitti omnes, ut neque sexus, neque familiæ, neque graduis ulla prærogativa esset: sed sive masculi sint, sive fœminæ, sive ex masculis, s. ex fœminis descendant; & sive suæ sint potestatis, sive sub potestate; primi sive inferiorum graduum, adscendentibus omnibus & lateralibus præponerentur, *d. Nov. 118. c. 1.* Ex quo primum intelligimus, liberos emancipatos in hac successione suis sic exæquari, ut illi jam non amplius indigeant auxilio prætoris. Etsi nihilominus ad acquirendam hæreditatem, eamve ad quoscunque hæredes transmittendam, necessaria iis sit aditio, uti & iis, qui ex fœminis descendunt, ut bene doctissimus Vigl. in *§. sed hac, sup. de exhar. lib.* Deinde sic admitti, ut etiam patri, in cujus potestate defunctus fuerat, præferantur in iis bonis, quæ patri ex constitutionibus non acquiruntur; quod etiam expresse *d. cap. 1.* cautum est. De pluribus autem gradibus liberorum sic statuit; vivos quidem liberos primi gradus obstare nepotibus ex se natis in successione avi: illis autem mortuis, nepotes in locum eorum succedere & admitti ad successionem avi, sive soli sint, sive cum filiis defuncti, iisdemque thiis suis concurrant; ut jam olim juris fuit in nepotibus suis hæredibus, *§. cum filius 6. sup. de har. qua ab int.* Quid si filius emancipatus sit, nepos in potestate retentus? Dicendum est, filium solum excluso nepote admitti

admitti, ut nunc amplius locus non sit edicto *de conjungendis cum emanc. lib. arg. d. c. 1.* quod & D. Gudelinus *lib. 2. de jur. non c. 13. post. D. Wesemb. in par.* ad istud edictum, recte observavit: utut id negent *Cujac. ad hanc Nov. & Hotom. ad calcem tit. de har. qua ab int.* Duo tantum sunt casus, qui-
2 bus parens superstes cum liberis ad certam partem jure singulari admittitur; pater in usumfructum virilis partis bonorum, (quæ ex hæreditate materna ad filios emancipatos pervenerunt) *l. 3. C. de bon. matern.* conjux inops in bona conjugis locupletis pro quarta aut virili usfructus eorum. *Nov. 53. c. ult. Nov. 117. cap. 5. auth. praterea, unde vir & ux.* de quo pluscula D. Tuld. comm. *de har. qua ab int. c. 14.* Cæterum neutrum horum jure patrio obtinet. Modus succedendi in hoc ordine talis est.
3 Nepotes sive soli sint, diversarum tamen stirpium, sive cum thiis suis concurrant, succedunt in stirpes; quoniam jure repræsentationis semper veniunt, ut scilicet in parentis demortui locum succedant, non habita ratione, cujus sexus parens fuerit, aut an liberos in potestate habuerit, nec ne, *d. cap. 1.* quod repræsentandi jus etiam in pronepotibus, & deinceps cæteris locum habet, concurrentibus cum iis, qui sunt gradu proximiores. Per § *ult. sup. de har. qua ab intest.* Liberi vero omnes, qui ejusdem sunt stirpis
4 & gradus, in capita succedunt, id est, viritim, ut æqualiter hæreditas inter eos dividatur, *d. c. 1. facit* §. *6. & d.* § *ult. de har. qua ab intest.* Sciendum autem est, Justinianum toto *d. cap. 1. Nov. 118.* loqui de solis liberis natis ex justo matrimonio; quibus tamen etiam exæquati sunt in hac causa liberi legitimati, §. *2. sup. d. tit.* ubi diximus. *Nov. 74. & 89.* De illegitimorum successione alibi tractavimus, §. *pen. sup. de Senatuscons. Orfic.* In successione adoptivorum sequendum, quod constitutum est *l. pen. C. de adopt.* de quo non uno loco disseruimus sub *tit. de hared. qua ab intest.* Sæpe etiam alibi monuimus, apud nos adoptionem in usu non esse, certe non tribuere jus liberorum, aut cognationis omnino, ut sub *rubr. de adopt.* & sub *tit. de exhar. lib.*

De successione parentum.

1. *In hoc ordine quis succedendi modus; & an referat unde bona obvenerint.*
2. *Qui pariter cum adscendentibus admittantur, & in quam partem.*

Secundus ordo adscendentium est, sive parentum. Hi liberis defuncti non extantibus ad legitimam liberorum suorum hæreditatem vocantur hoc modo.
1 Si nec fratres defunctus reliquerit, succedunt soli, & soli inter eos, qui sunt gradu proximi, *d. Nov. 118. c. 2.* Et siquidem ex eadem sunt linea, succedunt in capita: quippe in hoc ordine locum non habet repræsentatio, *d. c. 2. auth. defuncto. C. ad sen. Tertyll.* sin ex diversa, tanquam in stirpes, ut semissem unum paterni, alterum materni, licet impares numero, consequantur, *d. c. 2.* Nec attenditur, unde bona, aut major bonorum pars defuncto obvenerit, à paterna linea, an à materna, per *d. c. 2. vers. si autem. Gudelin. lib. 2. de jure noviss. c. 14. Fab. Cod. suo, lib. 6. tit. 33. defin. 2.* Quod si cum adscendentibus invenian- 2
tur simul fratres ex utroq; parente defuncto conjuncti, non soli parentes ad hæreditatem admittuntur, sed una cum horum proximis fratres & sorores superstites: quæ successio in capita est, & hoc singulare habet, quod nec usufructus portionis fratribus delatæ parentibus, quorum in potestate sunt, acquiratur, *d. c. 2. vers. si vero.* Postea cum parentibus & fratribus germanis admissi etiam eorum fratrum demortuorum filii in stirpes, data his portione, quam pater eorum superstes accepturus fuisset, *Nov. 127. cap. 1. auth. cessante C. de leg. har.* Nepotes ex fratre non idem juris habent; neque fratres consanguinei tantum cum patre, aut uterini cum matre admittuntur, per *d. cap. 2. authent. defuncto C. ad Senatusconsult. Tertyll. ubi DD.* Sed nec fratrum germanorum filii soli cum parentibus ex *d. Nov. 127.* succedunt; verum ita demum, si fratres concurrant. De parentibus illegitimis statuendum ex successione liberorum illegitimorum: de adoptivis ex jure veteri & *l. penult. Cod. de adopt.*

De successione lateralium.

1. *Qui primi in hoc ordine: & qua ratione vocentur.*
2. *Utrum fratrum filii, quando soli sunt, in capita, an in stirpes, succedant.*
3. *Qui secundo loco veniant: & utrum fratres consanguinei & uterini concurrentes ex aquo in bona omnia defuncti fratris, an illi in paterna, hi in materna, succedant.*
4. *Qui qua ratione postremo loco vocentur.*

Tertius ordo collaterales habet, qui omnes ex *d. Nov. 118. c. 3.* veniunt remoto discrimine sexus, agnationis cognationisve. Hos inter primum locum 1
obtinent fratres sororesque germani seu ex utroque latere conjuncti; cum quibus tamen admittuntur & fratrum eorum defunctorum filii jure repræsentationis, ut tantum ferant quantum pater eorum habiturus fuisset: & quamvis soli sint, præferuntur tamen defuncti thiis, atque adeo fratribus ex uno tantum latere defuncto conjunctis, quemadmodum pater eorum, si vixisset, iisdem defuncti fratribus, & tam consanguineis, quam uterinis præferendus fuisset, *d. c. 3. auth. itaque C. comm. de success.* Omnia contra rationem juris veteris, quo jure fratres, qui tantum consanguinei sunt, idem jus habent, quod germani;

germani; & ad patruos æque, ac ad fratrum filios legitima hæreditas pertinet; nec non ad avunculos æquè, atque ad filios sororum honoraria, *l.1.* §. *pen. unde cogn.* *Vid. sup. de legit. agn. succ. & de success. cogn.*
2 Illud non satis expeditum est, num fratrum filii, quando soli existunt, in stirpes, an vero in capita ex jure novissimo succedere debeant. Accursius censuit, etiam tunc in stirpes succedere, Azo contra in capita. Uterque magnos habet propugnatores, quos vid. apud *Forster. 8. de success. ab int. c. 3. Fachin. 6. cont. 3.* Mihi semper probabilior visa est Azonis sententia: propterea quod juri veteri & constitutionibus quoque posterioribus consentanea est, §. *hoc etiam 4. sup. de l. agn. succ. l. 2.* §. *2. de suis & leg. l. pen. & ult.* §. *3. C. de leg. hær.* nec ostendi potest, Justinianũ quicquã, quod quidem ad hanc causam attinet, innovasse. Nam quod Accursius, eumque secuti ajunt, constitutione Justiniani filios fratrum, jure repræsentationis vocari, atque ex eo sic argumentantur; Qui jure repræsentationis succedunt, illi non aliter succedere possunt, quam in stirpes, cum non amplius possint accipere, quam is, cujus locum repræsentant, accepturus fuisset, §. *cum filius 6. sup. de hær. quæ ab int.* At filii fratrum succedunt jure repræsentationis, *d. c. 3. Nov. 118.* Ergo. Ad hoc respondeo, falsam esse istius argumentationis assumptionem, si in sensu diviso, de quo quæritur, accipiatur, hoc est, quando fratrum filii soli succedunt. Nam Justinianus in *d. c. 3.* eo tantum casu jus repræsentationis filiis fratrum concedit, quando concurrunt cum patruis aut avunculis suis: quippe cum hoc casu ex sua persona succedere non possint; quoniam uno gradu remotiores sunt fratribus defuncti, quibus ne injuria fieri videatur, jus repræsentationis introducendum fuit, ut in patris locum succederent, atque ex persona ejus vocarentur: quod necessarium non est, cum soli reperiuntur, ut propria ex persona succedere possunt. Non obstat exemplum nepotum, quos constat in stirpes semper succedere, sive succedant cum patruis, sive soli, quasi post constitutionem Justiniani eadem plane esset ratio filiorum fratrum, quæ jure veteri nepotum fuit, ut nimirum parentum suorum locum in succedendo perpetuo occupent. Nam hæ duæ species certo jure distinctæ sunt. In linea recta descendentium nunquam proximitas spectatur, *d.* §. *cum filius &* §. *ult. de hær. quæ ab int.* in linea collaterali perpetuo & sola, *sup. de leg. agn. succ. in pr. & in pr. de succ. cogn. l. 3. C. de legit. hær.* unde unum tantum casum, eum quem diximus, excepit Justinianus. Atqui ajunt, fratris filii excludunt defuncti patruum, qui eodem gradu est, *d. c. 3.* hoc vero certum esse argumentum, eos non jure proximitatis, sed repræsentationis, succedere. Respondeo, excludunt & fratrem ex uno tantum latere defuncto conjunctum, qui uno gradu est proximior; nec tamen inde sequitur, quod putavit Fachin. *d. loc.* eos hoc casu succedere jure repræsentationis; non magis quam si dicam, filius & filia defuncti patrem & matrem excludunt, qui eodem gradu sunt, ergo succedunt jure repræsentationis. Sed & frater ex utroque latere conjunctus præfertur fratri ex altero latere conjuncto duntaxat, qui tamen eodem gradu est, non tamen jure repræsentationis. Quo igitur? Non alio, quam proximitatis; quia tertium non datur. Concludo igitur, fieri posse, ut aliqui pari gradu constituti jure proximitatis soli succedant, exclusis iis, qui eodem gradu aut etiam proximiore sunt, si illorum jus sit potius, ut ex constitutione Justiniani est jus filiorum fratrum, tanquam descendentium, quam patruorum aut avunculorum, qui instar sunt adscendentium: & jus plenorum sive germanorum fratrum, & horum item filiorum, propter duplex sanguinis vinculum, quam consanguineorum tantum aut uterinorum. *Nov. 84. c. 1.* §. *1.* Nec dicat quis, hoc jure posito magnam liberis fratrum inferri injuriam, si forte unus plures, alter pauciores reliquerit. Nam ubi fortuiti casus par in utramque partem ratio est, neuter lædi videtur, *l. si pater. 12. C. de inoff. test.* Azonis sententia constitutione Caroli Quinti in comitiis Spirensibus confirmata est, anno 1529. probataque & Gallicanis Parlamentis. *Papon. lib. 21. tit. 1. arrest. 11. & 12. Maynard. lib. 6. decis. 92. num. 3. Costal. in l. 1.* §. *ultim. si pars hær. pet.* & plerisque aliis supremæ jurisdictionis curiis. *Tessaur. decis. 162. Ant. Fab. Cod. suo. tit. de legit. hær. defin. 1. Christin. Vol. 1. decis. 194.* Atque ita quidem ego olim pro Azone. Cæterum postea dum singula *d. cap. 3. Nov. 118.* enucleatius examino, vereri cœpi, ne non satis ex mente & sententia Justiniani. Sane verbis *d. cap. 3.* Azonis opinio minus convenire mihi visa, nisi cum Fachin. *d. loc.* eam sic limitemus, ut eo duntaxat casu procedat, quo fratrum filii ex propria persona veniunt: non autem quando vocantur ad exclusionem aliorum, qui alias aut cum iis concurrerent, aut eos ipsos excluderent: de quo nos opulentius *lib. 1. select. quæst. c. 30.* Post 3
fratres germanos eorumque demortuorum filios admittuntur fratres consanguinei & uterini, & cum his eorum demortuorum filii in stirpes, *d. Nov. 118. c. 3. auth. post fratres C. de leg. hær.* Atque hos ex æquo succedere in omnia fratris defuncti bona, sive ea paterna sint, sive materna, sive quæsita aliunde, magna causa est cur existimem; licet DD. comm. contra sentiant, & consanguineis paterna, uterinis materna assignent, aliunde quæsita demum æqualiter censeant distribuenda: uti & *Forster. lib. 8. cap. 8. Gomez. ad l. Tauri 8. num. 8. Gudelin. lib. 2. de jur. nov. c. 15.* Nam primum bona cujusque unde-

cumque profecta unum & simplex patrimonium ejus constituunt, atque ex vera ratione juris successio fit in bona universa, æqualique jure succedentes æqualiter defunctum repræsentant: qua eadem ratione plerique defendunt, parentes liberis suis, remota quæstione unde bona obvenerint, succedere. *Forster. lib. 7. cap. 2. num. 6. & seqq. Fachin. 6. cont. 4. Covarr. epit. de success. ab intest. num. 3.* Deinde Justinianus primo utrinque conjunctos simpliciter præfert conjunctis ex uno latere, ac mox post illos etiam hos indistinctè vocat. Quod si causa & origo bonorum spectaretur, vide quæ huic rei sint consequentia. Unum est, ut consanguinei cum germanis admittantur ad bona paterna, uterini cum iisdem ad bona materna. Secundum, ut admittantur, & multo magis, cum eadem distinctione bonorum, consanguinei & uterini cum fratrum germanorum filiis. Etenim in bonis, quæ v. c. à communi patre provenerunt, nihil operari potest aut debet concurrens in altero fratrum defuncti à matre cognatio, aut efficere, ut is ob eam causam præferri debeat conjuncto tantum per patrem, si, unde bona obvenerint, non jus succedentium, consideremus: quemadmodum in feudis constat consanguineos à germanis non excludi. *Alvarot. in tit. de success. frat. §. in his vero lib. 2. Feud. tit. 11. Curt. tract. de feud. part. 3. n. 56.* Denique si defunctus nulla bona materna habeat, sed paterna duntaxat, uterinum hac ratione frater consanguineus in totum submovebit. Quæ quidem omnia & cum verbis & cum mente Justiniani in *d. c. 3. Nov. 118.* pugnare videntur, consanguineos & uterinos simpliciter & pari jure ad successionem intestati fratris vocantis. Communis opinio fundatur in *l. de emancipatis 13. §. 2. C. de legit. hær. & Nov. 84. c. 1. §. 2.* Sed verissimum est, minimeque obscurum, quod etiam D. Gothofr. ad *d. l. 13.* notat, textus istos per hanc Novellam nostram abrogatos esse: quippe in quibus pater fratribus omnibus postponitur; nec tamen alio casu, quam cum pater adhuc vivit, & usumfructum consequitur, ex eadem matre nati in bonis, quæ à matre profecta sunt, consanguineis præferuntur. Postremo veniunt cæteri collaterales, & tam ex uno latere, quam ex utroque cognatione juncti. Quo autem quisque proximior est, ita alterum excludit. Si plures sint ejusdem gradus, in capita familiam dividunt, *d. Nov. c. 3. in fin.* Unde duo colligimus, quæ diligenter notanda sunt. Unum est, quod qualitas duplicis conjunctionis sive plenioris sanguinis non consideratur ultra fratres eorumq; filios: alterum, quod jus repræsentationis in hoc ordine fratrum filii terminant. De successione lateralium illegitimorum plene diximus sub §. *pen. de success. cognat.* De lateralibus adoptivis ad *§. 2. de legit. agn. success.*

Forma succedendi ab intestato apud Hollandos & Westfrisios.

1. *Quibus in oppidis & agris Scabinico olim jure, & in quibus Æsdomico circa successionem ab intestato usi.*
2. *Successio Scabinica qualis, & quo fundamento nitatur.*
3. *Juris Æsdomici ratio, & qualis ex eo jure successio.*
4. *Jus uniforme introductum constitutione polit. an. 1580. sed ab eo recessum an. 1599. ut jam iterum duplex apud nos sit succedendi ratio.*
5. *Communia utriusque juris in successione descendentium & adscendentium.*
6. *Uno ex parentibus defuncti, liberos non relinquentis, mortuo, quid juris apud meridionales, ubi viget constitutio politica.*
7. *Quæ circa successionem collateralium juxta d. constitutionem in universum tenenda.*
8. *Notatur insignis differentia inter jus Rom. & hoc nostrum, circa jus repræsentationis in linea transversa.*
9. *Quid si nec fratres nec fratrum filii aut nepotes extent: & quid si aliquid d. constitutione omissum, ex quo jure de eo statuendum.*
10. *Forma succedendi apud Septentrionales & Westfrisios ex placito de success. ab intest. edito anno 1599. si defunctus nec liberos reliquerit, & alterum tantum parentem superstitem habeat.*
11. *Decisio controversiæ cujusdam ortæ ex verbis finalib. art. 3. d. plac.*
12. *Quomodo successio collateralium juxta d. placit. procedat.*
13. *Quando avus & avia, fratrum pronepotes & deinceps, & quam in partem singuli vocentur.*
14. *Quando & quomodo patrui, avunculi, & his deficientibus cæteri.*
15. *Quomodo divisio fiat, si cum fratrum filiis nepotes ex fratre concurrant.*
16. *Discrimen bonorum in nulla harum successionum attendi.*
17. *Quod d. placito definitum non est, ad cujus juris normam id exigendum.*
18. *Quando & quibus in bonis prædictæ constitutiones non obtinent.*

1 IN his regionibus duplex ratio succedendi ab intestato, eaque toto inter se cœlo distans, usurpata quondam fuit; una ex jure Zelandico, quod nostri *Scabinicum* appellant; altera ex veteri jure Frisiorum, quod *Æsdomicum* sive *Asingicum* dicimus. Illo utebantur urbes & agri Hollandiæ meridionalis, quæ

quæ scilicet Rheno & Mosa fluminibus concluditur, cujusque caput est Dordracum: hoc in urbibus & agris trans Rhenum & Yssalam ad Aquilonem positis usitatum erat, videlicet in Noordhollandia, Kennemerlandia, Westfrisia, atque in tota etiam Rhynlandia, licet magna hujus territorii pars cis Rhenum sita sit ad Africum. Cæterum Hagacomitatenses & Roterodamenses, quamvis ad plagam Yssalæ septentrionalem positi, Scabinico jure usi sunt.
2 Juris Scabinici seu successionis Zelandicæ hoc fundamentum fuit, *'t Goedt moet gaen van daer 't gekomen is.* Hoc est, bona eo redire debent, unde profecta sunt: quod tamen sic acceptum, ut liberi semper in locum parentum veniant una manu, ut scilicet non plus omnes accipiant simul, quam parens eorum habiturus fuisset. Hoc principio posito, graduum aut proximitatis ratio non magnopere habenda fuit; sed potius spectandum, unde bona ad defunctum per successionem pervenerint aut pervenire potuerint. Hinc est, quod si liberi non extarent, prima in successione causa, utriusque simul parentis erat; nimirum quia bona defuncti ab iis profecta censebantur, non quod primo essent gradu. Itendidem est, quod altero parente mortuo, nec superstes, nec fratres, nec ulli alii per eum defuncto juncti ad hæreditatem partemve ullam hæreditatis admittebantur, sed cognati parentis præmortui, etiamsi remotioris essent gradus. Hinc item est, quod utroque parente mortuo fratres germani in concursu cum consanguineis & uterinis, aut horum alterutris, duplici divisione utebantur. Ne plura commemorem, verum juris Scabinici schema nobis exhibet constitutio politica edita anno 1580. excepto, quod infinitam collateralium repræsentationem ad fratrum nepotes & patruorum atque avunculorum filios restringit. Jus Æsdomicum contrario fundamento
3 nititur, hoc nimirum, *'t Maeste bloedt beurd het goedt:* id est, proximus sanguine, proximus successione: ita tamen ut hoc jure nihilominus descendentium causa potior esset, quam adscendentium; atque adscendentium, quam lateralium. Cum ergo in unoquoque ordine solam hic proximitatem & gradum spectari placeret, hinc eveniebat, ut ne in liberorum quidem ordine repræsentationi locus esset, sed filii excluderent nepotes, hi pronepotes, &c. ut nulla germanitatis, consanguinitatis aut uterinitatis haberetur ratio: ut patrui & avunculi, amitæ & materteræ cum fratrum & sororum filiis in capita succederent, denique collaterales omnes, uti quisque gradu esset proximus. Plura qui hic nosse desiderat, adeat *D. Neostad. de pact. antenupt. obs.2. D. Grot. lib. 2. manuduct. ad Jurispr. Batav. c. 28. Johan. Arn. Corvin. in eisd. subj. tit. lib. 3. inst.* Ex duobus his tam dissimilibus ac difformibus succedendi modis tandem jus simplex atque uniforme conflatum est, quod sine distinctione in locis omnibus hujus provinciæ servaretur. Id effectum AA. Ordinum 4
constitutione politica, anno 1580. Cæterum cum ea constitutio propemodum in omnibus partibus sequeretur jus Scabinicum, illi autem, qui juri Æsdomico assueti erant, exceptis paucis, mediis Rhenum inter & Yssalam, adduci se non paterentur, ut à jure majorum, præsertim quatenus parentibus favebat, tam longè, quantum d. constitutio, recederent, concessum postea est his querentibus jus speciale, ex Æsdomico & Scabinico mixtum ac temperatum: quod factum anno 1599. constitutione sive placito de success. ab intestato: in cujus placiti principio urbes & agri enumerantur, quibus petentibus hoc jus indultum est. Ex quo tempore iterum diverso jure in causa successionis ab intestato uti cœpimus; alio in oppidis & agris Hollandiæ meridionalis; alio in Noorthollandia & Westfrisia, illic eo, quod in commune sancitum est anno 1580. hic illo temperato, quod specialiter constitutum anno 1599. præterquam in pagis quibusdam & vicis, iis nimirum, quos nominatim hæc constitutio excipit.

Utroque jure in successione ab intestato prima 5
causa est liberorum, in qua successione gradus non quæritur, sed cum liberis primi gradus succedunt & liberi gradus secundi aut inferiorum jure repræsentationis seu in stirpes, ut tantam portionem accipiant, quantam parens eorum laturus fuisset, *art. 20. const. polit. art. 1. placit. de success. ab intest.* in quo nihil dissonum à jure Romano; uti neque in eo, quod liberi, qui aliquid à parentibus acceperunt extra causam simplicis donationis, veluti ad subsidium matrimonii, ad mercaturam, aliamve negotiationem exercendam promovendamve, id fratribus consortibus in divisione hæreditatis conferre debent, *art. 29. d. constit. pol. l. pen. §. 1. C. de collat.* Igitur quod descendentes attinet, uno communi jure per totam Hollandiam & Westfrisiam utimur, scripto Romanorum per omnia consentaneo. Illud quoque in commune statutum & receptum est, ut deficientibus liberis defuncti, si uterque parens primi gradus, sive pater & mater adhuc vivant, hi soli ad universam liberorum suorum successionem veniant, & fratres quantumvis germanos, eorumque filios excludant, quos simul admittit Justinianus, *art. 21. d. constit. & art. 2. d placit.* Altero vero parente mortuo jus variat. In omni autem successione, si fortè brevitatis causa masculorum tantum mentionem faciemus, memento, me eorum appellatione etiam fœminas cognatas complecti. In Hollandia meridionali, ubi antea mero jure Scabinico seu Zelandico utebantur, recepta est in omnibus partibus d. constitutio politica an. 6
1580. qua constitutione, quantum attinet casum propositum,

positum, cautum est, ut altero è parentibus defuncti, de cujus successione agitur, mortuo, parens superstes à successione excluderetur, neu quis alius descendentium, rupto morte unius è conjugibus thoro, ad liberorum suorum successionem venire possit, *art. 22. & 26. de const. polit.* Uti si in cognatione paterna vel materna aut utraque reperirentur, avus & avia ambo adhuc superstites, hi defuncti thiis ex eodem latere, eorumque liberis præferantur, *art. 25. d. constit.*

De successione collateralium juxta *d. constit. pol.* hæc ante omnia & in universum tenenda sunt.
7 Primum uno ex primi gradus parentibus defuncti, qui liberos non reliquit, mortuo, sicut parens superstes, aliique per hunc parentem adscendentes, à successione removentur, ita nec ullos laterales per eundem parentem superstitem defuncto conjunctos ad successionem ejus vel in totum vel ex parte venire posse. Secundo mortuo utroque parente, hæreditatem tunc dividi in duas æquales partes, quarum alteram paterni, alteram materni ferant; nec considerari, utrum à parte patris, an à parte matris major pars bonorum abvenerit. Tertio uno duntaxat parentum mortuo, totam hæreditatem ad eos solos pervenire, qui ei, de cujus successione agitur, per illum parentem mortuum conjuncti sunt. Quarto hinc esse, quod mortuo patre & matre fratres & sorores consanguinei, cæterique collaterales ex uno tantum latere defuncto conjuncti, admittantur solum dimidiata seu semiplena manu, ita ut ex utroque latere conjuncti primo semissem totorum bonorum sibi vindicent: deinde alter semis inter eosdem & ex uno latere conjunctos dividatur; qui iisdem contra, uno ex parentibus mortuo, plena manu veniunt, si defuncto conjuncti sint per parentem demortuum. Hæc ita comprehensa sunt declaratione super ordinat. de success. edita anno 1594. Postremo & illud sciendum, quanquam hoc nunc per totam Hollandiam observatur, jus repræsentationis (quod est vetus jus Scabinicum) porrigi tantum in linea transversali ad fratrum & sororum nepotes, &
8 patruorum atque avunculorum filios inclusivè. Ubi notanda insignis inter jus Romanum & hoc nostrum differentia. Nam jure Romano in linea collaterali soli jus repræsentationis habent fratrum filii, nostro etiam fratrum nepotes, & patruorum atque avunculorum filii. Fratrumque præmortuorum filii & nepotes etiam tunc cum soli sunt, non in capita, sed in stirpes jure repræsentationis succedunt. Inter cæteros autem laterales jus Æsdomicum servari, quo jure qui gradu proximior est, ulteriorem excludit, paresque gradu in capita succedunt, *art. 28. d. const. pol.* Quod autem apud Roterodamenses duobus gradibus ulterius, quam dictum est, jus repræsentationis extenditur, ex speciali concessione est. Igitur vel utroque parente vel altero deficiente, fratribus & sororibus, & jure repræsentationis filiis eorum ac nepotibus, defertur hæreditas; ut tamen in familia erciscunda, quod ad fratres & deinceps ex uno latere conjunctos attinet, servetur illud discrimen, cujus modo mentio facta, *art. 22. & seq. d. constit. pol.* Si 9
nec fratres nec fratrum filii aut nepotes extent, tum hæreditas, uti dictum est, in duas partes secatur, quarum unam laterales paterni accipiunt, alteram materni, *art. 27. d. constit.* Quod si contingat, adhuc avum & aviam simul, sive paternos sive maternos, in vivis esse, hi soli in eo latere, in quo reperiuntur, hæredes erunt. Sed avo atqve avia aut alterutro eorum mortuo, succedunt patrui & avunculi, & jure repræsentationis sive in stirpes etiam eorum filii. In cæteris & remotioribus gradibus jus Æsdomicum servari placet, hoc excepto, quod fratrum pronepotes & deinceps, quamvis quinto aut ulteriore gradu sint, tamen in successione præferantur avo, aviæ, & qui supra hos sunt adscendentibus: item patruis, avunculis, eorumque liberis. Cæterum in capita, non in stirpes hæreditatem partiuntur, ut jam dictum est. Si quid inciderit, quod non satis expressè per *d. constit. pol.* decisum videri possit, de eo non ex jure Romano, quod nominatim d. constitutio abrogat *art. 19.* sed secundum præcedentia theoremata, & porro ex jure Scabinico in locis, in quibus hoc usurpatum fuit, statuendum erit.

Apud Hollandos autem septentrionales & West- 10
frisios, qui ante simplici jure Æsdomico utebantur, hæc porro forma succedendi ex placito de success. ab intest. anni 1599. servatur. Mortuo uno ex primi gradus parentibus ejus, de cujus successione quæritur, & qui nec liberos reliquit, parens superstes una cum fratribus defuncti, & fratrum filiis ac nepotibus, per repræsentationem ad intestati successionem admittuntur, *art. 3. de plac. de success. ab int.* Cumque jure Romano parentes cum fratribus defuncti vocentur in capita, *d. Nov. 118. c. 2.* hic parens superstes in semissem hæreditatis venit, alter semis inter cæteros dividitur. Cæterum hic etiam cum parente superstite admittuntur fratres ex uno latere, modo per parentem præmortuum, defuncto conjuncti, eorumque filii & nepotes; cum jure Romanorum soli concurrant fratres germani eorumque filii, non etiam nepotes, ut supra demonstratum. Quod si defunctus 11
nullos fratres per parentem prædefunctum conjunctos habeat, tunc ad solum parentem superstitem tota successio pertinet, etiamsi prædictorum fratrum liberi supersint, aut etiam fratres defuncto conjuncti per parentem superstitem duntaxat. Quod deficientibus fratribus germanis nihilominus cum parente superstite admitti dicimus fratres ex uno parente conjun-

conjunctos, dum ex præmortuo, id quidem verbis finalibus *d. art. 3. placit. de ſucc. ab int.* parum convenire videtur : ſed tamen lite ſuper ea re exorta inter patrem ſuperſtitem & fratrem defuncti ex præmortua matre, Curia provincialis ſecundum fratrem pronuntiavit ; & appellatione quoque deinde interpoſita, ſententia Curiæ à ſupremo Senatu approbata eſt. *D. Coren. obſ. rer. à ſup. Sen. jud. 29.* Cæteri adſcendentes demum poſt fratres eorumque filios & nepotes, uti quisque proximior eſt, vocantur, idque in capita, *art. 7. d. plac. de ſucc. ab inteſt.* Enimvero ſi defunctus non alios fratres aut fratrum filios nepotesve reliquerit, quã ex uno tantum latere conjunctos, & ex altero latere avum aut aviam, aut his etiam remotiores adſcendentes ſuperſtites habeat, hoc caſu placet prædictos fratres, eorumque filios & nepotes jure repræſentationis ſuccedere in unum ſemiſſem tantum : alter ſemis proximo memoratorum adſcendentium attribuitur, ſi plures ſint ejusdem gradus, viritim diſtribuendus, *art. 6. d. placit.*

12 Collateralium autem ſucceſſio ſic ſecundum *d. plac.* procedit. Si neque liberi nec primi gradus parentes extent, fratres fratrumque filii & nepotes (qui hic etiam cum altero parente ſuperſtite ſuccedunt eo, quo ſupra diximus, modo) ad univerſa defuncti bona veniunt, videlicet fratrum filii & nepotes jure repræſentationis, *art. 4. de ſucc. ab inteſt.* Fratres germani eorumque filii & nepotes in concurſu cum conſanguineis & uterinis, gemina diviſione, hinc conſanguineis, illinc uterinis eorumque filiis & nepotibus, partem auferunt, *d. art. 4.* Quod ſi vel conſanguinei tantum, vel tantum uterini, eorumve filii aut nepotes, cum germanis eorumve filiis aut nepotibus concurrant, tum duo ſemiſſes fiunt, quorum alter inter fratres vel conſanguineos vel uterinos, eorumve filios vel nepotes, & fratres germanos eorumve item filios aut nepotes, dividitur ; alterum ſoli ſibi habent germani eorumque liberi quos diximus, utpote qui ex hoc latere nullos alios cohæredes habent, *d. art. 4.* Si fratres germani eorumque liberi primi & ſecundi gradus deficiant ; extent autem fratres conſanguinei & ſimul uterini, aut item utrinque horum filii aut nepotes ; hoc caſu bona in duas æquales partes dividuntur ; quarum una diſtribuitur conſanguineis, & filiis eorum ac nepotibus in ſtirpes ; altera uterinis eorumque item filiis ac nepotibus ſimili modo in ſtirpes. Quod ſi fratres, fratrum filii, aut filiorum filii, qui ſuperſunt, omnes ex uno duntaxat latere defuncto conjuncti ſint, tum hi fratres, ſive conſanguinei ſive uterini, eorumque filii & nepotes, per repræſentationem in univerſa defuncti bona ſuccedunt : niſi fortè avus aviave, aut ſupra hos alii adſcendentes (defuncto per alterum latus juncti) ſuperſint : quo caſu placet memoratos fratres, ſive conſanguineos ſive uterinos, eorumque filios & nepotes, jure repræſentationis admitti in ſemiſſem hæreditatis duntaxat : in alterum ſemiſſem prædictos avum & aviam aviosve adſcendentes pro virilibus portionibus venire, *art. 6. d. placit.* Poſt fratres o- 13
mnes eorumque filios ac nepotes ad univerſam ſucceſſionem defuncti vocantur avus, avia & cæteri adſcendentes jure proximitatis atque in capita : quod etiam locum habet, etſi ab una parte avus & avia, ab altera alter tantum ſuperſit : atque ita porro in remotioribus adſcendentibus pari gradu defuncto conjunctis, *d. placit. art. 7.*

Adſcendentibus quoque cunctis deficientibus, tum proximi deſcendentes ex fratrum liberis ſecundi gradus, pronepotes fratrum ſcilicet & deinceps, qui quinto gradu aut ulteriore ſunt, ad omnia bona defuncti veniunt, excluſis cunctis cæteris collateralibus. Succedunt autem non in ſtirpes, ſed in capita ; nec quæritur, utrum progeniti ſint ex defuncti fratribus germanis, an conſanguineis uterinisve, *art. 8. ad plac.* Ac tametſi qualitas duplicis conjunctionis jure Romano ultra fratres eorumque liberos primi gradus non attenditur, hoc noſtro tamen jure finitur demum in fratrum liberis gradus ſecundi. Poſt hos vocantur patrui & avunculi in capita, eo- 14
rumque liberi primi gradus ex repræſentatione, ſucceduntque in omnia defuncti bona, ſine inquiſitione, utrum patrui aut avunculi per utrumque parentem patri defuncti juncti ſint, an per alterum duntaxat, *art. 9. d. plac.* Si nec patrui nec avunculi extabunt, ſoli ſanguine proximi ad hæreditatem in capita veniunt, nullo item diſcrimine habito, utrum cognatio procedat à fratribus utrinque, an ex uno latere duntaxat conjunctis. Et convenienter patrui magni & avunculi magni cum conſobrinis æqualiter ſuccedunt, *art. 10.* In ſucceſſione collateralium repræſentationi locus non eſt, quando omnes, qui ad ſucceſſionem vocantur, eodem aut pari gradu cognationis defunctum contingunt, *art. 11. d. plac.* Cæterum 15
ſi defunctus non alios propiores cognatos reliquerit, quam fratrum filios, & cum his item nepotem nepotesve alterius fratris, filio etiam hujus præmortuo, hoc caſu fratrum filii ſuccedunt in capita, nepotes fratris in ſtirpes ſeu jure repræſentationis, *art. 12.*
Porro nulla in ſucceſſione in locis commemoratis, 16
ubi viget *d. plac. de ſucc. ab int.* attenditur, unde aut à qua parte bona profecta ſint, neque utrum ſint hæreditaria, an ex quæſtu aut aliunde obvenerint, *art. d. plac. 13.* Poſtremo ſi quid incidens videri poſſit, 17
d. conſtit. de ſucc. ab inteſt. non ſatis evidenter definitum, id non ad normam juris Æsdomici Scabinicive, aut conſtitutionis politicæ, (quippe quæ, quod ad ſucceſſiones ab inteſtato in prædictis locis attinet, ſublata eſt) ſed ad rationem juris ſcripti Romanorum

norum dirigendum erit, uti nominatim cautum *art. 14. d. constit. de succ. ab int.* Illud etiam sciendum
18 est, prædictas constitutiones DD. Ordinum non alias locum habere, quam si testamentis, pactis antenuptialibus, aliisve modis, expressis *art. 19. & 29. const. polit.* aliter cautum non probetur. Successionibus quoque feudalibus nihil istis constitutionibus derogatum est: proinde in feudis antiqua & propria natura succedendi etiam nunc sequenda erit, de qua tractatum scripsit D. Neostadius piæ memoriæ, supremæ apud nos Curiæ quondam Senator. *add. D. Hug. Grot. introduct. ad Jurispr. Batav. lib. 2. cap. 41.*

TITULUS VI.
D. lib. 38. tit. 10.
De gradibus cognationum.

TEXTUS.
Continuatio, & Cognationis divisio.

Hoc loco necessarium est exponere, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Quare in primis admonendi sumus, cognationem aliam supra numerari, aliam infra, aliam ex transuerso, quæ etiam à latere dicitur. Superior cognatio est parentum: inferior liberorum: ex transverso fratrum sororumve, & eorum, qui quæve ex his generantur: & convenienter patrui, amitæ, avunculi, materteræ. Et superior quidem & inferior cognatio à primo gradu incipit: at ea, quæ ex transverso numeratur, à secundo.

COMMENTARIUS.

1. *Causa, ob quas cognationum gradus nosse oporteat: & cur seriem generationum, gradus Jurisconsulti vocitent.*
2. *Qua serie gradus numerentur tum in cognationis linea recta, tum in laterali.*

1 NOn unam ob causam Jurisconsultus cognationum gradus nosse debet: nam & legitimæ hæreditates & tutelæ ad proximum quemque agnatum redire consuerunt, & edicto prætor proximo cuique cognato dat bonorum possessionem, *l. ult. in pr. de grad. & affin.* & jure novissimo ab intestato tam ad hæreditatem, quam ad tutelam cognati omnes, id est, non tantum agnati, sed etiam cæteri cognati, servata gradus prærogativa, vocantur. *Nov. 118. c. 4. & 5.* Præterea lege publicorum judiciorum contra certi gradus cognatos inviti testimonium dicere non cogimur, *l. 4. de test. d. l. ult. de grad. & affin.* Sed & propter nuptias distinctio graduum cognationis cognoscenda est, maximè post jus Canonicum, quod hic diversa à jure civili dinumeratione uti cœpit: quam differentiam, eo quod in causis matrimonialibus duntaxat etiam in foro Ecclesiastico servatur, supra exposui ad *§. 4. de nupt.* Primus autem & potissimus hujus disputationis usus jure civili in hæreditatibus cernitur: atque ob hanc causam ait Imperator, necessarium esse hoc loco exponere, quomodo gradus cognationum numerentur. Itaque proposita primum divisione cognationis respectu linearum, in quibus gradus collocantur, gradus ipsos deinde specialiter enumerat, eorumdemque numerandorum rationem hoc titulo ostendit. Gradus Jurisconsulti *μεταφορικῶς* vocant ipsam generationum seriem, quod alii ab aliis, quasi gradibus quibusdam oriantur. Gradus, inquit Paulus, dicti sunt à similitudine scalarum, locorumve proclivium, quos ita ingredimur, ut à proximo in proximum, id est, in eum, qui quasi ex eo nascitur, transeamus, *d. l. ult. §. gradus 10. de grad. & affin.*

Aliam supra, aliam infra, aliam ex transverso] Linea graduum cognationis duplex est; una recta & perpendicularis, altera transversa sive lateralis: illa vel est superior, in qua sunt parentes, id est, omnes adscendentes; vel inferior, in qua liberi, id est, descendentes: hæc eorum est, qui ex latere veniunt, fratrum scilicet & sororum, & qui ex his generantur, item patruorum &c. Estque vel æqualis, in qua latera utrinque coeunt, quæ scilicet eorum est, qui pari gradu distant à communi parente: vel inæqualis, cum alter est remotior, ut patruus & fratris
filius. Recta linea & sursum & deorsum initium ca- 2
pit à primo gradu: transversa autem incipit à gradu secundo, *l. 1. §. 1. l. στέμματα. de grad. & affin. & hoc text. in fin.* Ut ecce, pater recta generat filium; filius recta generatur à patre; & ita deinceps adscendendo aut descendendo progrediendum, totidemque gradus numerandi, quot sunt generationes. Lateralis autem cognatio ex alio originem trahit, quam de cujus hæreditate agitur puta fratris ex patre aut matre, patrui & avunculi ex avo & avia: nam frater, verbi causa, à fratre non generatur, sed ut ortus utriusque auctor est communis parens, ita & conjunctio eorum ab eo pendet. Itaque quamvis gradus semper numerentur per generationes, id tamen in cognatione laterali fit, serie nonnihil diversa. Etenim

cum

eum à latere ad latus perveniri non possit, nisi per eum transeas, à quo veluti communi limite utrumque latus descendit, necesse est primum ut ab eo, de cujus cognatione quæritur, ad communem cognationis auctorem, ἐπὶ τὸ τῆς συγγενείας αἴτιον πρόσωπον, ut Theoph. *de legit. agn. succ. in princ.* sursum progrediare, & inde rursus deorsum ad alterum; de quo & ipso quæritur. Quamobrem si quæratur, frater quoto gradu à fratre distet, primum ab uno fratre adscendendum est ad caput utriusque, patrem scilicet; deinde descendendum ad alterum fratrem, & comperiemus fratres duobus gradibus inter se distare: ut ecce, ego genitus à patre meo; hic habes unum gradum. Id. pater meus genuit Titium fratrem meum; hic habes alterum. Pari ratione, si quæras quoto gradu patruus tuus tibi conjunctus sit, adscende primum ad avum vestræ cognationis communem limitem: deinde iterum descende ad ejus filium qui est patruus tuus, & reperies eum tibi conjungi tertio gradu cognationis. In remotioribus longiori circuitu opus est: eadem tamen proportio servatur: numera enim generationes, & gradus numeraveris. Atque hæc est perspicua, germana, ipsiq; naturæ prorsus consentanea graduum numeratio.

Textus.

De 1. 2. & 3. gradu.

1. Primo gradu est supra pater, mater: infra filius, filia. 2. Secundo gradu supra avus, avia: infra nepos, neptis: ex transverso frater, soror. 3. Tertio gradu supra proavus, proavia: infra pronepos, proneptis: ex transverso fratris sororisque filius, filia: & convenienter patruus, amita, avunculus, matertera. Patruus est patris frater, qui Græcis πατράδελφος *appellatur. Avunculus est frater matris, qui Græcè* μητράδελφος *dicitur, & uterque promiscuè* θεῖος *appellatur. Amita est patris soror, quæ Græcè* πατραδέλφη *appellatur, Matertera vero matris soror, quæ Græce* μητραδέλφη *dicitur: & utraque promiscuè* θεῖα *appellatur.*

Commentarius.

In his §§. nihil est quod interpretem desideret. Nomina Græca, quæ hic addita, non sunt apud Gajum *l. 1. §. 3. & 2. seqq. de grad. & affin.* & quædam etiam desunt, quæ aliter leguntur in aliis editionibus. Pro πατράδελφος & μητράδελφος apud Cujac. Hotoman. Cont. Wesemb. legitur πατρῷος μητρῷος, quomodo & Theophilus habet. Illa autem πατραδέλφη & μητραδέλφη non agnoscunt: nec satis Græca sunt: quoniam Græci non solent composita efferre terminatione fœminina: & disertè Pollux in ὀνομαστικῷ scribit, τὴν τοῦ πατρὸς ἀδελφὴν πατράδελφον, τὴν δὲ μητρὸς μητράδελφον appellari, Θεῖος & θεῖα communia nomina esse constat, quibus promiscuè fratres & sorores tam patris quam matris appellantur. In calce §. 3. inter θεῖα & *appellatur,* in nonnullis editionibus interpositum est, *quæ etiam* τηθὶς, quod interserit etiam Theophilus, quamvis fortassis de suo, ut paraphrastes. Plane Polluci τηθὶς est ἡ μητράδελφος. Hesychio & Suidæ θεῖα, tam patris quam matris soror, sed apud hos legitur τηθίς. Fratris sororisque filii & filiæ speciale cognationis nomen apud Romanos non habent, *l. ult. § tertio 14. de grad. & affin.* Apud Græcos habent, & eleganter fratris filius ἀδελφιδοῦς, filia fratris ἀδελφιδῆ vocatur. Erasmus & Valla ἀδελφιδοῦς patrueles vertunt: quo nomine rectè notantur à D. Giphanio. Æacus Plutonis ἀδελφιδοῦς apud Lucianum, Jovis & Æginæ filius. Fratruelis. Gloss. gr. lat. ἀδελφιδοῦς, fratruelis, fratris filius, vel fraternus.

Textus.

Quartus gradus.

4. Quarto gradu supra abavus, abavia: infra abnepos, abneptis: ex transverso fratris sororisque nepos neptisve: & convenienter patruus magnus, amita magna, id est, avi frater & soror: item avunculus magnus & matertera magna, id est, aviæ frater & soror: consobrinus, consobrina, id est, qui quæve ex sororibus aut fratribus procreantur. Sed quidam rectè consobrinos eos propriè dici putant, qui ex duabus sororibus progenerantur, quasi consororinos: eos vero, qui ex duobus fratribus progenerantur, propriè fratres patrueles vocari. Si autem ex duobus fratribus filiæ nascuntur, sorores patrueles appellari. Ad eos, qui ex fratre & sorore progenerantur, amitinos propriè

dici

dici putant. Amitæ tuæ filii consobrinum te appellant, tu illos amitinos.

NOTA.

4. Quidam recte consobrinos, &c.] Qui quæve ex duobus fratribus nati natæve sunt, fratres & sorores patrueles propriè appellantur; qui quæve ex duabus sororibus, consobrini consobrinæque, quasi consororini; qui quæve ex fratre & sorore, amitini & amitinæ, *l. 1.* §. *6. l. ult.* §. *15. h. tit.* ubi tamen JCti testantur hos omnes à plerisque communi appellatione consobrinos vocari.

COMMENTARIUS.

HÆc quoque sunt perspicua quoad rem ipsam. Illud tantum notandum, quod tum qui ex duobus fratribus, tum qui ex duabus sororibus, item qui ex fratre ex sorore nati sunt, ptopriis quidem nominibus distinguuntur, sed quorum plerisque vulgo promiscue utimur. Nam & qui quæve ex duobus fratribus nati natæve sunt, fratres & sorores patrueles proprie appellari; qui quæve ex duabus sororibus, consobrinos consobrinasque, quasi consororinos; qui quæve ex fratre & sorore, amitinos & amitinas dici tradunt Gajus *l. 1.* §. *quarto. 6.* & Paul. *l. ult.* §. *quarto 15. de grad. & affin.* ubi tamen hos omnes à plerisque uno communi nomine consobrinos vocari testantur: quemadmodum apud Belgas quoque hi omnes dicuntur *Susterlingen*, quod respondet τῷ *consobrini*. Et quamvis amitini nunquam inter se duo sint, quoniam qui alteri amitinus est, is ab eo consobrinus nominatur, ut in *fin. hujus* §. etiam Justinianus indicat: tamen ex sorore & fratre natos mutuo amitinos quoque dici significant. Ex quo hoc etiam apparet, consobrinorum nomen non posse restringi ad solos duarum sororum liberos: nam avunculi filium non alio nomine proprie appellare possum, quam consobrini, In lege Pompeja de parricidiis appellatione patruelium videntur significari fratres & sorores consanguinei, matruelium uterini, *l. 1. de parricid.* nec enim potes illo loco patruelem & matruelem consobrinos interpretari cum Bachovio; tum quia non debent consobrini præponi patruo & avunculo; tum etiam, quia eodem loco post patruum & avunculum collocantur consobrinus & consobrina, ut bene observavit D. Cujac. *6. obs. 17.* ubi refert, etiam Græcos patruelem interpretatos ὁμοπάτριον, fratrem sororemque consanguineos, matruelem ὁμομήτριον, fratrem sororemque uterinos. Itaque & qui ex duobus fratribus orti sunt, fratres patrueles recte appellabimus, & ipsos quoque fratres consanguineos: illos, quod per patres conjungantur; hos, quod eundem patrem habeant. Idemque sentio de fratribus matruelibus.

TEXTUS.

Quintus gradus.

5. Quinto gradu supra atavus, atavia: infra atnepos, atneptis: ex transverso fratris sororisque pronepos, proneptis: & convenienter propatruus, proamita; id est, proavi frater & soror: & proavunculus & promatertera, id est, proaviæ frater & soror: item fratris patruelis, vel sororis patruelis, consobrini & consobrinæ, amitini & amitinæ filius, filia: propior sobrino, propior sobrina. Hi sunt patrui magni, amitæ magnæ, avunculi magni, materteræ magnæ filius, filia.

NOTA.

5. Propius sobrino] Dicitur & propior sobrino, *d. l. 1.* §. *ult. l. ult.* §. *16. vers. persona. eod.* & propior sobrinus, *l. 2. C. und. leg.* Græci σύνεγγυς ἐξαδέλφου appellant in *l. 2. C. comm. de success.*

COMMENTARIUS.

PRopior sobrino] Propior sobrino, sobrina, & propius sobrino, sobrina; item propior sobrinus, sobrina, & propius sobrinus, sobrina, recte omnimodo dicetur, *l. 1.* §. *ult. l. ult.* §. *quinto. 16. vers. persona. de grad. & affin. l. 2. Cod. unde leg. Paul. 4. sent. 11.* Festus in verbo *propius*. Usitatius tamen est *propior sobrino*, pro quo Tacitus *12. annal. 64.* dixit *sobrino prior. Lepida*, inquit, *minore Antonia genita, avunculo Augusta, Agrippina sobrina prior*, &c. *parem sibi claritudinem credebat.* Neque enim necesse est, ut cum Cujacio & Giphanio pro *prior* legamus *propior*; nam utrique voculæ eadem vis, ut bene Lipsius. Est autem propior sobrino, sobrina, patris ejus, de cujus cognatione quæritur, consobrinus, consobrina, *d. l. 1.* §. *ult. & l. 2. eod.* cui vicissim ille est consobrini filius, *d. l. 1.* §. *ult. & hoc text.* Sic Lepida cum esset Germanico, patri Agrippinæ, consobrina, (nam ab Agrippina vocata est sobrina propior) Agrippina illi consobrini filia. Verum ut confusa est utrinque amitini & consobrini appellatio, ita factum arbitror, ut propiori sobrino ego etiam vocer propior sobrinus, *l. 2. C. unde legit. Fest. d. loc.* ubi ait, propius sobrino mihi esse consobrini mei filium & patris mei consobrinum.

TEXTUS,

TEXTUS.

Sextus gradus.

6. Sexto gradu supra tritavus, tritavia: infra trinepos, trineptis: ex transverso fratris sororisque abnepos, abneptis: & convenienter abpatruus, abamita, id est, abavi frater & soror: abavunculus, abmatertera, id est, abaviæ frater & soror: item propatrui, proamitæ, proavunculi, promaterteræ filius, filia: item propius sobrino, sobrinave filius, filia: item consobrini, consobrinæ nepos, neptis: item sobrini, sobrinæ, id est, qui quæve ex fratribus vel sororibus patruelibus, vel consobrinis, vel amitinis progenerantur.

COMMENTARIUS.

ITem propius sobrino sobrinave, filius filia] Hæc verba omnino inducenda sunt, ut superflua. Etenim filii & filiæ propioris mei sobrini & sobrinæ, aut sunt mihi nepotes ac neptes consobrini & consobrinæ, aut ipsi mihi sobrini & sobrinæ: quorum utrorumque mox fit mentio. Hoc autem dempto cætera recte habent: neque aut plura demere cum Cujacio, aut ordinem mutare cum Hotomanno aut Wesembecio necesse est. Omnino enim male Gothofredus verba ista retinuit, illa autem, *item consobrini*, &c. expunxit.

Item consobrini, consobrinæ nepos, neptis] Hotomannus ex Gajo *l. 3. de grad. & affin.* sic restituit; *Item fratris patruelis, sororis patruelis, consobrini, consobrinæ, amitini, amitinæ nepos, neptis.* Nulla tamen necessitate: quoniam, ut supra notatum est, generali consobrinorum appellatione patrueles quoque & amitini continentur.

Qui quæve ex fratribus patruelibus] Sobrinorum nomina, ut patruelium & consobrinorum, inter se referuntur, ut qui mihi sobrinus est, ego ei vicissim sim sobrinus. Ne quis igitur ex hoc loco existimet, fratris patruelis, &c. filium sobrinum dici. Sententia enim Imperatoris hæc est, utrinque sobrinos dici eos, qui ex duobus patruelibus, ex amitino & consobrino, ex duobus item consobrinis nati sunt: quos nos *achtersusters kinderen* vocamus. Hoc gradu propria cognationis nomina desinunt, *l. ult. §. ult. de grad. & affin.*

TEXTUS.

De reliquis gradibus.

7. Hactenus ostendisse sufficiat, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Namque ex his palam est intelligere, quemadmodum ulteriores quoque gradus numerare debeamus: quippe semper generata persona gradum adiicit: ut longe facilius sit respondere, quoto quisque gradu sit, quam proprie cognationis appellatione quemquam denotare.

NOTA.

7. GENERATA PERSONA GRADUM ADIICIT] Id est, unaquæque generatio gradum facit. Itaque ex numero generationum constituendus erit numerus graduum. Jus autem Canon. alia denumeratione utitur in linea transversa; quæ tamen in caussis matrimonialibus duntaxat servatur, *v. c. ad sedem, c. parentelæ, c. 35. q. 5.*

COMMENTARIUS.

GEnerata persona gradum adjicit] Quantum numerus generationum, tantumdem excrescit numerus graduum. Quippe unaquæque generatio gradum facit. Et ideo in quavis quæstione proposita videndum, quot inter utramque personam generationes extiterint, atque ex earum numero constituendus erit numerus graduum.

TEXTUS.

De gradibus agnationis.

8. Adgnationis quoque gradus eodem modo numerantur.

COMMENTARIUS.

REcte Hotomannus hunc locum sic interpretatur, non quasi Justinianus dicere voluerit, agnationis gradus eodem modo numerari, sicut cognationis: tam enim agnatorum, quam cognatorum hactenus mentio facta: sed hoc, etiam agnationis gradus eadem, quam modo dixit, ratione crescere, nimirum ut semper persona generata adjiciat gradum.

TEXTUS.

De graduum descriptione.

9. Sed cum magis veritas oculata fide, quam per aures animis hominum infigatur: ideo necessarium duximus, post nar-

rationem graduum, eos etiam præsenti libro scribi, quatenus possint & auribus & oculorum inspectione adolescentes perfectissimam graduum doctrinam adipisci.

COMMENTARIUS.

REi cujusque cognitio certius ex oculorum sensu, quam aurium percipitur. Cujus rei rationem Aristoteles *περὶ αἰσθήσεως* hanc affert, quod aspectus per se ac vi sua, nulliusque alterius opera percipit; auditus vero per accidens & opera aliena. Sane quia quæ videmus in propinquo sunt, ideo ea nos magis afficiunt, quam quæ audimus, quæ absunt fere, & ideo non ita movent. Poëta in arte;

Segnius irritant animos demissa per aurem,
Quam quæ sunt oculis commissa fidelibus.

Hoc Candaules credidit; & in Gyge cum amissione regni expertus est, quæ oculis hauriuntur, celerius ad animum accedere, quam quæ aurium via manant. Polyb. 12. ὀφθαλμοὶ τῶν ὤτων ἀκριβέστεροι μάρτυρες.

Præsenti libro scribi] Hæc graduum cognationis descriptio periit temporum injuria. Sed nullo negotio similis delineari & in tabula repræsentari potest: quod cum etiam à plerisque factum sit, quorum commentarii in manibus candidatorum juris versantur, nobis nihil opus est, hic item tabulam aliquam exhibere.

TITULUS VII.

D. lib. 38. t. 2. C. lib. 6. t. 4.

De servili cognatione.

TEXTUS.

Illud certum est, ad serviles cognationes illam partem edicti, qua proximitatis nomine bonorum possessio promittitur, non pertinere: nam nec ulla antiqua lege talis cognatio computabatur. Sed nostra constitutione, quam pro iure patronatus fecimus, (quod jus usque ad nostra tempora satis obscurum atque nube plenum, & undique confusum fuerat) & hoc humanitate suggerente concessimus, ut si quis in servili constitutus consortio, liberum vel liberos habuerit, sive ex libera sive ex servilis conditionis muliere: vel contra serva mulier ex libero vel servo habuerit liberos cujuscunque sexus; & ad libertatem his pervenientibus, ii qui ex servili ventre nati sunt, libertatem meruerint, vel dum mulieres liberæ erant, ipsi in servitute eos habuerint, & postea ad libertatem pervenerint, ut hi omnes ad successionem patris vel matris veniant, patronatus jure in hac parte sopito. Hos etenim liberos non solum in suorum parentum successionem, sed etiam alterum in alterius successionem mutuam vocavimus ex illa lege specialiter eos vocantes, sive soli inveniantur, qui in servitute nati & postea manumissi sunt, sive una cum aliis, qui post libertatem parentum concepti sunt: sive ex eodem patre, sive ex eadem matre, sive ex aliis nuptiis; ad similitudinem eorum, qui ex justis nuptiis procreati sunt.

NOTÆ.

LIBERUM VEL LIBEROS] *Liberum*, numero unitatis, V. *sup.* §. 2. per quas pers. Satis erat dicere, *liberos habuerit*, *l. 148. de Verb. sign.*

SIVE EX ALIIS NUPTIIS] Vide comm. etiam Cujac. & Hotom. *qualicunque copulatione.* Sed tamen nati ex nefario & damnato coitu succedere nequeunt.

COMMENTARIUS.

NOtant fere recentiores omnes, in plerisque manuscriptis & in Græca paraphrasi hunc locum nullam novam inscriptionem habere; sed cohærere titulo præcedenti: cujus etiam partem esse arguit collatio ordinum & graduum, quæ hoc eodem loco instituitur. Sed agerem ipsam videamus. Erimus autem tum in hujus, tum in sex proxime seqq. tit. explicatione solito breviores, ne nimium hoc opus excrescat curiosa tractatione earum rerum, quæ nullum aut perexiguum usum nunc habent.

Ait, neque edicti prætoris eam partem, qua bonorum possessio cognatis defertur, neque legem ullam anti-

antiquam ad cognationes serviles pertinere. Ex *Ulpian. l. 1. §. 2. unde cogn. & Paul. l. ult. §. non parcimus 5. de grad. & affin.* Quod sic intelligendum est, non pertinere edictum aut leges antiquas ad servorum cognationem etiam postquam manumissi sunt: nam quamdiu servitutem serviunt, nec successorem habere possunt, nec ipsi alteri succedere, *l. 4. Cod. commun. de success.* neque novi juris quæ sequitur constitutio ad servos, quamdiu in servitute manent, pertinere potest.

Nec ulla antiqua lege talis cognatio] In causa videlicet successionis, de qua hic agitur. Nam in nuptiis etiam jure antiquo servilis cognationis ratio habetur, nuptiisque impedimento est, si forte pater & filia, frater & soror, manumissi fuerint, §. *illud sup. de nupt. l. adoptivus 14. §. 2. & 3. de rit. nupt.* Quo loco etiam diversi juris ratio indicatur, hæc nimirum, quod in contrahendis matrimoniis naturale jus & pudor inspicitur. In successionibus autem naturalis servorum cognatio insuper habita fuit, *d. l. ult. §. non parcimus 5. de grad. & affin.* Itaque si verbi causa, ancilla cum liberis, quos in servitute pepererat, manumissa fuerat, neque liberi ex Senatusconsulto Orficiano ad hæreditatem defunctæ matris, neque mater ex Senatusconsulto Tertylliano ad hæreditatem liberorum, & neque hæc neque illi ad bonorum possessionem ex parte edicti unde cognati proximi, vocabantur: licet inter matrem & vulgo quæsitos invicem capiendæ hæreditatis & accipiendæ bonorum possessionis jus esset.

Sed nostra constitutione] Desideratur hæc constitutio. Epitomen ejus in membranis quibusdam Latine expressam, atque à se repertam, Cujacius exhibet *lib. 20. observ. 34.* in qua tamen epitome tantum jura patronatus definiuntur. Eodem loco repræsentat ex Basilicis constitutionem Græcam, quam putat esse integram hanc Justiniani. Sane Græce scriptam fuisse testatur ipse Justinianus, *§. 3. seq. tit.*

Humanitate suggerente] Etsi servilis cognationis, quamdiu durat servitus, in causa successionis ratio haberi non potest: potest tamen servitute sublata. Atque adeo plenum humanitatis est, tunc in hac etiam causa cognationem illam naturalem spectari.

Ut hi omnes ad successionem] Igitur hac constitutione Justiniani nati ex servis ancillisve, si parentibus manumissis ipsi quoque manumissi sint superstites, eis ab intestato succedunt, exclusis patronis, à quibus ipsi antea excludebantur.

Alterum in alterius successionem mutuam] Ita ut non solum parentibus, sed etiam ipsi manumissi fratres & sorores inter se succedant. Quod tamen ego sic accipiendum esse existimo, si, quod multis modis accipere potest, patronus deficiat. Nam liberis non extantibus, expresse statim patronum ad liberti intestati successionem ipse Justinianus vocat, idque eadem constitutione, quam hic significat, *d. §. 3. vers. sin autem, tit. seq.* Quamvis sane fratres patrono præferendos arguat, *l. 2. C. ad Senatusconf. Tertyll.* Sed non est eadem ratio patris & filii emancipati, quæ liberti proprie dicti & patroni: utique postquam fratres in successione patri prælati sunt, *l. 4. C. de bon. quæ lib. l. ult. C. comm. de success.* ad quod jus Tribonianus *d. l. 1.* interpolando conformavit.

Sive soli inveniantur.] Quare non modo qui nati in servitute postea manumissi sunt, inter se ab intestato succedunt, sed etiam cum aliis, qui post parentum libertatem nascuntur.

Sive ex aliis nuptiis] Verbum *nuptiis* tollendum esse censent Cujac. Cont. Hotom. Giphan. auctoritate quorundam manuscriptorum & Theophili, apud quem tantum est, εἴτε ἐκ διαφόρων. Ut horum verborum *sive ex aliis* hic sit sensus, sive ex alio & diverso patre, sive ex alia seu diversa matre. Sed contra hos insurgit Bachovius, & maxime in Cujacium. Ego in hac eorum lite Palæmon.

TEXTUS.

Collatio ordinum & graduum.

1. Repetitis itaque omnibus, quæ jam tradidimus, apparet non semper eos, qui parem gradum cognationis obtinent, pariter vocari: eoque amplius ne eum quidem, qui proximior sit cognatus, semper potiorem esse. Cum enim prima causa sit suorum hæredum, & eorum, quos inter suos hæredes enumeravimus, apparet, pronepotem vel abnepotem defuncti potiorem esse, quam fratrem aut patrem aut matrem defuncti: cum alioqui pater quidem & mater (ut supra quoque tradidimus) primum gradum cognationis obtineant, frater vero secundum, pronepos autem tertio gradu sit cognationis, & abnepos quarto. Nec interest, in potestate morientis fuerit, an non, quod vel emancipatus, vel ex emancipato aut fœmineo sexu propagatus est. Amotis quoque suis hæredibus, & quos inter suos hæredes

vocari diximus, adgnatus, qui integrum jus habet adgnationis, etiamsi longissimo gradu sit, plerumque potior habetur, quam proximior cognatus. Nam patrui nepos vel pronepos avunculo vel matertera præfertur. Toties igitur dicimus, aut potiorem haberi eum, qui proximiorem gradum cognationis obtinet, aut pariter vocari eos, qui cognati sunt; quoties neque suorum hæredum quique inter suos hæredes sunt, neque adgnationis jure aliquis præferri debeat, secundum ea, quæ tradidimus: exceptis fratre & sorore emancipatis, qui ad successionem fratrum vel sororum vocantur: qui etsi capite deminuti sunt, tamen præferuntur cæteris ulterioris gradus adgnatis.

NOTA.

EXCEPTIS FRATRE ET SORORE EMANCIP.] Ex constitutione Anastasii §. *1. sup. d. tit.* item sorore uterina & sororis consanguineæ sive uterinæ filiis & filiabus, §. *4. sup. de leg. agn. succ.* Hodie adgnatorum & cognatorum jura confusa sunt. *Nov. 118.* ubi Just. tres novos ordines succedentium fecit. 1. Descendentium, qui reliquos omnes excludunt; in quo ordine graduum ratio non habetur. 2 Adscendentium; sed horum proximi tantum vocantur: & cum iis admittuntur etiam fratres ex utroque parente conjuncti; & horum quoque fratrum filii concurrentes cum fratribus, non autem si soli sint, ex *Nov. 127. 3.* Lateralium, quorum soli quoque proximi vocantur, nisi quod fratrum germanorum filii jure repræsentationis una cum thiis suis veniunt, thiisque defuncti, ejusque fratribus ex uno latere conjunctis præferuntur.

COMMENTARIUS.

HIc locus ad ea omnia, quæ hactenus hoc libro tractata sunt, generaliter pertinet. Summa est, duas esse succedentium prærogativas, unam in ordine, alteram in gradu: illius autem quam hujus potiorem rationem esse; in tantum ut qui ordine præcedit, licet gradu sit posterior, præferatur ei, qui est posterior ordine, quantumvis gradu prior.

Pronepotem vel abnepotem, &c. quam fratrem, patrem, matrem] Conferuntur hic sui & qui suorum numero sunt cum legitimis; qui cum illis concurrere nunquam possunt, propter prærogativam ordinis suorum. Sed si sui inter se conferantur, hic qui gradu proximior est, puta filius, remotiorem, puta nepotem, non excludit. Nam jus repræsentationis & successio in locum patris facit, ut nepos non videatur remotior.

Amotis quoque suis hæredibus, agnatus etiamsi longissimo gradu, &c.] Agnati quoque & cæteri legitimi successores, collati cum cognatis, præferuntur non ex prærogativa gradus, sed ordinis: nam cognati demum tertio loco vocantur, *sup. de succ. cogn. in pr.* Verum inter agnatos ipsos spectatur prærogativa graduum; quoniam in hoc ordine repræsentatio locum non habet, extra quam quod novissimo jure introductum est. *Nov. 118. c. 3.* si fratrum filii cum patruis concurrant. Cæterum revolve, quæ tradita *tit. de leg. agn. succ.* item de Senatusconf. Tertylliano §. *3. & seqq.* quæ hic inculcare non lubet. Hodie agnatorum & cognatorum jura confusa sunt, *d. Nov. 118.* ubi Justinianus tres novos ordines succedentium fecit, unum descendentium, alterum adscendentium, tertium collateralium. Descendentes reliquos omnes excludunt; neque inter eos gradus prærogativa servatur. Cum adscendentibus admittuntur fratres ex utroque parente conjuncti eorumque filii, cæteri laterales ab iisdem excluduntur: inter ipsos autem succedunt tantum proximi, *d. Nov. 118. c. 2. & Nov. 127.* Lateralium quoque proximi solum vocantur, nisi quod fratrum germanorum filii jure repræsentationis simul cum patruis & avunculis suis veniunt, & patruis avunculisque defuncti, ejusque fratribus ex uno duntaxat latere conjunctis præferuntur, his jure plenioris sanguinis, illis jure quadantenus descendentium: qua de re supra explicatum est diligentius.

TITULUS VIII.

D. lib. 38. t. 2.

De successione libertorum.

Ratio ordinis, & summa tituli.

Huc usque disseruit de successione ingenuorum: sequitur nunc de successione libertorum, id est, de jure succedendi in bonis libertorum. Vox enim successionis hic non active, ut in præcedentibus, sed passive accipitur, non qua libertus succedit alii; sed qua ipsi liberto succeditur. Circa hæreditates libertorum mira extitit juris varietas. Aliud lege 12. tabularum constitutum fuit; aliud prætores introduxerunt: quod auctum postea lege Papia: postremo aliter hanc causam definivit Justinianus: quæ singula hic ordine referuntur & explicantur.

TEXTUS.

Qui succedunt. De lege 12. Tabb.

Nunc de libertorum bonis videamus. Olim itaque licebat liberto patronum suum impune testamento præterire: nam ita demum lex duodecim tabularum ad hæreditatem liberti vocabat patronum, si intestatus mortuus esset libertus, hærede suo nullo relicto. Itaque intestato mortuo liberto, si is suum hæredem reliquisset, Patrono nihil in bonis ejus juris erat. Et siquidem ex naturalibus liberis aliquem suum hæredem reliquisset, nulla videbatur querela: si vero adoptivus filius fuisset, aperte iniquum erat, nihil juris patrono superesse.

COMMENTARIUS.

1. *Legem 12. tabb. non alio jure patronum censuisse, quam agnatorum.*
2. *Cur magis iniquum visum, patronum ab adoptivis excludi, quam patrem, fratrem &c.*

NAm *ita demum lex 12. tabb.*] Argumentum ex contrariis, quo probat jure antiquo 12. tabb. licuisse liberto testato decedenti patronum impune præterire. Collectio hæc est; Lex 12. tabularum patronum nominatim vocat ad hæreditatem liberti intestato mortui: ergo in bonis liberti testato mortui nullum jus patronum habere voluit, si videlicet testamento præteritus nihilve ei relictum sit.

Hærede suo nullo relicto] Intestato liberto mortuo lex duodecim tabularum primum suis hæredibus defert hæreditatem: si hi non fuerint, tunc patrono. *Ulp. l. 3. in pr. de suis & leg. & in fragm. tit. 27. & tit. ult. in pr.* ubi sic scribit; *Civis Romani liberti hæreditatem lex duodecim tabularum patrono defert, si intestato sine suo hærede libertus decesserit. Ideoque sive testamento facto decedat, licet suus hæres ei non sit, seu intestato, & suus hæres ei sit, quamvis non naturalis, sed uxor, puta quæ in manu fuit, vel adoptivus filius, lex patrono nihil* 1 *præstat.* Hinc vero apparet, legem non alio jure patronum censuisse, quam agnatorum, qui & ipsi ab intestato post suos hæredes vocantur, & testamento præteriri possunt. Quod autem primo loco & solum post suos hæredes patronum lex vocat, mirum non est; quoniam liberti agnatos non habent.

Si adoptivus filius, aperte iniquum] Patronum à liberti liberis naturalibus, id est, procreatis justo matrimonio, excludi, indignum visum non est: at iniquum visum, eundem excludi etiam ab adoptivis & adscititiis. Cur vero inquis in patrono id minus ferendum fuit, quam in patre, matre, fratribus, sororibus reliquisque agnatis & cognatis, quibus omnibus filium adoptivum in hæreditate ingenui præferri constat? Putat D. Hotomannus, prætorem ideo plus juris patronis in bonis libertorum concessisse, ne alioqui duras nimis conditiones libertis suis in præstanda libertate imponerent, *arg. l. 1. de bon. libert.* Sed & illud duriusculum visum, posse patronum per quemvis hæredem testamento liberti scriptum repelli. Cæterum erat hoc consequens liberæ testandi facultati lege duodecim tabularum civibus omnibus datæ. 2

TEXTUS.

De jure prætorio.

1. Qua de causa postea prætoris edicto hæc juris iniquitas emendata est. Sive enim faciebat testamentum libertus, jubebatur ita testari, ut patrono partem dimidiam bonorum suorum relinqueret: [1] *& si aut nihil aut minus parte dimidia reliquerat, dabatur patrono contra tabulas testamenti partis dimidiæ bonorum possessio. Sive intestatus moriebatur, suo hærede relicto filio adoptivo, dabatur æque patrono contra hunc suum hæredem partis dimidiæ bonorum possessio. Prodesse autem liberto solebant, ad excludendum patronum, naturales liberi, non solum quos in potestate mortis tempore habebat, sed etiam emancipati & in adoptionem dati, si modo ex aliqua parte scripti hæredes erant, aut præteriti contra tabulas bonorum possessionem ex edicto prætorio petierant. Nam exhæredati nullo modo repellebant patronum.*

NOTÆ.

1. DIMIDIAM BONORUM] Non tamen admittebatur patronus contra ea bona liberti, quæ in castris quæsita, *l. 3. §. 6. de bon. libert.*

ÆQVE PATRONO DABATUR, &c. BONOR. POSSESSIO] Th. παραίτως ἰδίως τὴν contra tabulas. Sed aut ſomniavit, aut corruptus eſt. Qui enim contra tabulas liberto inteſtato mortuo?

SI MODO EX ALIQUA PARTE SCRIPTI] Hæc clauſula pertinet ad datos in adoptionem.

EXHAEREDATI NULLO MODO, &c.] Intellige, niſi per querelam teſtamentum, ut inofficioſum, evertiſſent.

COMMENTARIUS.

PRætor duo mutavit. Primum teſtandi licentiam in liberto coërcuit, juſſitque libertum ita teſtari, ut patrono non minus parte dimidia bonorum relinqueret, data patrono partis dimidiæ bonorum contra tabulas poſſeſſione, ſi aut nihil, aut minus parte dimidia ei relictum eſſet. Cæterum quod hic ſimpliciter ſcriptum eſt, id hanc habet exceptionem, niſi libertus liberos naturales, ſive ſuos, ſive emancipatos (nam liberi adoptivi jure prætorio non plus juris contra patronum habent, quam extranei) hæredes inſtituerit: quippe à quibus & non facto teſtamento patronus excluderetur. *Ulp. d. tit. ult. in pr.*

Sive inteſtatus relicto filio adoptivo] Hoc alterum eſt, quod in hac cauſa mutavit prætor. Nam lex 12. tabularum etiam adoptivo filio ſuo hærede exiſtente patronum in totum ab hæreditate liberti inteſtato mortui excludebat. Edicto vero prætoris ex parte dimidia admittitur.

Et in adoptionem dati] Liberi naturales in adoptionem dati, quamdiu in familia adoptiva ſunt, quaſi liberi ad bona patris naturalis non admittuntur, ſed tantum ex ea parte edicti veniunt, qua vocantur cognati, §. *at hi 10. & §. 12. cum ſeq. ſup. de hær. quæ ab int.* Patronum igitur excludere non potuerunt, niſi teſtamento hæredes ſcripti; ac proinde clauſula ſequens, *ſi modo ex aliqua parte ſcripti hæredes erant*, adjecta eſt.

Aut præteriti contra tabulas] Hoc ad ſolos emancipatos referri debet. Quippe cum bonorum poſſeſſio contra tabulas iis dari non ſoleat, qui tempore mortis ejus, de cujus ſucceſſione agitur, in aliena familia fuerunt, §. *eadem 12. ſup. de hær. quæ ab inteſt.*

Exhæredati nullo modo] Sed quid ſi teſtamentum per querelam everſum fuerit? Dubitandum non eſt, quin liberi patronum excludant, cum res ad cauſam inteſtati redeat. Plura Bachovius hic.

TEXTUS.
De Lege Papia.

2. Poſtea vero lege Papia adaucta ſunt jura patronorum, qui locupletiores libertos habebant. Cautum enim eſt, ut ex bonis ejus, qui ſeſtertium centum millium patrimonium reliquerat, & pauciores quam tres liberos habebat, (ſive is teſtamento facto, ſive inteſtatus mortuus erat) virilis pars patrono deberetur. Itaque cum unum quidem filium filiamve hæredem reliquerat libertus, perinde pars dimidia debebatur patrono, ac ſi is ſine ullo filio filiave inteſtatus deceſſiſſet. Cum vero duos duasve hæredes reliquerat, tertia pars debebatur patrono: ſi tres reliquerat, repellebatur patronus.

COMMENTARIUS.

1. Seſtertius & ſeſtertium an idem valeant.

SEcunda hujus juris mutatio facta eſt lege Papia Poppæa. Tulere hanc legem nomenque ei dederunt ſuffecti Coſſ. M. Papius Mutilus, Q. Poppæus Secundus, anno ab V.C. 761. Multa hujus legis fuere capita. Fragmenta reſtituit notisque illuſtravit vir clariſſimus D. Jacobus Gothofredus.

Qui locupletiores libertos] Hæc igitur lex ad libertos locupletiores ſolummodo pertinuit: in pauperioribus antiquiora jura patronatus intacta reliquit.

Qui ſeſtertium centum millium] Locupletiores habiti, qui ſeſtertium centum millium patrimonium habebant: pro quo præciſe dixit Africanus rem centum, *l. liberto 26. de bon. libert.* Hinc libertus centenarius, qui rem centum millium habet, *l. ſi libertus 16. de jur. patron.* Etenim, ut docet Hotoman. *lib. de re numm.* duplex veteribus enuntiandi uſus fuit, interdum plena oratione ut dicerent, verbi cauſa, centum millia ſeſtertium, quomodo hoc extulit Juſtinianus hic; interdum præciſe, verbi cauſa, centum ſeſtertium, aut centum ſimpliciter: qua forma uſus Africanus *d. l. liberto.* Ubi, per octoginta & centum, totidem ſeſtertiorum millia eum intelligere, certum eſt. Quod autem Cantiuncula & Mynſingerus hic ſcribunt, atque in dictionario ſuo prodidit 1
Calepinus, ſeſtertium neutro genere, & in plurali numero ſeſtertia ſingula, ſignificare & valere mille ſeſtertios nummos, ſecuti auctoritatem magni illius Budæi, qui hoc primus *lib. de Aſſe* docuit, errorem eſſe Bachovius exiſtimat, eoque nomine merito Budæum ab Hotomanno *d lib. de re numm.* reprehenſum. Sed videtur mihi Bachovius valde oſcitanter Ho-

Hotomannum inspexisse, qui hoc quidem docet & ostendit, sestertium neutro genere à probatis Latinæ rei auctoribus usurpatum non esse, nisi quod metri causa à Poëtis id factitatum; quod & jam antea observaverat Georg. Agricola *lib. 2. de pond.* Cæterum quod porro asserit Bachovius, sestertium neutro genere eadem significatione usurpari à Poëtis, qua masculino à cæteris, & hoc quoque ex doctrina Hotomanni; in eo dupliciter errat: nam nec Hotomannus id docuit, sed Agricola; & verum non esse, contra Agricolam ipse Hotomannus demonstrat *cap. 22. de lib. de re numm.* ubi expresse scribit, sestertia à Poëtis dici solita non pro nummis sestertiis, sed pro mille nummorum summa, multis id confirmans auctoritatibus. Unus locus Juvenalis huic rei demonstrandæ sufficiet. Is *satyra* 4. Crispini cujusdam gulam exagitans sic ait;

----Mullum sex millibus emit.
Æquantem sane paribus sestertia libris.

quod priore versu de minoribus sestertiis Poëta dixerat, sequenti de majoribus enuntiat: significat enim, totidem libras mullum istum pependisse, quod sestertiis Poëticis emptus fuerat, nimirum sex. In eo omnes conveniunt, quod ultra nongenta millia sestertiorum Romani non pronuntiaverint: sed cum ad mille millia ventum esset, adverbiis numeralibus usos, ut dicerent, decies aut vicies sestertium præcise, pro decies aut vicies centena millia sestertium. Sed desino plura. Illud tamen adhuc obiter monendum, sestertium fuisse quartam partem denarii; denarium partem vicesimam quintam aurei; ac proinde aureum continuisse sestertios centum; idemque valere, centum millia sestertiorum in bonis habere, & mille aureos. De tota re nummaria plura & certiora, quam hactenus habuimus, expectamus à D. Salmasio.

Pauciores quam tres liberos, virilis pars patrono] Lex Papia patronum liberi centenarii seu locupletis, sive testato sive intestato mortui, in virilem ejus hæreditatis partem admittebat, si modo is pauciores quam tres liberos reliquisset.

Sine ullo filio intestatus] Reponendum omnino cum Russard. Cujac. Cont. Hotom. *testatus.* Theophilus; ἐπὶ διαθήκῃ, *condito testamento.* Nam liberto intestato & sine liberis defuncto solus & in solidum succedit patronus tam ex edicto prætoris, quam ex lege 12. tabb. *sup. in pr. & §. 1. Cujac. 3. observ. 13.*

Si tres, repellebatur patronus] In hoc igitur differt lex Papia à jure prætorio, quod Patronus à Prætore repellebatur, etiamsi libertus unum aut duos tantum liberos reliquisset: lege vero Papia virilem hic partem patronus obtinebat. At si libertus tres aut plures liberos reliquerat, tunc sive testato sive intestato decessisset, patronus in totum etiam per legem Papiam summovebatur.

TEXTUS.
De constitutione Justiniani.

3. Sed nostra constitutio (quam pro omni natione Græca lingua compendioso tractatu habito composuimus) ita hujusmodi causam definivit: ut siquidem libertus vel liberta minores centenariis sint, id est, minus centum aureis habeant substantiam, (sic enim legis Papiæ summam interpretati sumus, ut pro mille sestertiis unus aureus computetur) nullum locum habeat patronus in eorum successione: si tamen testamentum fecerint. Sin autem intestati decesserint, nullo liberorum relicto, tunc patronatus jus, quod erat ex lege duodecim tabularum, integrum reservavit. Cum vero majores centenariis sint, si hæredes vel bonorum possessores liberos habeant, sive unum sive plures, cujuscumque sexus vel gradus, ad eos successiones parentum deduximus, patronis omnibus modis cum sua progenie semotis. Sin autem sine liberis decesserint, siquidem intestati, ad omnem hæreditatem patronos patronasque vocavimus. Si vero testamentum quidem fecerint, patronos autem aut patronas præterierint, cum nullos liberos haberent, vel habentes eos exhæredaverint, vel mater sive avus maternus eos præterierint, ita quod non possint argui inofficiosa eorum testamenta, tunc ex nostra constitutione per bonorum possessionem contra tabulas, non dimidiam, ut antea, sed tertiam partem bonorum liberti consequantur; vel quod deest eis, ex constitutione nostra repleatur, si

quando minus tertia parte bonorum suorum libertus vel liberta eis reliquerit: ita sine onere, ut nec liberis liberti libertæve ex ea parte legata vel fideicommissa præstentur, sed ad cohæredes eorum hoc onus redundet. Multis aliis casibus à nobis in præfata constitutione congregatis, quos necessarios esse ad bujusmodi dispositionem juris perspeximus: ut tam patroni patronæque, quam liberi eorum, nec non qui ex transverso latere veniunt usque ad quintum gradum, ad successionem libertorum libertarumve vocentur, sicut ex ea constitutione intelligendum est. Et si ejusdem patroni vel patronæ, vel duorum duarumque pluriumve liberi sint, qui proximior est, ad liberti vel libertæ vocetur successionem: & in capita, non in stirpes dividatur successio: eodem modo & in iis, qui ex transverso latere veniunt, servando. Pene enim consonantia jura ingenuitatis & libertinitatis in successionibus fecimus.

NOTÆ.

3. Nostra Constitutio] Non extat: sed eam nobis ex Basilicis repræsentat Cujac. *20. obs. 34.*

Pro mille sestertiis unus aureus] Cum antea unus aureus responderet tantum sestertiis centum. Non igitur simpliciter legem Papiam interpretatur, sed emendat.

Vel fideicommissa] Quæ certis personis præstantur ab his, qui petunt bon. possessionem cont. tab. *l. 1. de leg. præst.* quod onus olim etiam patrono incumbebat, *l. 4. de cond. & dem. l. 64. §. ult. ad SC. Treb.*

Usque ad quintum gradum] Mynsing. & Pac. putant hæc verba tantum ad eos referenda esse, qui ex latere veniunt, sed refelluntur ipso tenore constitutionis; πάτρων καὶ πατρώνισσα, καὶ παῖδες αὐτῶν, καὶ ἔγγονοι, καὶ ἀπόγονοι τουτέστιν οἱ ἕως πέμπτου βαθμοῦ καὶ κατιόντες τῶν πατρώνων Additurque καὶ μόνοι id est, & soli: nam qui ex latere veniunt non admittuntur ad illam tertiæ partis bonorum successionem, ut mox subjicitur: sed tantum ad successionem liberti intestato sine liberis mortui usque ad quintum gradum, nec hic ulterius patronorum liberi, ut iterum verba ostendunt; ἕως δὲ πέμπτου βαθμοῦ οἱ ἐκ πλαγίου συγγενεῖς· οὐ πάτρονος, καὶ οἱ κατιόντες αὐτοῦ κληρονομείτωσαν τὸν ἀπελεύθερον.

Qui proximior est, &c. et in capita] *l. 13. §. 1. & seq. de bon. libert.* Ulp. *tit. 27. §. 1. & seq.* Nimirum hîc non quæritur de hæreditate parentum patronorum, sed liberti; ad cujus successionem patroni eorumque liberi non veniunt jure suorum hæredum, sed agnatorum, *l. 2. §. 1. unde legit.*

Commentarius.

Quoniam lex Papia nimium patronis tribuere videbatur, eo quod certis casibus hos etiam liberis liberti centenarii exæquaret: & jure prætorio libertus sine liberis decedens cogebatur semissem omnium bonorum Patrono relinquere: Justinianus utrique juri derogavit, causamque sic in summa definivit, ut in liberto minore centenario testato decedente, patronus nullum jus in successione ejus haberet. Sin autem centenario major decederet, sive testatus sive intestatus, tum si liberos reliquisset, & vel unum cujuscumque sexus, gradus aut conditionis, patronus excluderetur, nisi fortè testamento patris liberi essent exhæredati. Si vero nullos liberos reliquisset, ab intestato patronus in solidum ut hæres esset, antiquo jure patronatus integro hoc casu servato: testamento vero facto, uti pro semisse, quem prætor patrono decreverat, trientem sine ullo onere obtineret: atque hoc succedendi jus non solum ipse patronus haberet; verum etiam eo mortuo liberi ejus, & his non extantibus patroni ex latere cognati usque ad quintum gradum: sic ut inter illos & hos proximior remotiorem excluderet, & in capita hæreditas divideretur.

Pro mille sestertiis unus aureus] Justiniani ætate cum multo minores essent hominum facultates, locupletes censebantur, qui centum aureos in bonis habebant, cum antea ex mille aureis hoc æstimaretur. Hotomannus putat, transposita esse nomina, & pro *mille* hic substituit *centum*, uti paulo ante pro *centum*, *mille*, quod probat Wesembecius; ego in medio relinquo.

Sin autem sine liberis] Quid si adoptivos tantum reliquerit; Hotomannus censet, patronum & hoc casu lege Justiniani in totum excludi. Bachovius contra in partem patronum admitti; cujus sententia verior videtur arg. *pr. hujus tit. in fin. & §. 1. in pr.* item constitutionis Græcæ, relatæ à Cujacio *lib. 20. obs. 34.*

Vel mater sive avus maternus] Quippe quorum præteritio pro exhæredatione est, *§. ult. sup. de exhær.*

har. lib. quod nec jure novissimo mutatum esse demonstravimus *sup. tit. de inoff. test. in pr.*

Ex constitutione nostra repleatur] Intelligit haud dubiè constitutionem *l. omnimodo 30. C. de inoff. test.* ut proinde hactenus eadem sit ratio legitimæ patronorum & liberorum.

Sine onere] Et ergo in hoc quoque exæquata jura patronorum & liberorum, ut ambo portionem debitam seu legitimam sine onere habere debeant: *l. 32. C. de inoff. test. junct. hoc text.* cum olim legatorum & fideicommissorum præstandorum onus, quæ liberis præteritis an exhæredatis relicta erant, patrono incumberet, *l. 4. de cond. & dem. l. si ejus 64. §. ult. ad Senatusc. Trebell.*

Usque ad quintam gradum] Pacius putat, hæc verba ad eos tantum referenda esse, qui ex latere veniunt, non ad liberos patroni, cum Mynsingero *ad hunc loc. & §. 2. inf. de bon. poss.* sed refelluntur verbis constitutionis Græcæ, relatæ apud Cujac. *20. obs. 34.* ac proinde nullius momenti est argumentum petitum ex *l. liberorum 220. de verb. sign.*

Qui proximior est] Si unius pluriumve patronorum plures liberi sint diversi gradus, qui proximior est, in successione liberti præfertur, & plurium patronorum liberi non in stirpes, sed in capita succedunt, *l. si libertus 23. §. 1. & seq. de bon. libert. Ulp. tit. 27. §. 1. & seqq.* Non est huic contrarium, quod de liberis supra relatum est, eos parentum suorum locum occupare, inque stirpes, non in capita succedere: quippe hic non quæritur de hæreditate parentum patronorum, sed liberti, ad cujus successionem patroni eorumque liberi non jure suorum hæredum, sed agnatorum jure veniunt, *l. 2. §. 1. unde legit.* Hactenus ergo nihil novi Justinianus.

TEXTUS.

Quibus libertinis succeditur.

4. Sed hæc de iis libertinis hodie dicenda sunt, qui in civitatem Romanam pervenerunt, cum nec sint alii liberti: simul & Dedititiis & Latinis sublatis, cum Latinorum successiones nullæ penitus erant: quia licet ut liberi vitam suam peragebant, attamen ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebant: & quasi servorum, ita bona eorum, jure quodammodo peculii ex lege Junia Norbana manumissores detinebant. Postea vero Senatusconsulto Largiano cautum fuerat, ut liberi manumissoris, non nominatim exhæredati facti, extraneis hæredibus eorum in bonis Latinorum præponerentur. Quibus etiam supervenit divi Trajani edictum, quod eundem hominem, si, invito vel ignorante patrono, ad civitatem Romanam venire ex beneficio Principis festinarat, faciebat quidem vivum civem, Latinum vero morientem. Sed nostra constitutione propter hujusmodi conditionum vices & alias difficultates, cum ipsis Latinis etiam legem Juniam, & Senatusconsultum Largianum, & edictum divi Trajani, in perpetuum deleri censuimus, ut omnes liberi civitate Romana fruantur: & mirabili modo quibusdam adjectionibus ipsas vias, quæ in Latinitatem ducebant, ad civitatem Romanam capiendam transposuimus.

NOTA.

4. DEDITITIIS ET LATINIS SUBLATIS] *l. un. C. de ded. lib. tol. l. un. C. de Lat. lib. toll. v. sup. §. 3. de libertin.*

COMMENTARIUS.

Olim non omnes libertini ejusdem erant conditionis: nam eorum qui manumittebantur, quidam cives Romani fiebant, alii Latini Juniani, aut dedititii, idque vel propter qualitatem dominii manumittentis, vel modum manumissionis, vel ætatem aut personam manumissi: quod *lib. 1. tit. de libertin.* latius explicatum est. Itaque cum eum, quem hæredem vel ex testamento vel ab intestato habere volumus, necesse sit esse civem Romanum, satis apparet, ea, quæ de jure succedendi in bonis libertorum legibus prioribus & edicto cauta sunt, ad Latinos & dedititios non pertinuisse. Quod autem Justinianus monet, ea, quæ ipse de eadem re constituit, ad libertos Latinos & dedititios non pertinere, sublata jam tum Latina & dedititia libertate, parum subtile est.

Latinorum legitimæ successiones nullæ] Neque testamentariæ. Nam Latini nec testamentum facere, neque omnino hæredem habere poterant, sicut nec ipsi hæredes esse. Hæc enim omnia, jus testamenti faciendi, jus capiendæ hæreditatis, item hæredis habendi, propria erant civium Romanorum.

Quare nec intestati Latini decessisse dici poterant, *l. 1. in pr. de suis & leg.* Libertorum vero civium Romanorum ut testamentariæ, ita & legitimæ successiones erant: nam eorum intestatorum hæreditas primum suis hæredibus deferebatur, deinde patronis, eorumque liberis, tanquam agnatis, quibus quæ defertur, in edicto prætoris in specie legitima dicitur, *tit. unde legit.*

Jure quodammodo peculii] Nam mortuo liberto Latino Juniano patronus bona ejus, non tanquam hæreditatem, sed eodem jure ex lege Junia occupabat, quo dominus peculium servi, pater filii retinet. Unde si patronus cum liberis suis simul extraneos quosdam hæredes instituisset, bona hujus liberti dividebantur communiter inter suos & extraneos hæredes; quemadmodum peculium servi aut filii dividitur inter hæredes domini aut patris.

Extraneis hæredibus eorum] Id est, extraneis hæredibus manumissorum seu patronorum. Ut ecce; L. Titius, qui libertum Latinum habebat, decessit, liberis suis & quibusdam extraneis hæredibus institutis: moritur deinde libertus, ex lege Junia una cum liberis Titii extranei scripti hæredes ad bona liberti veniunt. Ex Senatusconsulto autem Largiano soli veniunt liberi Titii. Tota via in hoc explicando deerravit Hotomannus, iis quoque, quæ paulo ante dixerat, manifestè contraria tradens. Meminit Justinianus Senatusconsulti Largiani in *l. un. C. de Lat. lib. toll. & Nov. 78. in pr.*

Divi Trajani edictum] Edicto divi Trajani cavebatur, ut Latinus Junianus, qui invito ignorantevè patrono jus civitatis Romanæ beneficio Principis adeptus esset, viveret quidem ut civis Romanus, moriens autem liberti Latini exitum faceret, id est, ut bona ejus, quasi peculii jure, ad patronum pertinerent. Hujus edicti mentio item fit in *d. l. un. in pr. & §. ult. C. de Lat. lib. toll.*

Sed nostra constitutione] Ea est *d. l. un. C. d. tit.* qua, ut antea ingenuos omnes Antoninus civitate donavit, *l. in orbe 17. de stat. hom.* Ita Justinianus libertinos omnes civitate donatos exæquat. Novissimè libertinos omnes tantum non exæquavit ingenuis. *Nov. 78.*

Titulus IX.

D. lib. 38. tit. 4.

De Assignatione Libertorum.

Continuatio.

Hic titulus moderationem continet proximè præcedentis. Nam quod generaliter ibi definitum est, patrono mortuo, ad liberos ejus, qui gradu proximi sunt, bona liberti ex æquo pertinere, id hanc habere exceptionem hoc titulo docemur, nisi uni ex liberis libertum assignaverit, hoc est, testificatus fuerit, cujus ex liberis eum libertum esse velit, *l. assignare 107. de verb. sign.* hoc enim casu is solus, cui facta est assignatio, pro patrono habetur, & in bona liberti succedit, reliquis libris assignatoris exclusis, *l. 1. in pr. hoc tit.*

Textus.

An assignari possit, & quis assignationis effectus.

In summa (quod ad bona libertorum attinet) admonendi sumus, censuisse Senatum, ut quamvis ad omnes patroni liberos, qui ejusdem gradus sunt, æqualiter bona libertorum pertineant; tamen licere parenti, uni ex liberis assignare libertum, ut post mortem ejus solus is patronus habeatur, cui assignatus est; & cæteri liberi, qui ipsi quoque ad eadem bona, nulla assignatione interveniente, pariter admitterentur, nihil juris in his bonis habeant, sed ita demum pristinum jus recipiant, sed is cui adsignatus est, decesserit nullis liberis relictis.

Nota.

Assignare libertum] Assignare libertum est testificari, cujus ex liberis eum libertum esse velit, *l. 107. de verb. sign.* id est, jus patronatus, quod alioqui pluribus competeret, uni peculiariter attribuere.

Commentarius.

Licere parenti] Et quidem soli. Nam jus assignandi libertum parenti manumissori Senatus dedit, *d. l. 1. hoc tit.* quod tamen arcte acceptum, ut liberi manumissoris libertum paternum, quantumvis à parente sibi assignatum, liberis suis adsignare non potuerint; cum tamen in plerisque aliis causis jure manumissorum censerentur, *l. 8. eod.*

Ita demum pristinum jus recipiunt] Ad liberos, non ad heredes extraneos jus patronatus assignatione quæsitum transmittitur; quod intelligitur ex verbis extremis Senatusconsulti relati apud Ulp. *d. l. hoc tit. Utique si ex liberis quis in civitate desisset, neque ei liberi ulli essent, cæteris ejus liberis, qui manumisit, perinde omnia jura serventur, ac si nihil*

nihil de eo liberto eave liberta is parens significasset.

TEXTUS.

De sexu assignati, & de sexu graduque ejus, cui assignatur.

1. Nec tantum libertum, sed etiam libertam; & non tantum filio, nepotive, sed etiam filiæ neptive adsignare permittitur.

COMMENTARIUS.

Sed etiam libertam] Hoc ex ipsis verbis Senatusconsulti planum est: quippe quo perpetuo tam libertæ, quam liberti fit mentio.

Sed etiam filiæ neptive] Senatus generaliter loquitur, *si quis liberos in potestate haberet*, sine discrimine sexus aut gradus. Itaque non minus filiæ neptive, quam filio vel nepoti assignari posse, intellectum est. Quin etiam præferri posse filio nepotem adsignatoris, *l.3. §.1. hoc tit.* quippe cum hoc tantum requirat Senatus, ut liberi adsignatoris in potestate sint, non etiam ut sint sui hæredes. Perperam hæc omisit Theoph.

TEXTUS.

De liberis in potestate vel emancipatis.

2. Datur autem hæc adsignandi facultas ei, qui duos pluresve liberos in potestate habebit, ut eis, quos in potestate habet, adsignare libertum libertamve liceat. Unde quærebatur, si eum, cui adsignavit, postea emancipaverit, num evanescat adsignatio? Sed placuit evanescere: quod & Juliano & aliis plerisque visũ est.

COMMENTARIUS.

Qui duos pluresve liberos in potestate] Cum adsignare nihil aliud sit, quam jus patronatus, quod alioqui pluribus competeret, uni propriè ac peculiariter attribuere, in eum solum derivare, non est existimandum dubitatum fuisse, an is demum adsignare possit, qui duos aut plures liberos habeat: aut si unum tantum quis habeat, an ulla tunc esse possit adsignatio; neque iste hujus loci sensus est, sed hic, assignationem tantum posse fieri pluribus liberis vel uni ex pluribus in potestate constitutis, ut hinc removeantur emancipati. Nimirum quemadmodum lex 12. tabb. jus patronatus retineri voluit in familia, ita etiam Senatusconsultum idem jus adsignatione contractum finibus familiæ conclusit: idque ipsa verba Senatusconsulti indicant, & hic ipse locus.

Placuit evanescere] Non tantum emancipato facta adsignatio nulla est, sed etiam facta ei, qui in potestate erat, emancipatione ejus evanescit: congruit *l.1. in fin. eod.* De eo dubitatum, an si præter emancipatum duo existant in potestate, possit hoc casu patronus non tantum uni ex his, qui in potestate sunt, sed simul etiam emancipato adsignare. Sed Modestinus respondit, magis esse ut possit. Igitur quod per se non haberet emancipatus, id per conjunctam personam consequitur, uti in specie *l.9. eod. l. ult. de lib. & post.* Quod si unus tantum sit in potestate, alter emancipatus, & utrique libertus adsignetur, quæ adsignatio in persona ejus, qui in potestate est, nulla est, ea propter emancipatum utilis fieri non debet: ita censeo cum Cujac.

TEXTUS.

Quibus modis aut verbis assignatio fit: & de Senatus Consulto.

3. Nec interest, an testamento quis adsignet, an sine testamento, sed etiam quibuscumque verbis patronis hoc permittitur facere, ex ipso SC. quod Claudianis temporibus factum est, Sabellio Rufo, & Asterio Scapula Consulibus.

COMMENTARIUS.

Adsignari libertus potest & testamento & codicillis, & per modum contractus, aut donationis inter vivos vel mortis causa, quibuscumque verbis, epistola, chirographo, pure, sub conditione, denique nutu etiam, *l. 1. §. 3. l. 7. eod.* quod procul dubio ex verbo *significasset*, quo Senatus utitur, sumptum est: & ideo ait Justinianus, hoc patronis facere permissum ex ipso Senatusconsulto.

TITULUS X.

D. lib. 37. tit. 1.

De bonorum Possessionibus.

Ratio ordinis: bonorum possessio quid: argumentum tituli.

Ex quatuor acquirendi per universitatem modis, propositis *§. ult. sup. per quas pers. cuiq. acq.* primus & præcipuus expositus est, scilicet ratio acquirendæ hæreditatis jure Civili tum testamento tum ab intestato delatæ.

 Succe-

Succedit nunc species acquisitionis ejusdem generis secunda, seu ea hæreditatis acquirendæ ratio; quæ est ex jure prætorio per bonorum possessionem: de qua hoc titulo ex professo nunc Imperator tractat. Nam quod subinde etiam supra de jure prætorio disputatum est, id factum per occasionem, exigente hoc rerum affinitate. Bonorum possessio, finitore Ulpiano *l. 3. §. 2. hoc tit.* est jus persequendi retinendive patrimonii, sive rei, quæ cujusque, cum moritur, fuit. Non ergo bonorum possessio hic accipitur, uti possessio illa rerum singularum, quæ facti est, & corporalis detentionis, de qua *tit. ff. & C. de acq. poss.* sed tota juris est, & dominium tribuit: ut hæc duo præter nomen nihil commune habeant. Denique bonorum possessio vi ipsa nihil aliud est, quam hæreditas, *d. l. 3. in pr. & §. 1. l. 1. & l. 2. eod. l. 117. de reg. jur.* unde Græcis dicitur πατρῴα διαδοχή. Tantum in tempore & modo acquirendi diversitas est. De fine bonorum possessionis, tum quam ea vim & unde habeat, primum hic exponitur: deinde species ejus eo ordine, quo edicto propositæ fuerunt, recensentur; ac mox quibusdam remotis quædam transponuntur: ad extremum agitur de tempore & modo bonorum possessionis petendæ.

TEXTUS.

Cur introductæ bonorum possessiones; & quis sit earum effectus.

Jus bonorum possessionis introductum est à prætore emendandi veteris juris gratia. Nec solum in intestatorum hæreditatibus vetus jus eo modo prætor emendavit, sicut supra dictum est; sed in eorum quoque, qui testamento facto decesserint. Nam si alienus posthumus hæres fuerit institutus, quamvis hæreditatem jure civili adire non poterat, cum institutio non valebat; honorario tamen jure bonorum possessor efficiebatur; videlicet cum à prætore adjuvabatur. Sed & is à nostra constitutione hodie rectè hæres instituitur, quasi & jure civili non incognitus. Aliquando tamen neque emendandi, neque impugnandi veteris juris, sed magis confirmandi gratia, prætor pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoque, qui rectè testamento facto, hæredes instituti sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem. Item ab intestato suos hæredes, & agnatos, ad bonorum possessionem vocat. Sed & remota quoque bonorum possessione ad eos pertinet hæreditas jure civili. Quos autem solus prætor vocat ad hæreditatem, hæredes quidem ipso jure non fiunt: nam prætor hæredem facere non potest: per legem enim tantum, vel similem juris constitutionem hæredes fiunt, vel per Senatusconsulta, & constitutiones principales: sed cum eis prætor dat bonorum possessionem, loco hæredum constituuntur, & vocantur bonorum possessores. Adhuc autem & alios complures gradus prætor fecit in bonorum possessionibus dandis, dum id agebat, ne quis sine successore moreretur. Nam angustissimis finibus constitutum per legem duodecim tabularum jus percipiendarum hæreditatum prætor ex bono & æquo dilatavit.

NOTÆ.

BONORUM POSSESSIONIB.] Hæc secunda species est acquisitionis per universitatem earum quatuor, quæ propositæ *sup. §. ult. per quas pers.* Bonorum possessio vi ipsa nihil aliud est, quam hæreditas, *l. 2. & 3. h. t. l. 117. de reg. jur.* Græci ἀγαθῶν διακατοχὴν appellant, & πατρῴαν διαδοχήν.

A NOSTRA CONSTITUTIONE] Hæc constitutio non extat fac. *d. §. 26. sup. de legat.*

IPSO JURE NON FIUNT] Ipso jure hic idem valet, quod jure civili, ut & alibi *§. 11. inf. de act. §. 1. inf. de perp. & temp. act. l. 9. §. 1. usuf. qu. cau.* Igitur hæredes ipso jure non fiunt, id est, non fiunt jure civili hæredes, etsi adeant hæreditatem aut pro hærede gerant. Alio sensu sui dicuntur ipso jure hæredes existere.

PER SENATUSCONSULTA] *l. 9. d. t. sup. de SC. Tert. & de SC. Orfic.*

CONSTITUTIONES PRINCIPUM] Exempl. habes *§. 3. & 4. sup. de leg. agn. succ. l. pen. & ult. C. de leg. hær.*

ALIOS

ALIOS COMPLURES GRADUS] Id est, ordines, τάξεις, ut sæpe alibi, *l. 1. §. 1. unde liberi, l. 5. unde cogn. l. un. quis ord. in bon. poss.*

EX BONO ET AEQUO] Nam prætor & alios successorum ordines fecit, & ordinum graduumque successionem admisit *tit. de success. edict.*

COMMENTARIUS.

1. *Quomodo prætor circa successiones jus vetus emendarit.*
2. *Quanam bonorum possessiones juris civilis confirmandi gratia introductæ: & quàm utiliter.*
3. *Qui jure civili succedere possunt, si malint honorario, hæredes, an bonorum possessores efficiantur.*
4. *Cur prætor hæredem facere non possit.*
5. *Bonorum possessores vi ipsa hæredes esse, & jure prætorio dominium rerum singularum consequi: quod à plerisque minus bene perceptum.*
6. *Scopus prætoris in introducendis bonorum possessionibus.*

EMendandi juris veteris gratia] Suprà didicimus, legem 12. tabb. successiones ab intestato tam angustis finibus conclusisse, ut intra suorum hæredum & agnatorum ordinem consisteret. Postea verò multas personas, tum inter suos hæredes, tum inter agnatos, vocatas à prætore, Senatusconsultis, constitutionibus. Prætorem etiam tertium ordinem fecisse, in quo omnes eos vocavit, qui naturali cognatione conjuncti. Hoc significat Justinianus, cum ait, prætorem bonorum possessiones introduxisse emendandi juris veteris causa. Emendavit enim laxando mitigandoque juris civilis rigorem, dum illo jure neglectis, liberis emancipatis, cognatisque, ad successionem viam aperuit. Ajo, jure civili neglectos: nam capere nominatim prohibitis prætor non succurrit, ne directo, quod non potest, contra leges faciat, *l. non est 12. §. 1. hoc tit. l. 12. §. 4. de publ. in rem act.* Simili quoque correctione, & quadam velut impugnatione juris civilis usus est prætor & in hæreditatibus eorum, qui testati decesserunt, dando bonorum possessionem secundum tabulas posthumis alienis hæredibus institutis, *l. 3. secund. tab.* & contra tabulas liberis emancipatis præteritis §. *eadem 12. sup. de hær. qua ab int. def.*

Si alienus posthumus] Quis dicatur suus, quis alienus posthumus; item cur alienus posthumus jure civili hæres institui non potuerit, neque legatum capere; diligenter exposuimus *lib. 2. sub. tit. de legat. §. posthumo 26. add.* & quæ sub §. 2. *supra de exhær. liber.*

Honorario jure bonorum possessor.] *d. l. 3. sec. tab. l. 5. de inoff. test.* Atque ad effectum hujus juris, & simul institutionis & legati, respiciens, dixit alibi, posthumum alienum etiam olim hæredem institui potuisse, §. *posthumus 28. sup. de legat.* quod multis ibi argumentis confirmavimus.

Sed magis confirmandi gratia] Ait, quasdam bonorum possessiones à prætore etiam confirmandi, id est, adjuvandi juris veteris gratia introductas: idque declarat duplici specie bonorum possessionis: quarum una ex testamento secundum tabulas, quam etiam rectè institutis hæredibus prætor polliceatur; altera ab intestato; eaque item duplex, unde liberi & unde legitimi; quarum ad illam etiam suos hæredes, ad hanc etiam agnatos, & qui agnatorum jure censentur, invitet. 2

Hæredes instituti] Hæredi testamento rectè instituto scimus necessariam non esse bonorum possessionem secundum tabulas, cum adita hæreditate jure civili hæres fiat. Existimo etiam, prætorem ab initio bonorum possessionem secundum tabulas jure civili scriptas perfectasque pollicitum non esse, sed secundum eas duntaxat, quæ ipsius instituto scriptæ fuerant, quarum formam jus civile, quo solo hæreditas defertur, ignorabat, hoc est, quæ septem testium signis erant obsignatæ, *l. 2. C. sec. tab.* aut quæ jure civili ideo non valebant, quod vel familiæ mancipatio vel nuncipatio non intervenerat, vel testamentum ruptum irritùmve factum fuerat. *Ulpian. tit. 23. §. si septem & tit. 28. §. etiamsi l. posthum. 12. de injust. rupt. irrit. §. non tamen sup. quib. mod. test. infirm.* Cæterum progressu temporis jus prætorium crevisse, inolevisseque, ut etiam qui rectè hæredes instituti erant, aliique, qui jure civili hæreditatem adeundo consequi poterant, ad majorem cautionem, puta ut remediis prætoriis uterentur, veluti interdicto quorum bonorum, *l. 1. quor. bon.* vel quia multis in rebus liberalius agitur cum bonorum possessoribus, quam cum hæredibus, *l. 3. §. acquirere 7. hac tit. l. 1. & ult. qui adm. ad bon. poss.* bonorum possessionem peterent: edictumque postea plenius conceptum. Hotomannus putat, per bonorum possessionem etiam acquiri possessionem ipsarum rerum, qui manifestus error est: non enim magis agnoscendo bonorum possessionem rerum singularum possessionem adipiscimur, quàm adeundo hæreditatem, *l. 3. pr. §. 1. & 2. hoc tit. junct. l. cum hær. 23. de acq. poss.* Sed & si quis res defuncti corporaliter possideat, eum tamen necesse est bonorum possessionem à prætore obtinere, ut in naturali rerum singularum possessione defendatur. *Wesenb. par. hoc tit. num. 8. D. Diod. Tulden. in comm. hic cap. 1.*

Suos hæredes & agnatos] Suos hæredes ad bonorum possessionem *unde liberi*, agnatos ad bonorum

rum possessionem *unde legitimi.* Licet enim his bonorum possessio non sit necessaria, (utpote qui etiam remota ea jure civili hæreditatem obtineant) & adspectu principalis scopi bonorum possessio unde liberi comparata sit emendandi juris civilis gratia, succurrendique liberis emancipatis, quos jus civile non agnoscit : §. *emancipati 9. sup. de har. qua ab int.* tamen suos etiam hæredes prætor edicto complexus est : *l. 1. unde liberi* & agnatos quoque & cæteros personas legitimas vocavit *tit. unde legitimi :* nec quod iis concesserat, quos solus ipse vocat, denegasse illis videretur, quos vocat potentior : inque eo juris civilis se adjutorem præbuit. Ὀυκ ἔςι δυςχερὴς ὁ πραίτωρ, ait Theoph. & Theod. Hermop. ad *l. 117. de reg. jur.* ὁ πραιτώρειος νόμος φιλαγαθώτερος : *jus pratorium humanius est.* Hinc illustratur *l. 7. §. 1. de just. & jur. & §. pratorum sup. de jur. nat. gent. & civil.*

Solus vocat prator] Quid ergo si quis testamento hæres institutus aut agnatus proximus intestati, quos solus prætor non vocat, sed quibus liberum est vel hæreditatem adire, vel ex edicto bonorum possessionem accipere, *l. 2. §. si duo 8. sec. ab.* hoc, quam illo jure, succedere maluerint? Hos etiam non hæredes, sed bonorum possessores effici, ac proinde non directis, sed utilibus actionibus usuros, rectè censet *Jo. Fab.* Quin amplius, nec suum hæredem, qui secundum tabulas aut unde liberi accepit, existimo alias, quam utiles & prætorias actiones, exerciturum; directasque, quæ apud eum remanent, quia ipso jure hæres extitit, esse sine effectu, *arg l. 7. sed quod Papinianus de minorib. l. ei qui 88. de hared. instit.*

4 *Prator haredem facere non potest*] Hæredem facere est justum plenoque jure Quiritum dominum facere, quod solius legis est, utpote quæ rebus omnium, tanquam regina & domina, præsidet : *l. 2. de legibus,* aut ejus, qui similem legi auctoritatem habet : qualem etiam habuit senatus, uti docet *l. non ambigitur 9. de legib.* & ostendunt Senatusconsulta Tertyllianum & Orficianum; non prætoris, qui nudus fuit magistratus, δικαιοδότης non νομοθέτης : qui tamen tacitè consentiente populo, hoc usurpavit, ut nonnulla, non quidem directo contra, sed tamen præter rationem juris constituti ex æquo & bono constitueret, quæ juris etiam auctoritatem obtinuerunt, *vid. not. sub. §. pratorum 7. sup. de jur. nat gent.*

Loco haredum constituuntur] Prætor successores suos, quos hæredes facere non potuit, bonorum possessores appellavit, iisque utiles actiones dando effecit, ut vicem hæredum obtinerent, imo vi ipsa ut hæredes essent, *l. 1. 2. 3. hoc tit.* Unde est, quod hæredis appellatio etiam bonorum possessori absolutè tribuitur, & perpetuo appellatione hæreditatis bonorum quoque possessio venit, *l. hareditatis 138. de verb. sign. l. in conditionibus 19. §. 2. de cond. & demonst. l. 1. §. bonorum 7. ad Senatusc. Treb. l. ultim. C. qui adm. ad bon. poss.* Sed & passim nostri bonorum possessores vocant successores honorarios, *l. sed & ejus 24. §. 1. fam. erc. l. fine 9. §. illud 6. de interr. in jur. l. 10. ad Senatusc. Vell. l. 1. §. nec non 8. ut leg. nom. cau.* Cum ergo bonorum possessores jus hæredum consequantur, etiam dominium eos consequi necesse est, & quidem rerum ipsarum seu proprietatem ipsam, uti hoc disertè traditum est ab *Ulp. l. 1. hoc tit.* dominium, inquam, non utique directum aut ex jure quiritiarium seu legitimum, sed utile sive bonitarium, aut si mavis, dominium prætorium : nam bonorum possessor hæres honorarius est; hæres vero dominum significat. Ita quem prætor secundo decreto in possessionem mittit, dominus etiam constituitur, *l. si finita 15. § Julianus. 16. & §. postea 33. de damn. inf.* Perspicuum est igitur, eos errare, ut levissimè dicam, qui contendunt, prætorem nihil aliud tribuere bonorum possessori, quam rerum possessionem; quippe quæ nihil cum dominio commune habet, *l. 12. §. 1. de acq. poss.* imo quam nec tribuit prætor, & quæ nemini acquiritur, nisi qui eam naturaliter apprehenderit, *l. 1. passim de acq. poss.* Dominii quoque possessionis, quale alii tantum successoribus honorariis tribuunt, merum commentum est. Clarissimus D. Tuldenus sic hæc explicat; hæreditas, inquit, quia successio est in universum jus defuncti, statim ut adita est, tribuit dominium rerum hæreditariarum. Non par vis, inquit, bonorum possessioni; quippe quæ tantum facultatem tribuit persequendi. Hæc ille. At enimvero si rem spectemus, par utrique & eadem vis : nam & bonorum possessio non minus quam hæreditas, eademque ratione, qua hæreditas, successio est in universum jus defuncti, & ipsa quoque simul atque admissa est, dominium jure prætorio tribuit æque ac hæreditas jure civili : textus sunt expressi & clari in *l. 1. l. 3. in tr. h. t.* Res hæc ideo minus rectè vulgo percepta est, quod in describenda tum hæreditate tum bonorum possessione Jurisconsulti impropriè locuti sunt, nec vero, sed tropico genere usi, nam neque hæreditas propriè successio est, ut abundè demonstravimus sub *tit. de reb. corp. & incorp.* neque bonorum possessio potestas persequendi, sed utraque nihil aliud, quam universum patrimonium & jus alicujus defuncti, in quod & hæres succedens & bonorum possessor, ille scilicet adeundo, hic bona apud magistratum amplectendo, dominium rerum singularum statim nanciscuntur, ille civile, hic prætorium, & consequenter jus eas res persequendi, ille directis & civilibus, hic utilibus & honorariis actionibus.

Et

Et alios complures gradus] Id est, ordines; est enim hoc nostris non infrequens, ut ordines successionum ab intestato gradus quoque appellent, *l.1. §.1. unde liberi l.5. unde cogn. l. un. quis ord. in poss.* Unde etiam interpres Novellarum, quod in textu Græco, *Nov. 118.* in pr. legitur, πᾶσα ἡ τῶν ἐξ ἀδιαθέτου διαδοχὴ τρισὶ γνωρίζεται τάξεσι, reddidit, tribus cognoscitur gradibus, id est, βαθμοῖς: ut nihil causæ videam, quamobrem hoc carpserit Bern. Sutholt. *diss. 11. n. 42.* Sunt autem intestati gradus seu ordines, præter enumeratos liberorum & legitimorum, nunc adhuc duo, cognatorum, & unde vir & uxor, *d. l.1. §.1. & d. l. un.*

Ex æquo & bono dilatavit] Scopus hic prætori in introducendo jure bonorum possessionis propositus fuit, amplificare jus percipiendarum ab intestato hæreditatum, quod lex 12. tabb. familiæ finibus ita concluserat, ut suos tantum hæredes, & post hos, agnatos solos admitteret, atque ita admitteret, ut in eorum hæreditatibus successioni locum non daret, hoc est, ut proximo deficiente vel repudiante, insequentis gradus agnatos non admitteret, *§. placebat 7. sup. de leg. agn. success.* Prætor autem & alios ordines fecit, ordinumque & graduum successionem admisit *tit. de success. edict.*

TEXTUS.

De speciebus ordinariis. Jus Vetus.

1. *Sunt autem bonorum possessiones, ex testamento quidem hæ: prima, quæ præteritis liberis datur, vocaturque* contra tabulas. *Secunda, quam omnibus jure scriptis hæredibus prætor pollicetur, ideoque vocatur* secundum tabulas. *Et cum de testatis prius locutus est, ad intestatos transitum fecit. Et primo loco suis hæredibus, & iis, qui ex edicto prætoris inter suos hæredes connumerantur, dat bonorum possessionem, quæ vocatur* unde liberi. *Secundo legitimis hæredibus. Tertio decem personis, quas extraneo manumissori præferebat. Sunt autem decem personæ hæ; Pater, mater, avus, avia tam paterni, quam materni: item filius, filia; nepos, neptis, tam ex filio, quam ex filia; frater sororve consanguinei vel uterini. Quarto cognatis proximis. Quinto* tanquam ex familia. *Sexto patrono patronæque, liberisque eorum & parentibus. Septimo, viro & uxori. Octavo cognatis manumissoris.*

NOTÆ.

1. PRIMA, QUAE PRAETERITIS LIBERIS] *l. un. quis ord. in bon. poss.* Ulp. *tit. 28.* vid. *sup. §. 3. de exh. lib. & D. de bon. poss. cont. tab.*

DECEM PERSONIS] Ulpian. *apud Licin. Rufin. tit. 16.*

EXTRANEO MANUMISSORI] Id est, imaginario emptori, cui pater filium non contracta fiducia mancipaverat. Cujac.

COGNATI MANUMISSORIS] §. *pen. sup. de succ. libert.* Ulp. *tit. 28. §. 6.*

COMMENTARIUS.

1. *Quo sensu bonorum possessio contra tabulas dicatur esse ex testamento, cum per eam succedatur ab intestato. Quod à paucis observatum.*
2. *Cur ea primo loco in edicto proposita.*
3. *Extraneus manumissor quis dicatur.*
4. *Quid per familiam significetur in ea, quam prætor quinto loco proposuit.*

HAbemus hic catalogum veterum bonorum possessionum, earumque gradus, uti quæque edicto proposita fuit. Similis est apud Ulpian. *tit. 28. §. intestati 6.* Percurramus singula.

Ex testamento quidem hæ] Bonorum possessio, itidem ut jure civili hæreditas, defertur aut testamento, aut ab intestato. Quæ testamento facto competit, ea duplex est, contra tabulas, & secundum tabulas; quarum hæc etiam ex testamento est, ita ut per eam etiam succedatur ex testamento: illa ex testamento non est, ne quis erret; cum enim detur contra testamentum, per eam testamentum oppugnetur atque evertatur, *l. 1. in pr. de legat. præst. l. ut liberis 17. in pr. C. de collat.* ex testamento esse dici non potest, neque per hanc bonorum possessionem ex testamento succedi: sed uti rescisso per inofficiosi querelam testamento res ad causam intestati redit, *l. 6. §. 1. l. eum qui 21. §. 2. de inoff. test.* eodem modo, rescisso testamento per bonorum possessionem contra tabulas, liberi præteriti jure prætorio ab intestato succedunt, uti diserte scriptum est in *d. l. liberis 17. C. de collat.* Quamobrem quod hic Imperator etiam bonorum possessionem contra tabulas dicit esse ex testamento, certum est id improprie atque abusive ab eo dici, nec alio sensu, quam quod ea locum non ha- 1

beat,

beat, nisi defunctus testamento facto decesserit; atque ob hanc solam causam contra tabulas bonorum possessio opponitur successioni intestati, meræ scilicet illi, seu cum nullæ tabulæ factæ sunt, *l. 1. in pr. & §. recte autem 5. unde lib. l. 4. C. de collat.* non, inquam, ut successio ex testamento, sed ejus, qui facto testamento decessit. Quod idcirco monendum fuit, quia à paucis observatum.

Qua præteritis liberis] Præteritis liberis datur bonorum possessio contra tabulas patris aut cæterorum parentum per patrem conjunctorum, *ff. & C. de bon. poss. cont. tab.* quæ species à nobis exposita est sub §. *eadem 12. de her. qua ab int. & §. 3. sup. de exhær. lib.* Sunt & aliæ species bonorum possessionis contra tabulas; veluti ea, quæ patrono præterito datur contra tabulas liberti, *§. 1. sup. de success. libert.* item quæ datur patri adversus tabulas filii, quem emancipavit, *l. 1. si apparent. quis man.*

Secundum tabulas] Quod si hæres non scriptus testamento, sed nuncupatus sit, datur secundum nuncupationem, *l. 2. C. de bon. poss. sec. tabb.* Datur, si modo tabulæ recte factæ sint. Enimvero prætor non omnes hic solemnitates juris civilis desiderat, sed hoc tantum requirit, ut septem testium signis tabulæ signatæ sint. Secundum nuncupationem quoque non aliter dat, quam si testator voluntatem suam rite declaraverit. Illa autem contra tabulas & in edi-
2 cto & primo loco proposita est, quoniam, si eo testamento, quo de agitur, liberi defuncti præteriti sint, ad hos prius contra tabulas pertinet, nec ante adscriptos hæredes pervenitur, quam liberi bonorum possessione contra tabulas exclusi sint *l. 2. in pr. sec. tab.* Quod si scripti præmature secundum tabulas impetrarint, ea sine re futura est, si liberi postea suo jure utantur. De quo plura scripsimus sub *tit. de exhær. lib. ad calcem pr.*

Unde liberi] Patre intestato mortuo datur liberis bonorum possessio, quæ *unde liberi* dicitur, introducta principaliter liberorum emancipatorum gratia, *§. emancipati, sup. de hær. qua ab int.* sed interim tamen & suis hæredibus edicto proposita, *l. 1. §. liberos und. lib.*

Secundo legitimis hæredibus] Quæ dicitur *Unde legitimi*: & generaliter omnibus defertur, quibus lex aut senatus defert hæreditatem. Unde & mater, quæ ex Senatusconsulto Tertylliano venit, & liberi, qui ex Orficiano ad legitimam matris hæreditatem admittuntur, hanc bonorum possessionem petere possunt, *l. 2. §. ult. l. 3. und. legit. vid. sup. de leg. agn. succ. & 2. tit. seq.*

3 *Tertio decem personis, quas extraneo manumissori*] Extraneus manumissor patri manumissori opponitur. Est autem extraneus manumissor emptor ille imaginarius seu pater fiduciarius, qui filium à patre naturaliter venditum sibi, ter ipse manumisit, nullo fiduciæ pacto interposito, ut post tertiam mancipationem eum remanciparet. Huic enim tanquam patrono jure civili legitima hæreditas deferebatur, excluso patre naturali, cæterisque personis, quæ hic enumerantur, videsis quæ *sup. §. ult. de leg. agn. succ. & sub §. præterea, quibus mod. jus pat. pot. solu.* quod prætor durum atque iniquum ratus emendavit. Hanc bonorum possessionem intelligit Modestin. *l. si ad patrem 10. de suis & legit.* Ait *decem personis*. Totidem eædemque personæ præferuntur fisco in iis, quæ à viro relicta sunt mulieri, si eum non eluxerit, *l. 1. C. de sec. nupt.*

Quinto tanquam ex familia] Ita legitur in vulgatis & apud Theoph. Cujacius reponit, *tum quem ex familia*. Alii aliter. Puto autem, familiam significari patroni, id est, hac bonorum possessione vocari patroni agnatos. Certe hos etiam ad successionem liberti admissos fuisse constat, *l. 3. §. utique 9. de suis & leg. l. liberto 17. de bon. libert.* ut vero non sit simile, eos hic esse omissos. Nec me movet, quod hac explicatione admissa invertitur ordo succedendi, cum patronus familia sua sit potior. Nam Tribonianus, cui propositum fuit tollere bonorum liberti possessiones, necesse non habuit accurate ordinem observare: quod fortassis nec ipse prætor fecit. Quod si hæc ad familiam liberti referri volumus, intelligendi erunt liberti quasi agnati. Ut verbi causa, si alter ex duobus fratribus manumissis filium genuerit, hic filius tanquam agnatus ad patrui sui bonorum possessionem admittatur. Sed vix est, ut hoc obtinuisse credam; cum utique tales personæ inter cognatos vocatæ fuerint. 4

Sexto patrono patronæque] Qui etiam in secundo ordine ex edicto unde legitimi venire possunt, *l. 2. §. 1. l. 3. unde legit.*

Septimo viro & uxori] Hæc septima bonorum possessio, *unde vir & uxor dicta*, viro & uxori defertur, excluso fisco, qui alioqui bona vacantia occuparet, *l. un. ff. & C. unde vir. & ux.*

Octavo cognatis manumissoris] Probabilis hinc mihi videtur conjectura Bachovii, prætorem etiam separatim de bonorum possessionibus libertorum edixisse, easque similiter ut ingenuorum proposuisse tribus distinctis ordinibus, quorum in primo promiserit patronis eorumque liberis & parentibus, in secundo quasi agnatis eorum, in tertio cognatis.

Textus.

Jus Novum.

2. Sed eas quidem prætoria introduxit jurisdictio: à nobis tamen nihil incuriosum prætermissum est: sed nostris constitutioni-

tutionibus omnia corrigentes, contra tabulas *quidem, &* secundum tabulas *bonorum possessiones admisimus, utpote necessarias constitutas: nec non ab intestato,* unde liberi, *&* unde legitimi, *bonorum possessiones. Quæ autem in prætoris edicto quinto loco posita fuerat, id est,* unde decem personæ, *eam pio proposito & compendioso sermone supervacuam ostendimus. Cum enim privata bonorum possessio decem personas præponebat extraneo manumissori, nostra constitutio, quam de emancipatione liberorum fecimus, omnibus parentibus, eisdemque manumissoribus, contracta fiducia manumissionem facere dedit; ut ipsa manumissio eorum hoc in se habeat privilegium, & supervacua fiat supradicta bonorum possessio. Sublatâ igitur prædictâ quintâ bonorum possessione in gradum ejus sextam antea bonorum possessionem induximus, & quintam fecimus, quam prætor proximis cognatis pollicetur. Cumque antea fuerat septimo loco bonorum possessio,* tanquam ex familia*: & octavo,* unde patroni patronæque, liberi & parentes eorum, *utramque per constitutionem nostram, quam de jure patronatus fecimus, penitus evacuavimus. Cum enim ad similitudinem successionis ingenuorum libertinorum successiones posuerimus, quas usque ad quintum gradum tantummodo coarctavimus, ut sit aliqua inter ingenuos & libertinos differentia, sufficit eis tam* contra tabulas *bonorum possessio, quam* unde legitimi, *&* unde cognati, *ex quibus possunt sua jura vindicare, omni scrupulositate & inextricabili errore istarum duarum bonorum possessionum resoluto. Aliam verò bonorum possessionem, quæ* unde vir & uxor *appellatur, & nono loco inter veteres bonorum possessiones posita fuerat, & in suo vigore servavimus, & altiore loco, id est, sexto eam posuimus: decima quoque veteri bonorum possessione, quæ erat* unde cognati manumissoris *propter causas enumeratas merito sublata, ut sex tantummodo bonorum possessiones ordinariæ permaneant, suo vigore pollentes.*

NOTÆ.

NOSTRA CONSTITUTIO] Extat in *l. ult. C. de emanc. lib.* vid. *sup. §. 6. quib. jus med. pat. pot.*

USQUE AD QUINTUM GRADUM] Tam liberorum patroni, quam ex transverso conjunctorum, ut recte Cujac. & verba constitutionis ostendunt, *d. § 3. de succ. libert.* à nobis relata. Errat igitur cum Mynsing. Pacius *in margine.*

COMMENTARIUS.

1. *Ex bonorum possessionibus retentis, prima quatuor quando necessariæ, quando utiles tantum.*
2. *Hodie nullam harum trium, unde liberi, unde legitimi, unde cognati, necessarium esse: & vix ullam earum utilem.*
3. *Septima & octava quare sublatæ. Ubi quædam illustrantur ex constitutione Græca.*
4. *Solam unde vir & uxor jure novissimo necessariam.*

HOc §. removet quasdam species ex iis, quæ præcedenti §. recensitæ sunt, atque in earum locum quasdam transponit, quas servat, remotiores. Conjunctim autem hic numerat bonorum possessiones, tam quæ testamento facto competunt, quàm quæ ab intestato, quas modò separatim & distinctè consideravit. Unde fit, ut verbi causâ, bonorum possessio *unde cognati,* quæ modo illi quarta fuit, hic sexta numeretur.

Utpote necessarias] Ait, se quatuor primas bonorum possessiones, nempe *contra tabulas, secundum tabulas, unde liberi, & unde legitimi,* retinuisse; utpote quarum usus sit necessarius, aut certe, quod intelligendum est, utilis. Equidem bonorum 1

possessio *contra tabulas* liberis emancipatis omnino necessaria erat; quippe qui jure civili pro extraneis habiti: adeoque adhuc hodie est, ut defendimus *sup. ad pr. & §. 2. de inoff. testam.* suis vero hæredibus præteritis neque olim fuit, neque nunc est necessaria. *Secundum tabulas* necessaria olim posthumo alieno hæredi instituto, nunc non est, *sup. eod. in pr.* Cæteris hæredibus testamento facto scriptis nec olim, nec nunc necessaria, sed utilis duntaxat: necessaria tamen, si quid solennitatis jure civili requisitæ desit. Cæterum tunc sæpe sine re aut effectu est, proximis ab intestato hæreditatem evincentibus. *Ulp. tit. 28. §. ult. Unde liberi* non necessaria suis hæredibus; quippe qui ipso jure hæredes existunt: necessaria emancipatis: at hodie ne his quidem. Nam cum novissima Justiniani lege idem jus, in successione ab intestato emancipatis tributum sit, quod sui habent, *Nov. 118.* certe prætoris auxilio non amplius indigent; quamvis nihilominus ad acquirendam hæreditatem necessaria illis sit aditio. Sed neque bonorum possessio *unde legitimi* necessaria. Quippe cum agnati ex lege 12. tabb. cæteræ legitimæ personæ ex Senatusconsultis aut constitutionibus, quibus jus agnationis iis datum est, succedere possint, *l. 3. unde legit.* A prætore cuiquam jura legitimæ successionis data non legimus. Hodie hæc species una fere est cum *unde cognati.*

Unde decem personæ] Hanc bonorum possessionem sponte evanescere necesse fuit, nullumque ejus usum relinqui, ex quo extranei manumissores, quibus ea decem memoratas personas præponebat, esse desierunt. Desierunt autem postquam Justinianus emancipationem fieri voluit sola professione patris, apud competentem magistratum denuntiantis, se filium de manu sua ac potestate dimittere, omni venditionum & intercedentium manumissionum ritu sublato, *l. ult. C. de emanc. lib.* nam ex eo tempore non alius, quam pater naturalis filii emancipati manumissor existere potuit. Cessante igitur bonorum possessione *unde decem personæ,* locum ejus occupare jussit bonorum possessionem *unde cognati,* quæ olim necessaria, hodie non est post juris agnatorum
2 & cognatorum confusionem. *Nov. 118.* Itaque tres illæ bonorum possessiones, *unde liberi, unde legitimi, unde cognati,* nullam necessitatem, imo vix utilitatem ullam hodie habent, mutato ordine succedentium, sublataque veteri sexus, familiæ, agnationisque prærogativa. Atque in hoc omnes fere consentiunt. *Christin. vol. 4. decis. 1.*

Tanquam ex familia, & unde patroni] Ait, se hasce duas bonorum possessiones, *Tanquam ex familia,* & *unde patroni, liberique & parentes eorum,* sustulisse constitutione sua de jure patronatus. Hæc est eadem illa Græca constitutio, cujus superius quoque aliquoties meminit, & qua totam se causam successionis libertorum plene definivisse testatur, *§. 3. de succ. libert.* Non extat constitutio; sed epitomen ejus nobis ex Basilicis repræsentat Cujacius *lib. 20. obs. 34.*

Ad similitudinem successionis ingenuorum] Hujus loci non hæc sententia est, Justinianum in successione libertorum inter se, aut in successione cognatorum liberti (agnatos, ut sæpius jam dictum est, liberti nullos habent) eadem jura constituisse, quæ in successione ingenuorum: sed hæc, voluisse simili ratione, patronum ejusque liberos, parentes, agnatosque & cognatos, succedere liberto, qua succeditur ingenuis. Quod ex iis, quæ mox subjiciuntur, liquet. Ita quoque supra *d. § 3. in fin. de succ. libert.* ait, se bene concordantia jura ingenuitatis & libertinitatis in successionibus fecisse; cum tamen ibi tantum definiat rationem, qua patroni eorumque liberi & cognati succedant libertis.

Usque ad quintum gradum] Tam liberorum patroni, quam agnatorum, aut cognatorum ejus. Quod ostendit ipsa constitutio, in qua hæc legimus; *ἕως τοῦ πέμπτου βαθμοῦ οἱ ἐκ πλαγίου συγγενεῖς τοῦ πάτρωνος, καὶ οἱ κατιόντες αὐτοῦ κληρονομείτωσαν τοῦ ἀπελευθέρου.* Falluntur igitur Mynsin. & Pacius, dum verba textus restringunt ad eos, qui ex transverso patrono juncti. In summa, hanc differentiam Justinianus esse voluit ingenuitatis & libertinitatis in successionibus, ut licet illæ laxius deferantur, hæ tamen intra quintum gradum liberorum & cognatorum patroni consisterent, *d. §. 3. de succ. libert.* in cujus §. fine ob hanc causam particula (*pene*) addita est.

Sufficit eis contra tabulas] Si libertus liberos non habens testamento suo patronum præteriisset, aut minus parte dimidia bonorum reliquisset, dabatur edicto prætoris patrono contra tabulas liberti partis dimidiæ bonorum possessio, *§. 1. d. tit. d. succ. libert.* Justinianus pro dimidia tertiæ tantum partis dari voluit, *d. §. 3.* Ad hanc tertiæ partis bonorum successionem admittuntur soli patroni eorumque liberi, non etiam qui ex latere veniunt. Sed nec liberi 3
admittuntur ultra quintum gradum. Utrumque hoc eadem constitutione expressum est: sic enim definit, ut in proposito tertiæ partis bonorum possessionem petere possint *ὁ πάτρων καὶ πατρώνισσα, καὶ παῖδες αὐτῶν, οἱ ἕως πέμπτου βαθμοῦ κατιόντες τῶν πατρώνων καὶ μόνοι· οἱ περαιτέρω αὐτῶν κατιόντες, ἢ ἐκ πλαγίου, οὐκ ἔχουσι τὰς ἐναντίωσιν τῆς διαθήκης,* &c.

Unde legitimi, & unde cognati] Itaque liberto intestato sine liberis mortuo, patronus, liberi ejus, agnati & cognati ex istis aliorum agnatorum & cognatorum ordinibus admittentur.

Unde vir & uxor] Hanc servatam Justinianus proximo loco ab illa *unde cognati* collocavit, agmen-

4 menque ordinariarum claudere jussit. Est inter eas, quæ ab intestato promittuntur, sola etiam nunc necessaria. Illa alia successionis species est, per quam conjux inops ad partem vocatur, *auth. præterea, C. und. vir & ux.*

Unde cognati manumissoris] Quippe quibus sufficit generalis *unde cognati,* ut modo dictum est. Igitur sustulit Justinianus tres illas bonorum possessiones, quæ patrono ejusque liberis & parentibus, quæ agnatis patroni, quæ ejusdem cognatis, dabatur.

Sex bonorum possessiones ordinaria] Duæ facto testamento, *contra tabulas* & *secundum tabulas*; quatuor tabulis non extantibus, *unde liberi, unde legitimi, unde cognati,* & *unde vir & uxor.* Dicuntur ordinariæ, quia certum habent in edicto ordinem, gradum & titulum, *l. 1. quis ord. in poss. §. cum igitur 4. inf. hoc tit.* quæ sequuntur sunt extraordinariæ.

TEXTUS.

Species extraordinaria.

3. Septima eas secuta, quam optima ratione prætores introduxerunt. Novissime enim promittitur edicto iis etiam bonorum possessio, quibus ut detur, lege, vel Senatusconsulto, vel constitutione comprehensum est: quam neque bonorum possessionibus, quæ ab intestato veniunt, neque iis, quæ ex testamento sunt, prætor stabili jure connumeravit: sed quasi ultimum & extraordinarium auxilium (prout res exigit) accommodavit, scilicet iis, qui ex legibus, Senatusconsultis, constitutionibusve principum, ex novo jure, vel ex testamento, vel ab intestato veniunt.

NOTA.

3. LEGE VEL SCto] *l. un. D. ut ex legib. SCtis vel constit. bon. poss.* Distinguitur etiam bonorum possessio in edictalem & decretalem, *l. 1. §. 7. de succ. edict. l. 1. § 4. unde lib. l. 30. §. 1. de acquir. har.* illa ex ipso edicto sine decreto aut causæ cognitione postulanti datur, ac proinde de plano peti potest; quales natura sua omnes ordinariæ: hæc non ex solo edicto, sed interveniente decreto, &c. decernitur, *l. 2. §. 1. quis ord. in bon. poss. l. 3. §. pen. h. t.* quales Carboniana aliæque extraordinariæ *l. 1. & pass. de Carbon. edict. l. 84. de acq. har. l. 14. §. ult. cont. tab.*

COMMENTARIUS.

1. Extraordinariarũ bonorum possessionũ quasdam esse definitas, quasdam indefinitas; atque utriusque speciei exempla.

2. Bonorum possessionem, quæ edictalis dicitur, & eam, quæ decretalis, esse species revera oppositas, contra comm.

PRæter sex illas bonorum possessiones ordinarias, quas sic appellari diximus, quia certo jure atque ordine, certisque personis, tum testamento facto, tum ab intestato deferuntur, haud secus ac ex legibus hæreditas, sunt etiam nonnullæ extraordinariæ, quæ extra certum illum ordinem quibusdam accommodantur. Harum autem quædam definitæ sunt, hoc est, semel certis casibus ac personis propositæ, his ipsis causa cognita decernuntur: cujusmodi est ea, quæ ventri datur, *tit. de ventr. in poss. mitt.* item Carboniana, quæ ex edicto Carboniano datur impuberi, qui filius esse negatur, dilato status judicio in tempus pubertatis, *l. 1. & pass. de Carb. edict.* hæc expresse ordinariæ opponitur in *l. 3. §. pen. & ult. d. tit. l. 5. §. si quis, de legat. præst.* Aliæ indefinitæ & vagæ, quæ variis ex causis, prout res & æquitas exigit, à prætore decernuntur. Huc pertinent species propositæ in *l. ventre 84. de acq. har. l. 4. §. ult. cum l. seq. l. si duobus 14. §. ult. cont. tab. l. infanti 18. C. de jur. delib. l. 2. §. si quis 11. ad Tertyll.* Nonnulli huc etiam referunt bonorum illam possessionem præparatoriam querelæ inofficiosi testamenti, quæ litis ordinandæ causa conceditur, *l. 6. in fin. & l. 7. de inoff. testam.* Pertinet huc & ea bonorum possessio, quæ lege uti detur, senatusve consulto, aut constitutione, cautum est, *l. un. ut ex legibus, &c. l. 3. unde legit.* Exempla ex lege Papia, lege Cornelia, Senatusconsulto Aproniano, profert Scipio Gentil. 1. *de jurisdict. 26. argum. §. 2. sup. de succ. libert. l. omnibus, ad Senatusconsf. Treb. l. 4. C. de postlim. rev.* Cujacius & Hotomannus ex constitutione Hadriani, qua militis capite damnati ex delicto militari bonorum possessio defertur cognatis militis usq; ad quintum gradum, *l. 2. de veter. success. l. 6. §. de injust. rupt. test.* Hotomannus item aliud ex ejusdem Imperatoris constitutione, qua in specie *l. posthumus 12. d. tit.* scriptis hæredibus defertur bonorum possessio secundum tabulas, ut rem obtineant, quæ alioqui sine re futura erat. Permiscentur autem hæ bonorum possessiones per omnes superiores ordines, verbi causa. Carboniana datur impuberi, cui controversia fit, an sit ex liberis, si præteritus est, contra tabulas; si institutus, secundum tabulas: ab intestato, unde liberi, *l. 1. & l. 3. de Carbon. edict.* In libris nostris bono-

bonorum possessio sic etiam distinguitur, ut quædam dicatur edictalis, quædam decretalis, *l. 1 §. decretalis 7. de succ. edict. l. 1. §. sed & 4. unde lib. l. cum quidam 30. §. 1. de acq. hared.* Doctores vulgo existimant, non esse hæc nomina diversarum specierum, sed attributa tantum, quibus una eademque specie bonorum possessio distinguatur; & edictalem dici, quatenus ex edicto prætoris mortui, ut loquuntur, competit: decretalem, quatenus à vivo prætore conceditur; Sed eandem bonorum possessionem, quæ edictalis proposita & promissa, decretalem dici quatenus petita & agnita. Ita post *Accurs. Cyn. Bart.* aliosque veteres interpretes, *Sichard. ad rub. Cod. qui admod. ad bon. possess. num. 10. & seqq. Schneid. in §. seq. num 7. Mynsf. hic ad rubr. num. 10. Menoch. rem l. adipisc. post. num. 10. & seqq. Graff. §. bonorum possessio, quæst. 3. Tulden. comm. in hunc tit. cap. 3.* Sed videamus, an non, quod magis arbitror, sint revera hæ distinctæ & oppositæ species, & falsa illa DD. opinio. Moveor primum eo, quod edictalis decretali opponitur, ut ordinaria extraordinariæ, *l. 3. §. hac autem 14. & seq. de Carbon. edict. l. 5. §. 3. de leg. præst.* Deinde quod Jurisconsultus scribit, concessione Carbonianæ possessionis non impediri edictalem, *d. l. 1. §. 4. unde lib.* & quod huic simile in *d. l. 3. §. pen. de Carb. edict.* eum, qui se filium dicit, non solum Carbonianam possessionem accipere debere, verum etiam ordinariam. Tertio quod decretalis expresse opponitur ei, quæ de plano agnoscitur, *l. 2. §. 1. quis ordo in bon. possess.* Quarto, quod in tempore petendæ edictalis dies omnes utiles, id est, quibus qualiscunque magistratus copia fuit, in decretali tantum dies sessionum, ut utiles, computentur, *d. l. 2. §. 1.* Quinto, quod decretalis cum effectu proprie non intelligitur delata, antequam decreta est: cui consequens est, quod nec repudiari possit, *d. l. 1. §. decretalis de succ. edict.* at in edictali tempora delationis & acquisitionis distincta sunt, ut in hæreditate; ac proinde jus ejus petendæ repudiari potest, *d. l. 1. §. 1. & §. qui semel 6. l. in plurium 70. de acq. hær.* Hæc omnia, si quid video, clare ostendunt, DD. in explicatione hujus rei erraffe, & memoratas bonorum possessiones vere esse diversas species, & quæ forma differant. Nimirum edictalem dici & esse, quæ postulanti datur ex ipso edicto sine decreto aut causæ cognitione, quæ proinde etiam de plano peti potest; quales natura sua sunt ordinariæ omnes: decretalem, quæ non ex solo edicto, sed interveniente decreto magistratus datur; seu quæ causa cognita petenti adjudicatur, ac proinde sedente pro tribunali magistratu peti & decerni debet; *d l. 2. § 1. quis ord. in bon. poss. l. 3. §. pen. hoc tit.* quales natura sua Carboniana, aliæque extraordinariæ, *l. Ventre 84. de acq. hær. l. si duobus 14. §. ult. cont. tab.* Aio, natura sua: nam ex accidenti fieri potest, ut interdum de plano peti & concedi possit, quæ natura sua decretum requirit; atque ut in edictali propter contradictionem alterius aliquando opus sit causæ cognitione, *arg. l. 1. §. si ea 14. l. 7. §. 1. de Ventr. in poss. mitt. l. 1. pr. l. 3. §. 4. de Carb. edict. l. 3. §. pen. hoc tit.* Atque ita ferme etiam doctissimi recentiorum interpretum Baro, Duar. Cujac. Hotom. Donell. Wesemb. Bachov.

TEXTUS.

De successorio Edicto.

4. *Quum igitur plures species successionum prætor introduxisset, easque per ordinem disposuisset, & in unaquaque specie successionis sæpe plures extent dispari gradu personæ; ne actiones creditorum differrentur, sed haberent, quos convenirent, & ne facile in possessionem bonorum defuncti mitterentur, & eo modo sibi consulerent: ideo petendæ bonorum possessioni certum tempus præfinivit. Liberis itaque & parentibus tam naturalibus, quàm adoptivis in petenda bonorum possessione anni spatium, cæteris autem (agnatis vel cognatis) centum dierum dedit.*

COMMENTARIUS.

Dispositis per ordinem bonorum possessionibus edictum prætor subjecit, quod successorium ex potissima parte appellatur. Duo enim sunt hujus edicti capita. Priore, quod principale est, prætor denuntiat, se inter eos, quibus bonorum possessio defertur, successionem permissurum, *l. 1. §. quibus 10. de success. edict.* Successio hæc duplex est, una ordinum, altera graduum. Ordinum dicitur, cum ordo personarum universus, quarum in petenda bonorum possessione prima causa est, illam omisit; veluti liberis omnibus omittentibus res ad agnatos redit, & his rursus eam repudiantibus ad cognatos: postremo ad virum & uxorem. Hi enim nunc sunt ordines intestati, *§. 2. sup. eod. l. 1. §. 1. unde lib. l. 1. quis ord. in bon. possess.* quibus locis verba Jurisconsultorum à Triboniano circumcisa sunt. Vulgo hæc successio de ordine in ordinem appellatur. Potest & de capite in caput nominari, *l. 5. C. qui adm. ad bon. possess.* Graduum successio dicitur; cum iis, qui in ordine aliquo sunt gradu proximo, omittentibus, remotioris

motioris gradus in eodem ordine personæ admittuntur. Quæ successio est de gradu in gradum; atque in solo ordine cognatorum, non etiam liberorum aut agnatorum, locum habet. Nam in liberorum ordine nulla est gradus prærogativa; agnatos vero remotiores proximis repudiantibus non quasi agnatos, sed quasi cognatos, prætor admittit, §. *placebat 7. sup. de leg. succ. ess. agn.* Sed enim cum eo loco Justinianus etiam in hæreditatibus graduum successionem inter agnatos, admiserit, prætoris est, etiam in bonorum possessione eam inter illos admittere, arg. *l. 3. unde legit.* quanquam nunc hæc disputatio supervacua est, sublata prærogativa ordinis agnatorum. *Nov. 118.* Capite hujus edicti altero certum tempus petendæ bonorum possessioni præfinitur. *d. l. 1. in pr.*

In unaquaque specie successionis] Id est, ordine; ut in tribus illis, intestati, liberorum, agnatorum, cognatorum. Nam quarti, viri sc. & uxoris, nulli sunt gradus.

Plures dispari gradus] Gradus bifariam usurpatur; interdum pro ordine successionis ab intestato, *l. 1. quis ord. in bonor. possess. l. 5. und. cogn.* frequentissime vero ut & hoc loco, pro ordine cognationis.

Ne actiones creditorum differentur] Edictum successorium præcipue quidem cognatorum inferiorum causa comparatum est; sed tamen ex parte id etiam creditoribus consulit, atque ipsi quoque defuncto: triplicique omnino de causa prætor è re esse putavit præstituere certum & breve tempus ad bonorum possessionem petendam. Prima est, ut sciri posset, quando finito jure primorum graduum sequentes eam petere possent, nullove petente insequens ordo aut fiscus admitteretur. Altera, ne, si bona hæreditaria diu jacerent, creditoribus longior mora afferetur, quorum interest mature scire, utrum habeant, quem conveniant, an bona fisco sint delata. Tertia, ne creditores, si nemo inveniatur, qui actiones excipiat, ad possessionem & distractionem bonorum procedant, quod defuncto ignominiosum, *d. l. 1. in pr. & §. 1. de succ. edict.*

Liberis & parentibus anni spatium] Largius tempus liberis & parentibus tributum est in honorem sanguinis, *l. 1. §. largius 12. de succ. edict.* Parentes quidem nullo proprio ordine aut capite ad bonorum possessionem vocantur: cæterum admittuntur vel ex capite unde legitimi, ut parens manumissor, cui etiam contra tabulas datur, *d. l. 1. §. pen.* & mater, quæ ex Tertylliano venit, *l. 2. § ult. unde leg.* vel ex capite unde cognati. Atque ex his omnibus causis intra annum bonorum possessionem petere possunt, *d. l. 1. §. ult.*

TEXTUS.

De jure accrescendi iterum de successorio Edicto.

5. Et, si intra hoc tempus aliquis bonorum possessionem non petierit, ejusdem gradus personis accrescit, vel si nullus sit, deinceps cæteris bonorum possessionem perinde ex successorio edicto pollicetur, ac si is, qui præcedebat, ex eo numero non esset. Si quis itaque delatam sibi bonorum possessionem repudiaverit, non quousque tempus bonorum possessioni præfinitum excesserit, expectatur: sed statim cæteri ex eodem edicto admittuntur.

COMMENTARIUS.

Non tantum in successione ex testamento locus est juri adcrescendi, verum etiam in successione ab intestato, tum legitima, §. *ult. sup. de Senatuscons. Orfic.* tum honoraria. Ut docet hic locus, & *l. 3. §. ult. cum 2. ll. seqq. hoc tit. l. un. Cod. quand. non pet. part. Vid. Duar. 1. de jure accresc. 20. & 2. c. 18.*

Non petierit] Si plures sint, quibus bonorum possessio competit, quorum unus admisit bonorum possessionem, cæteri non admiserunt, vel quod spreverint jus suum, aut tempore bonorum possessionis finito exclusi sint, aut ante mortui, quam bonorum possessionem petierint, ei, qui admisit, adcrescunt portiones, quæ cæteris competerent, si petiissent, *d. l. 3. § ult. & 2. seqq.* Et accrescunt igitur portiones deficientium sine nova petitione aut agnitione, ut jure civili portiones hæredum deficientium sine nova aditione accrescunt iis, qui pro sua parte hæredes extiterunt.

Deinceps cæteris] Qui vel in eodem ordine inferiori gradu sunt, aut his omnibus deficientibus, qui proximi sunt gradu in ordine sequenti. Nam edicto successorio non est locus, nisi inter personas diversi ordinis aut gradus. Illud notandum, successionem ordinum prætorem admisisse etiam in una eademque persona, verbi causa, ut filius omissa bonorum possessione unde liberi, petere adhuc possit unde legitimi aut unde cognati, *d. l. 1. §. sed videndum 11. de success. edict. l. 2. unde legit.*

Sed statim cæteri] Ut primum quis delatam sibi bonorum possessionem repudiavit, continuo cæteri admittuntur, non expectato tempore petitioni præfinito,

nito, *d. l. 1. §. quibus 10. de succ. edict.* Ex quo intelligimus, tum eum, qui semel noluit bonorum possessionem petere, jus ejus petendæ amisisse, etiamsi tempora largiantur; tum quod huc præcipue pertinet, repudiantibus primis, statim insequentibus tempus currere; quippe ad quos, illis repudiantibus bonorum possessio statim pertinere incipit, *d. l. 1. §. 6.*

TEXTUS.

Explicatio dicti temporis.

6. In petenda autem bonorum possessione dies utiles singuli considerantur.

COMMENTARIUS.

Qui dies continui, qui utiles, qui sessionum. Et quando de plano prætor jus reddere dicatur.

Dies in jure nostro alii sunt continui, alii utiles. Continui, qui sine interruptione nullisque exceptis currunt: utiles illi duntaxat, quibus experiundi sui juris potestas est, *l. 1. de div. & temp. præscr. l. 11. §. quidam 5. ad leg. Jul. de adult.* & proinde hi neque ignoranti, neque agere non valenti currunt. In hoc ergo negotio cum dies utiles solum considerentur, neque illud tempus numerabitur, quo quis nescivit bonorum possessionem sibi delatam esse, neque illud, quo à prætore eam postulare non potuit, *l. 2. pr. quis ord. in bon. possess.* Non enim semper prætoris copia est, *l. sed & si 26. pr. & §. 4. ex quib. ca. maj.* Dupliciter vero prætor copiam sui facit; interdum pro tribunali quovis alio loco, ubi salva majestate imperii sui salvoque more majorum jus dicere constituit, *l. pen. de just. & jur.* Quibus diebus pro tribunali sedens postulationibus & cognitionibus occupatur, ii dies sessionū appellantur, *d. l. 2. §. 1. quis ord. in bon. poss.* Cum alio loco civibus se præbet, de plano jus reddere dicitur, *l. nec quicquam 9. §. 3. de offic. proc. l. 6. de accus.* suntq; hæc nostris adversa, pro tribunali cognoscere, & de plano, *l. 1. §. abolitio 8. ad Turpil. l. unius 18. in fin. de quæst.* Quæcunque causæ cognitionem decretumque magistratus desiderant, pro tribunali, non de plano cognoscenda & expedienda sunt, *d. l. 9. §. 1. de off. procons. l. omnia 71. l. ubicunque 105. de reg. jur.* Cum ergo, ut antea ostendimus, quædam bonorum possessiones sint, quæ decretum magistratus exposcunt, ob quam causam etiam decretales dictæ; quædam, quæ decretum causæve cognitionem non requirant, edictales appellatæ; & consequenter illæ tantum pro tribunali peti & dari, hæ verò etiam de plano possint: hinc fit, ut in his omnes dies, quibus quovis modo prætoris copia fuit, utiles numerentur, in illis sessionum duntaxat, *d. l. 2. §. 1. quis ord. in bon. poss.*

TEXTUS.

Quomodo peti debet.

7. Sed bene anteriores Principes & huic causæ providerunt, ne quis pro petenda bonorum possessione curet; sed quocunque modo admittentis eam indicium ostenderit, intra statuta tamen tempora, plenum habeat earum beneficium.

NOTA.

QUOCUNQUE MODO, &c. INDICIUM] Sufficit qualecunque indicium admittendæ bon. possessionis, οἱαδήποτε ἔμφασις, qualiscunque significatio, aut, ut est in *d. l. ult.* testatio amplectendæ hæreditatis. Magistratum tamen adire oportet, apud quem de voluntate nostra publice testemur, *d. l. ult.*

COMMENTARIUS.

Vetus petitio bonorum possessionis solennis fuit, ut significat *l. 1. C. comm. de succ.* Solennitas certam verborum conceptionem seu formulam habuit, quibus & peteretur, & petenti daretur. Tum etiam hic ritus erat, quod non apud quemvis magistratum peti poterat, nec cujusvis magistratus erat dare, sed solum prætoris in urbe, & præsidum in provinciis, *l. 2. §. 1. & seqq. quis ord. in bon. poss.* Utrumque hoc sustulit Constantius, exclusisque verborum inanium, ut ipse eas appellat, captionibus, constituit, ut satis sit eum, cui bonorum possessio delata est, quemvis judicem, & vel magistratum municipalem adire, atque apud hunc qualicunque voluntatis testatione interposita bonorum possessionem amplecti, *l. ult. C. qui adm. ad bon. poss.* Cæterum hoc ad extraordinarias bonorum possessiones, quæ non nisi causa cognita decernuntur, non pertinet: sed hæ etiam nunc prætorem & tribunal desiderant.

Sed quocunque modo admittentis, &c.] Magistratum tamen aliquem adire oportet, apud quem de voluntate nostra publice testemur: alioqui si nuda & simplex declaratio voluntatis privatim aut coram testibus facta sufficeret, agnitio bonorum possessionis nulla in re differret ab aditione hæreditatis: & Constantius tantum necessitatem petitionis solennis & necessitatem prætoris aut præsidis adeundi in agnoscenda bonorum possessione sustulit, *d. l. ult. C. qui adm. ad bon. poss.* In hisce regionibus bonorum possessionis nullus usus est, sed utimur tantum aditione sive agnitione hæreditatis civili. De Germania

nia idem testatur Giphanius. De Gallia Baro & Bugnion. *lib. 5. leg. abrog. c. 17. in fin.* Apud quosdam adhuc locus esse dicitur bonorum possessioni *unde vir & uxor*; apud nos tamen nunquam usurpata fuit. Quin contra non semel accidit, ut fiscus, nemine ex consanguineis sese offerente, bona cum superstite conjuge diviserit, *decis. supremi apud nos Senatus 7. Grot. 2. introd. 30. add. Christin. vol. 6. decis. 62. n. 6. Gudelin. lib. 2. de jur. noviss. c. 16. Zypæ. not. jur. Belg. tit. unde liberi, Groenew. tit. C. unde vir & ux.*

TITULUS XI.

De acquisitione per adrogationem.

Continuatio.

SEquitur nunc species acquisitionis per universitatem, quæ inter hæc genera tertio loco collocata est §. *ult. sup. per quas pers.* nimirum acquisitio per adrogationem. Inter superiores autem illas & hanc hæc est differentia, quod per illas defuncti, per hanc viventis universa bona acquirimus. Estque hæc acquisitio necessarium consequens juris patriæ potestatis.

TEXTUS.

Est & alterius generis per universitatem successio: quæ neque lege duodecim Tabularum, neque Prætoris edicto, sed eo jure, quod consensu receptum est, introducta est.

COMMENTARIUS.

CUm jus hujus acquisitionis dependeat à jure antiquo patriæ potestatis, quæ potestas lege Romuli primum introducta, à decemviris postea repetita est, ut ostendimus *sup. tit. de patr. potest.* ex lege potius seu legis sententia hanc acquisitionem descendere, quam moribus aut consuetudine receptam esse, dicendum videtur, *arg. l. 6. §. 1. de verb. obl. & sup. tit. de leg. patron. tut.* cum satis constet, eos qui adrogantur, tam jure legeque filiosfam. fieri, quam si ex patre matreque ejus familias nati sint. Dicitur quidem etiam patria potestas moribus recepta, *l. 8. de his qui sui vel al. jur.* sed duntaxat certo respectu, ut loco citato demonstratum est. D. Cujacius non ad modum acquirendi hæc refert, sed ad jus adoptandi seu adrogandi; quod exterum cum esset, populus Rom. receperit, sibique adsciverit ex legibus theticis Græcorum. Sane nusquam proditum est, lege aliqua cautum, ut liceret civi Romano filium sibi adoptare. Quin singulæ adrogationes stante repub. per populi rogationem fiebant comitiis curiatis: quod diligentius expositum *tit. de adopt.*

TEXTUS.

Quæ hoc modo acquiruntur. Jus Vetus.

1. *Ecce enim cum paterfamilias sese in adrogationem dat, omnes res ejus, corporales & incorporales, quæque ei debitæ sunt, adrogatori antea quidem pleno jure acquirebantur, exceptis iis, quæ per capitis deminutionem pereunt; quales sunt operarum obligationes, & jus adgnationis: usus etenim & ususfructus licet his antea connumerabantur: attamen capitis deminutione minima eos tolli prohibuit nostra constitutio.*

NOTÆ.

1. QUALES OPERARUM] Officialium scil. nam fabrilium obligatio capitis deminutione non perimitur: quippe quæ à quocumque cuicumque rectè solvuntur, *l. 9. §. 1. de op lib.* Locus difficilis, quem Th. se explicaturum pollicetur, non explicat tamen, lapsu, ut credo, memoriæ: videsis Cujac.

NOSTRA CONSTITUTIO] *l. pen. C. de usufr.* vid. *sup. §. pen. d. t.*

COMMENTARIUS.

1. Per adrogationem etiam possessionem acquiri adrogatori: & quare.

2. Operarum obligationes quæ hic intelligantur.

OMnes res ejus] Qui se adrogandum dat, cum capite fortunas quoque suas, id est, omnia, quæ habet, transfert ad patrem adoptivum, *l. pen. §. 2. sec. tab. l. 15. de adopt.* adeo ut actiones etiam & nomina transeant sine ulla cessione, *hoc text.* quippe cessio, quæ alias ad actiones transferendas necessaria est, hic non est: quoniam hæc acquisitio universalis est, & quantum ad commoda attinet, successioni per omnia similis. Quinetiam non proprietas tantum, verum & possessio adrogatori acquiritur, *l. 16. de precar.* neque absurdum est, licet id Faber existimet, plus in eo tribui adrogatori, quam hæredi, ad quem etsi adita hæreditate jura omnia transeunt, possessio tamen non pertinet, nisi eam naturaliter apprehenderit, *l. cum hæredes 23. de acq. poss.* Nam adrogatus, qui ante adrogationem suo nomine possidebat, adrogatione facta patris nomine possidere incipit, eumque statim possessorem ministerio suo facit, *arg. l. quod*

l. quod meo 18. d. tit. Non idem dici potest possessore mortuo, ac proinde nec de hærede: quod etiam Glossa intellexit, & Bart. in *d.l 16.* ubi etiam hoc à simili colligit, si aliquis monasterium intraverit, ipso ingressu sine nova apprehensione monasterium acquirere rerum omnium possessionem: de quo amplius DD. *in auth. si qua mulier C. de Sacrosanct. eccles.* Atque olim quidem hæc omnia adrogatori acquirebantur pleno jure: Justinianus vero eandem moderationem hic servari voluit, quam adhibuit in acquisitione per liberos naturales, §. 2. *inf.*

2 *Quales sunt operarum obligationes*] Operarum sc. officialium: quod additum oportebat: nam fabrilium obligatio capitis minutione non perimitur. Quod ut perfectius intelligatur, sciendum est, operarum duas esse species, officiales & artificiales. Officiales sunt, quas libertus patrono officii causa præstat: artificiales, quæ in artificio aliquo consistunt, puta fabricandi, pingendi, medicandi. Illæ non ab alio, quam à liberto, nec alii, quam patrono, deberi possunt: artificiales à quocumque cuicumque rectè solvuntur, *l. 9. §. 1. de oper. libert.* Hinc est, quod artificiales etiam in hæredem transeunt, officiales non item, *l. 6. l. 7. §. pen. eod.* quodque officialium obligatio adrogatione extinguitur. Hoc enim fieri necesse est, quandoquidem in persona adrogati durare non potest, nisi acquiratur adrogatori. At adrogator patronus non est, cui soli hæ operæ deberi possunt, ut dictum est. Planè jus obsequii non videtur capitis deminutione perimi, *arg. l. 10. §. 2. de in jus voc.*

Jus adgnationis] Quæ jura agnationi tributa sunt, capitis deminutione pereunt, & ideo ad adrogatorem transire non possunt, veluti jus percipiendarum legitimarum hæreditatum, *l. 7. de cap. minut. §. 2. sup. de Senatusconsf. Orfic.* quanquam hoc ad eas tantum hæreditates pertinet, quæ lege duodecim tabularum, non etiam ad eas, quæ novis legibus aut Senatusconsultis deferuntur, *d. l. 7. & d. §. 2.* de quo dictum alibi. Sed nec jus legitimæ hæreditatis, quod patronus ut patronus habet, adrogatione ejus perimitur, *l. si libertus 23. l. patroni 39. de bon. libert.*

Usus & usufructus] Olim usus & ususfructus etiam minima capitis minutione extinguebantur, *l. 1. quib. mod. us. am Paul. 3. sent. 6.* eadem ferè ratione, qua operarum officialium obligatio: sed hoc sustulit Justinianus *l. pen. C. de usufr. Vid. sup. §. pen. de usufr.*

TEXTUS.

Jus novum.

2. Nunc autem nos eandem acquisitionem, quæ per adrogationem fiebat, coarctavimus ad similitudinem naturalium parentum. Nihil enim aliud, nisi tantummodo ususfructus, tam naturalibus parentibus, quam adoptivis, per filiosfamilias acquiritur in iis rebus, quæ extrinsecus filiis obveniunt, domino eis integro servato. Mortuo autem filio adrogato in adoptiva familia, etiam dominium rerum ejus ad adrogatorem pertransit: nisi supersint aliæ personæ, quæ ex constitutione nostra patrem in iis, quæ acquiri non possunt, antecedant.

COMMENTARIUS.

AD *similitudinem naturalium parentum*] Et rectè. Nam cum naturalibus parentibus eorum, quæ extrinsecus obveniunt, usumfructum tantum acquiri voluerit, proprietate filiis concessa; *l. 6. C. de bon. quæ lib. §. 1. sup. per quas pers.* ratio non patitur, ut plus juris tribuatur patri adoptivo.

Etiam dominium rerum] Etsi jam primorum Principum constitutionibus jus acquirendi per filiosfamil. nonnihil imminutum fuit: tamen in adventitiis æquè ac profectitiis bonis diu jus vetus patri servatum, atque hactenus quoque in peculio castrensi & quasi castrensi, ut, tametsi vivente filio nihil juris in eo pater haberet, liceretque filio in his bonis hæredem sibi testamento instituere, tamen eo intestato mortuo pater tam res castrenses, quam reliquas, jure peculii occuparet, adeo ut nullorum adhuc bonorum hæredem filius ab intestato haberet, *l. 2. de castr. pec.* Tandem secuta est major mutatio, & primo quorundam adventitiorum duntaxat, postremo eorundem omnium usumfructum tantum patri acquiri placuit, tributa filio earum rerum proprietate: datique ei sunt & in castrensibus & in peculii adventitii proprietate hæredes ab intestato, primum liberi ejus, dein fratres, tertio loco parentes, *l. 3. l. 4. d. l. 6. C. de bon. quæ lib. l. ult. C. comm. de success.* Igitur quod hic ait Justinianus, mortuo filio adrogato in adoptiva familia etiam dominium bonorum adventitiorum adrogatori acquiri, non sic accipi oportet, acquiri ei jure peculii, alioqui nemo ei anteponeretur; sed acquiri jure hæreditatis, ei delatæ post liberos & fratres defuncti. Hæ enim sunt illæ personæ quæ hic patrem dicuntur antecedere ex constitutione Justiniani, quæ est *l. ult. C. comm. de succ.* Fusius hæc explicata sunt *lib. 2. quib. non est perm. fac. test.* Nov. 118. ordo successionis mutatus.

TEXTUS.

TEXTUS.

Effectus hujus acquisitionis.

3. Sed ex diverso pro eo, quod is debuit, qui se in adoptionem dedit, ipso quidem jure adrogator non tenetur, sed nomine filii convenitur: & si noluerit eum defendere, permittitur creditoribus, per competentes nostros magistratus bona, quæ ejus cum usufructu futura fuissent, si se alieno juri non subjecisset, possidere, & legitimo modo ea disponere.

COMMENTARIUS.

1. *Actiones, quæ in adrogatum competebant, directo in adrogatorem non dari: neque actionem de peculio ex ante gesto.*
2. *An adversus adrogatum directæ actiones salvæ maneant.*

IN hoc quoque dispar ratio est adrogatoris & hæredis, quod in hæredem etiam illæ actiones, quæ adversus defunctum competebant, directo dentur, in adrogatorem non dentur, quæ competebant in adrogatum. Neque enim ut hæres personam defuncti, ita & adrogator suscipit personam adrogati. Quod obligationes & actiones adrogatori acquirantur, id ei tribuit jus patriæ potestatis, cujus juris hæc vis est, ut omnia patri per filium quærantur, non etiam ut filius contrahendo patrem obligare possit, præterquam de peculio: sed hoc specialem rationem habet, videlicet quia pater concedendo peculium, hoc ipso etiam jus contrahendi hactenus ei permittere videtur, per *l. 1.* §. *5. de acq. poss.* Atque hoc ipsum argumentum est, adrogatorem de peculio conveniri non posse ex ea obligatione, quam adrogatus, antequam adrogaretur, contraxit: quomodo accipienda *l. in adrogatorem 42. de pecul.* ut scil. sententia Sabini & Cassii, qui ex ante gesto actionem de peculio non dabant, Ulpiano probetur. Hoc ipsum ex eo quoque confirmatur, quod ipsius patris, qui actione de peculio conveniri potest, si filium non defendat, bona possideri jubentur, *l. 7.* §. *si quis 15. quib. ex caus. in poss. eat.* Adhæc tempore contractus adrogatus erat adhuc sui juris, ut nec peculium habere potuerit.

1

Ipso jure adrogator non tenetur] Hæc verba *ipso jure* Cujac. & Pacius sic interpretantur, ipso jure prætorio: ego mera & stricta ratione juris, τῇ ἀκριβείᾳ, ut in §. *actiones 10. inf. de act.* Hoc enim significat, neminem personali actione teneri, nisi qui contraxit, aut hæredem ejus: adrogatorem autem non contraxisse; neque personam suscepisse adrogati, hæredis instar.

Sed nomine filii] Ex æquo & bono: neque enim in fraudem & præjudicium creditorum adrogationes fieri permittendum erat. Et est æquissimum, ut parens adrogator, qui bona omnia tenet, filium defendat, aut si nolit defendere, patiatur creditores mitti in bona, quæ filii ante adrogationem pleno jure fuerunt. Illud quæsitum est, an actiones ipso jure adrogatione pereant, atque ex edicto de capite minutis restituantur, an salvæ maneant, directæque adhuc in adrogatum, in adrogatorem utiles dentur. Prius Bachov. placet hac ratione, quoniam omnia bona adrogati ipso jure acquiruntur adrogatori, saltem ex ratione juris veteris; vel potius quia capitis deminutione etiam minima quam adrogato contingere constat, subtilitate juris actiones pereunt, *l. 2. de cap. min.* Prior ratio nullius momenti est: nam cum in persona filiifam. etiamsi bona non habeat, & patri omnia acquirat, obligatio consistere possit; *l. 39. de obl. & act.* satis liquet, ob hoc solum obligationem in persona adrogati non tolli, quod bona habere desinit. Ac ne illud quidem video, qua ratione dici possit, actiones perire capitis deminutione adrogati: neque enim sola familiæ mutatio actionem perimere potest, nisi quid aliud interveniat, ut in emancipatione, per quam filius deducebatur in imaginariam servilem causam, *l. 3.* §. *1. de cap. min.* In adrogatione verò nullæ venditiones aut manumissiones intercedebant. Probabilius itaque mihi videtur, in quæstione proposita actiones non ipso jure sublatas atque ex edicto restitutas fuisse; sed mansisse salvas & utiles, ex ante gesto in adrogatorem datas hoc effectu, ut aut creditoribus responderet, aut hoc eo non faciente pateretur eos mitti in bona, quæ filius habuit & transtulit: similiter ut in specie *l. 7.* §. *pen. d. tit.* neque aliud hic locus significat. 2

Cum usufructu fuissent] Hoc ideo ait, quia nunc solus usufructus parenti adrogatori quæritur, proprietate penes adrogatum manente, §. *præ.* Ait, legitimo modo disponere: de quo adi *tit. ff. quib. ex caus. in poss. eat. & de reb. auct. jud. poss. item de curat. bon. dand.*

TITULUS XII.

De eo, cui libertatis causa bona addicuntur.

TEXTUS.

Accessit novus casus successionis ex constitutione divi Marci. Nam si ii, qui li-

bertatem acceperunt à domino in testamento, ex quo non aditur hæreditas, velint bona sibi addici libertatum conservandarum causa, audiuntur.

COMMENTARIUS.

Quartus acquirendi per universitatem modus, & postremus inter eos, qui propositi sunt §. *ult. sup. per quas pers.* est libertatum conservandarum causa bonorum addictio. Hæc acquisitio neque lege antiqua introducta aut confirmata est, ut hæreditas; neque jure prætorio, ut bonorum possessio, neque consensu populi, ut adrogatio: sed ex constitutione D. Marci descendit, cui constitutioni causam dedit favor libertatis, *l. 2. de fideic. lib. l. 6. & l. ult. C. de testam. man.* Etsi autem is, cui bona libertatis causa addicta sunt, neque hæres est, neque bonorum possessor: tamen quia in locum defuncti succedit, bonorum possessori assimilatur, *l. 4. §. propen. de fid. lib.* atque in eum tanquam in hæredem prætorium utiles actiones creditoribus dantur, *l. 3. d. tit.* Verba constitutionis D. Marci primum Justinianus refert; deinde exponit.

Qui libertatem acceperunt] Uberius sub disjunctione dixisset, *Vel quilibet extraneus;* qua disjunctione utitur *l. ult. in pr. C. de testam. man.* & ita loquitur, quasi constitutio D. Marci eodem modo disjunctim locuta sit: quemadmodum etiam Jurisconsultus *l. quod D. Marco 50. §. 1. de man. testam.*

Ex quo non aditur hæreditas] Fieri enim sæpe potest, ut hæres metuens æris alieni hæreditarii magnitudinem hæreditatem adire recuset, atque ita deserto testamento nihil ex eo, ac ne libertas quidem debeatur, *l. 2. C. de test. man. l. 1. C. de fideic. libert.*

TEXTUS.

1. Et ita divi Marci rescripto ad Pompilium Rufum continetur. Verba rescripti ita se habent: Si Verginio Valenti, qui testamento suo libertatem quibusdam adscripsit, nemine successore ab intestato existente, in ea causa bona ejus esse cœperunt, ut venire debeant, is cujus de ea re notio est, aditus rationem desiderii tui habebit, ut libertatum tam earum, quæ directo, quàm earum quæ per speciem fideicommissi relictæ sunt, tuendarum gratia addicantur tibi, si idoneè creditoribus caveris de solido, quod cuique debetur, solvendo. Et ii quidem, quibus directa libertas data est, perinde liberi erunt, ac si hæreditas adita esset: ii autem, quos hæres manumittere rogatus est, à te libertatem consequentur; ita ut si non alia conditione velis tibi bona addici, quam ut ii etiam, qui directo libertatem acceperunt, tui liberti fiant. Nam huic etiam voluntati tuæ, si ii quorum de statu agitur, consentiant, auctoritatem nostram accommodamus. Et ne hujus rescriptionis nostræ emolumentum alia ratione irritum fiat, si fiscus bona agnoscere voluerit, & ii, qui bonis nostris attendunt, sciant, commodo pecuniario præferendam esse libertatis causam, & ita bona cogenda, ut libertas eis salva sit, qui eam adipisci potuerunt, ac si hæreditas ex testamento adita esset.

NOTÆ.

1. POMPILIUM RUFUM] Putat Eguin. Baro servum, ad quem rescribit D. Marcus, prænomen sortitum esse manumissoris, & ad id tempus Justinianum respexisse.

NEMINE SUCCESSORE AB INTESTATO] Alias si destituto testamento is, qui ab intestato venit, hæreditatem amplectatur, libertates non debentur, *l. 1. C. de fideic. lib.*

TUI LIBERTI FIANT] A te libertatem accipiant, tanquam fideicommissariam. Wes.

SI FISCUS BONA ADGNOSCERE] Fisco quoque causa libertatis prælata, ut nec ille aliter ad bona vacantia admittatur, quam si & ipse libertates præstet, *d. l. 4. §. 17. de fideicom. lib.*

COMMENTARIUS.

Pompilium Rufum] Hæc nomina non conveniunt servo, non magis quam *Gajus Sejus l. 23. de manum.* & ideo assentiri non possum Theophilo, asserenti, hunc Pompilium Rufum fuisse unum ex servis Verginii Valentis testamento manumissis. Ut-

tut est, etiam extrario libero homini ipsa constitutione D. Marci permitti bonorum addictionem, ostendunt *d. l. 50. §. 1. de man. test. l. ult. C. eod.* quamvis potius ad extrarios productam colligas ex *l. 6. C. eod.*

Testamento libertatem adscripsit] Hoc rescriptum locum non habet, nisi libertates datæ sint, Ait *adscripsit*. Quid si libertates dedit hærede testamento non scripto, sed nuncupato? placet, etiam hic constitutioni esse locum, *d. l. ult. C. de test. man.*

Nemine successore ab intestato] Explicatius dixisset, nec ex testamento, nec ab intestato: siquidem huic rescripto locus non datur, nisi cum nec ex testamento, nec ab intestato quisquam hæres est, *d. l. ult.* Nemo tamen ex hoc loco colligat, testamentariis hæredibus repudiantibus, si ab intestato hæres existat, libertates præstandas esse: certum enim est, destituto testamento, si is qui ab intestato venit, hæreditatem amplectatur, nec libertates deberi, *l. 1. C. de fid. lib. l. 14. C. de fideic.* Ut enim magnus sit libertatis favor, tamen tantum huic favori tribui non debuit, ut jus alteri quæsitum, legitimis nimirum hæredibus, auferatur.

Venire debeant] Si cui mortuo nemo hæres extet, qui creditoribus satisfaciat, bona ejus in ea causa sunt, ut possideri à creditoribus, aut recta constituta auctione vendi possint, *l. 8. quib. ex ca. in poss. l. 6. C. de bon. auct. jud. poss.* Ex quo intelligimus, hac constitutione etiam famæ defuncti consultum.

Addicantur] Addici igitur bona dicuntur, cum ab eo, qui jurisdictioni præest, causa cognita petenti attribuuntur; qui proinde tanquam decretalis bonorum possessor constituitur.

Si idoneè caverit] Addici ita demum bona voluit, si idoneè creditoribus cautum fuerit de solido, quod cuique debetur, solvendo, *l. 2. l. 4. §. addici 8. de fideic. lib. merito.* Ita enim favendum libertatibus est, ut ne alteri inferatur injuria. Quid est autem idoneè cavere? Satisdato utique, vel pignoribus datis. Sed tamen etsi fides habita fuerit promittenti sine satisdatione, placet, idoneè cautum videri, *d. l. 4. §. addici.* De solido autem, id est, de sorte & usuris, *d. l. 4. §. de solido. 11.* Justinianus etiam pactionem de parte solvenda creditoribus admittendam censuit, *d. l. ult. §. 1. C. de testam. man.*

Quibus directa libertas data] Qui directam libertatem acceperunt, statim post addictionem bonorum liberi fiunt; qui fideicommissariam, manumittendi sunt ab eo, cui bona addicta sunt. Itaque illi Orcini, hi liberti manumissoris efficiuntur. Planè qui bona sibi addici desiderat, ut mox sequitur, si non alia conditione velit sibi addici, quam ut etiam hi, qui directam libertatem acceperunt, ipsius liberti fiant, fient, si modo consentiant contenti fideicommissaria libertate: neque tamen dissensu quorundam impeditur bonorum addictio, sed quem patronum habere recusant, dominum habere coguntur, *d. l. ult. C. de test. man.*

Ac si hæreditas adita] Aut bonorum possessio admissa decretave. Non igitur ex pactione, sed ex addictione, quæ vicem aditionis hæreditatis, aut agnitionis adjudicationisve bonorum possessionis obtinet. Illud notandum, loqui rescriptum in casu testamenti facti: nam ab intestato nemini libertas directo competere potest.

Si fiscus bona agnoscere] Bona eorum, quæ hæredem non habent, vacantia dicuntur, ea à fisco jure regalium occupari, notissimi juris est. Verum in hoc argumento libertatis causa commodo fisci benignè prælata est, ut etiamsi non sit, qui bona sibi addici petat conservandarum libertatum gratia, tamen fiscus non aliter admittatur, quam si & ipse libertates præstet, *d. l. 4. §. eadem 17. de fid. libert.* Enimvero si bona damnati vel debitoris sui fiscus occupet, cessat hæc constitutio: sic cum Accurs. accipio illud, *si alia ratione agnoscat*, in *d. §. eadem.*

Textus.

Utilitas rescripti.

2. Hoc rescripto subventum est & libertatibus, & defunctis, ne bona eorum à creditoribus possideantur & veneant. Certè si fuerint hac de causa bona addicta, cessat bonorum venditio: existit enim defuncti defensor, & quidem idoneus, qui de solido creditoribus cavet.

Commentarius.

Indicatur hoc §. primum finis atque utilitas hujus rescripti: deinde ostenditur, non esse conjunctum cum injuria creditorum. Finis rescripti duplex est, ut libertates datæ conserventur, qui principalis est; tum ut famæ defuncti consulatur, cui ignominiosum, bona sua à creditoribus possideri & distrahi: qua de re M. Tullius *pro Quintio*, & Justinian. §. 1. *sup. quib. ex ca. man. &* §. 1. *de hæred. qual.* Creditores injuria non afficiuntur: nam per bonorum ex hac causa addictionem fit quidem, ut ipsi in bona defuncti ire & sibi consulere non possint: cæterum existit idoneus defuncti defensor, qui de solido, quod cuique debetur, solvendo caveat, ut justam querimoniæ causam nullam habeant. Ita enim in universum jus est, ut quoties alicujus defensor idoneus existit, creditores in bona ejus non mittantur, *l. 2. & pass. quib. ex ca. in poss. l. sed & hæ. 35. §. 3. l. pen. de procur.* Legata-

riis ex hac causa nec cavendum est: quippe qui destituto testamento nihil consequerentur.

TEXTUS.

3. In primis hoc rescriptum toties locum habet, quoties testamento libertates datæ sunt. Quid ergo si quis intestatus decedens codicillis libertates dederit, neque adita sit ab intestato hæreditas? Favor constitutionis debebit locum habere. Certè si testatus decesserit, & codicillis dederit libertatem, competere eam, nemini dubium est.

4. Tunc enim constitutioni locum esse, verba ostendunt, cum nemo successor ab intestato existat. Ergo quamdiu incertum erit, utrum existat, an non, cessabit constitutio. Si vero certum esse cœperit, neminem existere; tunc erit constitutioni locus.

5. Si is, qui in integrum restitui potest, abstinuerit hæreditate, quamvis potest in integrum restitui, potest admitti constitutio, & bonorum addictio fieri. Quid ergo, si post addictionem libertatum conservandarum causa factam in integrum sit restitutus? Utique non erit dicendum revocari libertates: quia semel competierunt.

NOTÆ.

4. QUAMDIU INCERTUM] Ex Ulpian. *l. 4. pr. de fideic. libert.*

5. QUI IN INTEGRUM RESTITUI POTEST] Hic locus descriptus est ex *d. l. 3. §. 1. & 2.*

COMMENTARIUS.

CONstitutio D. Marci nominatim loquitur de libertatibus testamento datis. Cæterum & si quis intestato decedens codicillis libertates dederit, neque adita sit ab intestato hæreditas, placuit, ad hunc quoque casum favorem constitutionis extendi, juxta id quod dicitur, favores esse ampliandos, *l. 2. de fideic. lib. l. ult. C. de test. man.* Quartus & quintus §§. desumpti ex *l. 4. pr. §. 1. & 2. d. tit.*

TEXTUS.

Si libertates datæ non sunt.

6. Hæc constitutio libertatum tuendarum causa introducta est. Ergo si libertates nullæ sint datæ, cessat constitutio. Quid ergo, si vivus dederit libertates vel mortis causa, & ne de hoc quæratur, utrum in fraudem creditorum, an non, factum sit, idcirco velint sibi bona addici, an audiendi sunt? Et magis est, ut audiri debeant, etsi deficiant verba constitutionis.

COMMENTARIUS.

FAvor rescripti à Justiniano etiam ad eum casum trahitur, quo mortis causa libertates datæ sunt, vel etiam simpliciter inter vivos, ut statim valeant, si creditores postea obsistant, quod in fraudem suam datas dicant. Quamvis enim verba constitutionis hic deficiant, ex æquitate tamen & sententia ejus hoc etiam admitti debere, & audiri eum, qui libertatem accepit, si bona sibi addici velit, parato creditoribus idoneè cavere. Et igitur in proposito quæ libertates ipso jure non valerent, conservantur beneficio addictionis bonorum.

TEXTUS.

De speciebus additis à Justiniano.

7. Sed cum multas divisiones ejusmodi constitutioni deesse perspeximus, lata est à nobis plenissima constitutio, in qua multæ species collatæ sunt, quibus jus hujusmodi successionis plenissimum est effectum, quas ex ipsius lectione constitutionis potest quis cognoscere.

COMMENTARIUS.

COnstitutione Justiniani, quæ est *l. ult. C. de test. man.* jus addictionis bonorum à D. Marco introductum multis modis amplificatum est. Amplificationem Hotomannus quatuor his versibus complectitur. *1. Jus postulandi annuum esto. 2. Si plures simul satisdato postulent, iis bona simul addicuntor. 3. Ejus, qui plus se præstaturum satisdabit, potissimum jus esto. 4. Qui plus quam alter, cui addicta bona sunt, intra annum offeret, altero libertatem suam retinente, bona obtineto.* Hujus & superioris tituli hodie nullus usus est.

TITULUS XIII.

Cod. lib. 7. tit. 24.

De Successionibus sublatis, quæ fiebant per bonorum venditiones, & ex Senatusconsulto Claudiano.

Textus.

Erant ante prædictam successionem olim & aliæ per universitatem successiones: qualis fuerat bonorum emptio, quæ de bonis debitoris vendendis per multas ambages fuerat introducta; & tunc locum habebat, quando judicia ordinaria in usu fuerant: sed cum extraordinariis judiciis posteritas usa est, ideo cum ipsis ordinariis judiciis etiam bonorum venditiones expiraverunt: & tantummodo creditoribus datur officio judicis bona possidere, &, prout utile eis visum est, ea disponere: quod ex latioribus Digestorum libris perfectius apparebit. Erat & ex Senatusconsulto Claudiano miserabilis per universitatem acquisitio, cum libera mulier, servili amore bacchata, ipsam libertatem per Senatusconsultum amittebat, & cum libertate substantiam. Quod indignum nostris temporibus esse existimantes, & à nostra civitate deleri, & non inseri nostris Digestis concessimus.

NOTÆ.

PER MULTAS AMBAGES] Bona debitoris, postquam aliquamdiu celeberrimis in locis proscripta pependissent, ex edicto possideri jubebantur: dein magister postulabatur & creabatur, per quem distrahebantur, & emptori addicebantur; qui omnibus in solidum, satisfaciebat: aut antequam emeret cum creditoribus de certa parte decidebat. Cic. *pro Quint. & 6. ad Attic. 1.* Atque hæc bonorum distractio etiam decemvirali verbo sectio dicebatur. Fusius hæc Th.

QUANDO JUDICIA ORDINARIA] Planius dixisset, quando veterum judiciorum ordo servabatur, quam posteritas neglexit: quanquam quid hæc judiciorum diversitas ad rem præsentem faciat, non video; ac ne illud quidem, quid circa eam postea innovatum, nisi quod bonorum emptor desierit esse successor universi juris, & bona ita vendi cœpta, ut ex pretio eorum creditoribus satisfieret, *l. 6. & 9. C. de bon. auct. jud. poss.*

LIBERTATEM AMITTEBAT] Post trinam denuntiationem domini. Th. denuntiationis meminit & Ulp. *tit. 11. §. 10.* Paul. *l. 27. depos.* Tacitus autem denuntiationis non meminit, sed simpliciter ignorantis domini. Et fortè disputatione ICtorum hæc necessitas addita SCto. Hodie libertatem non amittit sed verberibus castigatur servus, & dissolvitur ejusmodi conjunctio, *l. un. C. de SC. Claud. toll.*

COMMENTARIUS.

Referuntur hoc tit. duæ species acquisitionis per universitatem, quarum altera jam ante Justinianum in usu esse desiit, alteram ipse sustulit.

Qualis fuerat bonorum emptio] Si quis in jus vocatus potestatem sui non faciebat, neque defendebatur, ejus bona ex edicto possideri jubebantur: post deinde iis vendendis magistri constituebantur: & postquam aliquamdiu celeberrimis in locis proscripta pependissent, emptori uni ex creditoribus, aut cui extraneo addicebantur; qui bonorum emptor dicebatur, & omnibus in solidum satisfaciebat. Quod si diffidebat, ne paria facere posset, tum, antequam emeret, cum creditoribus de certa parte decidebat. Huc pertinet locus *Cic. 6. ad Attic. 1.* ubi scribit, sine edicto non posse transigi de bonis possidendis, magistris faciendis, vendendis: hæc enim ex edicto & postulari & fieri solere: item illud ex oratione *pro Quintio: Cujus bona ex edicto possidentur, hujus omnis fama & existimatio cum bonis simul possidetur, de quo libelli in celeberrimis locis proponuntur: huic ne perire quidem certè tacitè obscureq; conceditur: cui magistri fiunt, & domini constituuntur, qui qua lege & qua conditione pereat, pronuntient, &c.* Idem observatum fuisse, cum bona defuncti solvendo non essent, nec hæredem reperirent, ostendit hic textus. Neque hæc ratio vendendi bona Pandectarũ jure incognita est, *l. cum bona 16. l. Fufidius 29. de reb. auct. jud. poss. l. Imperator. 60. de pact. l. 9. de cur. fur. l. 4. C. de bon. auct. jud. poss.* Illud etiam olim non erat infrequens, ut bona alicujus damnati proscriptiq; sectoribus in auctione venderentur, qui, ut tradit *Ascon. ad lib. 1. in Verr.* spem lucri sui secuti bona condẽnatorum semel auctionabantur, & semel pecuniam ærario inferebant: ac postea pro compendio suo singulas quasque res populo venditabant. Quo refert Hotomannus, quod Varro,

ro, *lib. 2. de re rust. cap. 10.* modos acquirendi legitimi dominii enumerans, scribit; *Tumve cum in bonis sectione cujus publicè venit.* Hæc bonorum distractio etiam decemvirali verbo sectio dicebatur; videturque successisse ignominiosa ista bonorum proscriptio in locum sectionis debitorum in patres, lege 12. tabb. introductæ: quam crudelitatem consensu publico postea erasam esse, & in pudoris notam pœnam capitis conversam bonorum adhibita proscriptione, testatur Tertull. *Apol. cap. 3. Suffundere*, inquit, *maluit hominis sanguinem, quam effundere.* Add. *Gell. lib. 20. cap. 1. Salmas. de mod. usur. cap. 18.*

Per multas ambages] Ter creditores adire prætorem oportebat; primum ut liceret bona possidere: deinde ut liceret magistrum bonis constituere, qui in auctione divenderet: postremo ut legem dare bonorum venditioni, & cum emptore, cui addicerentur, de parte ejus, quod cuique deberetur, paciscí. Cæterum hæc fusius Theophilus.

Cum extraordinariis judiciis] Quid hæc judiciorum diversitas ad rem præsentem faciat, non video: uti nec illud, quid hic posterioribus temporibus innovatum. Sanè nihil in eo, quod creditores in possessionem bonorum mittuntur, & postquam ea per certum tempus possederunt, jus vendendi à prætore impetrare possint. Hæc ordinaria ratio procedendi etiam temporibus Ciceronis fuit, eademque in Pandectis, quo hic remittimur, sub *tit. de reb. auct. jud. poss.* & in Codice quoque relata est, *l. 6. & 9. C. eod. tit.* Videntur mihi Compositores male ista inter se opposuisse, tanquam pugnantia, *permitti bona possideri*, & post certum tempus *uni ea universa vendi.* Plane quod Theoph. refert, bonorum emptorem hæredis seu bonorum possessoris loco habitum fuisse, id postea obtinuisse non puto; sed ita bona vendita, ut ex pretio creditoribus satisfieret, desiisseque hanc acquisitionem esse universalem. Jure novissimo modus missioni creditur constitutus, ut jam missio non fiat in universa bona, sicut olim, *tit. de reb. auct. jud poss.* sed tantum pro quantitate debiti. *Nov. 53. c. 4. §. 1.* unde *auth. & qui jurat. C. de bon. auct. poss.*

Libera mulier servili amore bacchata] Senatusconsulto libera mulier, quæ se alieno servo junxerat, domino servi cum bonis omnibus addicebatur. Meminit hujus Senatusconsulti Tacitus *lib. 12. annal.* ubi de rebus gestis sub Claudio tractans sic scribit; *Inter quæ refertur ad patres de pœna fœminarum quæ servis conjungerentur: statuiturque, ut ignaro domino ad id prolapsa, in servitute; si consensisset, pro liberta haberetur.* Ita locum ex Codice Farnesiano restituit Lipsius. Suetonius hoc ipsum decretum adscribit Vespasiano, ut, nisi erret Suetonius, id repetitum fuisse necesse sit. Denuntiationis Tacitus non meminit, sed simpliciter ignorantis domini: unde licet existimare, necessitatem denuntiandi, ne cum servo consuetudinem haberet, (*vid. Ulp. tit. 11. §. maxima 10. l. 27. depos. l. un. C. de sen. Claud. toll. l. edicimus, C. Theod. de murileg. Theoph. hic. Pet. Fab. lib. 1. semest. 25.*) disputatione Jurisconsultorum Senatusconsulto additam. Justinianus autem hoc Senatusconsultum sustulit, permisitque domino potestatem, si quid tale servus commiserit, eum castigandi, atque avellendi à muliere, simul denuntians, non impune laturum dominum, si hac potestate non utatur, *d. l. ult. Cod. de sen. Claud. toll.*

TITULUS XIV.
D. lib. 44. t. 7. C. lib. 4. tit. 10.
De Obligationibus.

1. *Ratio ordinis.*
2. *Duo insignes errores notati.*
3. *Neque definitionem neque divisiones hic propositas continere omnem speciem obligationis.*
4. *Obligationum summa divisio.*
5. *Quid sit & quam vim habeat obligatio naturalis.*
6. *Explicatur l. 10. de obl. & act.*
7. *Quæ res faciant, ut tantum naturalis, non etiam civilis sit obligatio.*
8. *Non omnium naturalium obligationum eundem esse effectum jure civili, & quæ qualem habeant.*
9. *Obligatio mere civilis.*
10. *Obligatio mixta.*

RIA esse disciplinæ juris summa capita seu objecta didicimus *§. ult. sup. de jur. nat. gent. & civ.* personas, res, actiones. De jure personarum, id est, eo jure, quod cuique competit pro conditione & statu personæ, disputatum à titulo tertio usque ad finem libri primi. Rerum tractatio suscepta *tit. 1. lib. 2.* ubi diximus, rei appellatione in hac distinctione objectorum, significari non tantum ea quæ dominii nostri sunt, cæteraque jura in rem, quæ vindicari possunt: verum etiam jus ad rem, quod uno verbo dicimus obligationem: nec male eos facere, qui totius hujus argumenti tractationem ad duo capita revocant, dominium & obligationem, dominii verbo omnia in rem jura complectentes. De dominio ejusque acquirendi modis actum hactenus. De obligationibus earumque contrahendarum & distrahendarum ratione nunc sequitur. Quæ tractatio con-

tinua-

tinuatur usque ad tit. sextum libri 4. ubi initium fit
disputationis de actionibus.

2 Duo igitur errores hic nobis vitandi sunt. Quo-
rum unus eorum est, qui ita obligationes à rebus se-
parant, tanquam ad tertium juris objectum, id est, a-
ctiones pertinerent: alter eorum, qui eas referunt ad
objectum primum, quod est de jure personarum. In
priore errore Theophilus est & vulgò interpp. qui ex-
istimant, hic initium fieri doctrinæ de actionibus,
præmittique obligationes, ut actionum causas ea-
rumque matres, ut loquuntur. Hoc autem falsum
esse, vel ex uno hoc apparet, quod ista consideratione
non magis obligatio ad actiones pertinet, quam do-
minium, quam cætera in rem jura, quam ipsum jus
personæ: quippe quæ & ipsa singula suas actiones
habent & pariunt, §. *1.* & 2. §. *13. inf. de act.* Alter
error Vulteji est, qui *lib. 1. disc. schol. cap. 16.* & *ad
hanc rubr.* contendit, obligationes referendas esse
ad jus personarum. Quem temere secutus est D.
Anton. Matth. *Colleg. Inst. 2. dist. 3.* Utitur Vulte-
jus duplici fere argumento. Primum est, quod ob-
ligatio personæ inhæret. Atqui eadem ratione mul-
to magis usum & usumfructum ad jus personarum
referri oportebat. Sed quid certius est, quam ea o-
mnia, quæ in bonis & patrimonio nostro sunt, ad
tractatum rerum pertinere; nec solum res corpora-
les, verum etiam incorporales, *sup. tit. de reb. corp.
& incorp.* quo loco inter res incorporales, cum hæ-
reditate, usufructu, servitutibus, numeratur etiam ob-
ligatio, ut res in bonis nostris & subjecta acquisitio-
ni, *add. l. 49. de verb. sign.* Apparet vero, Vultejum
obligationes tantum considerasse in relatione ad per-
sonam debitoris, cum præcipue hic considerandæ sint
ratione creditoris, qui eas contrahendo sibi acquisi-
vit, easque suo modo vendendo, donando, legando,
in alium transferre potest: quæ ostendunt, obligatio-
nes à parte creditoris esse in commercio, quod de ju-
re personarum, puta libertatis, civitatis, familiæ, ne-
mo dixerit. Sed etsi obligationes considerentur ex
parte debitoris, ut personæ ejus inhærentes, tamen ad
jus personarum ne isto quidem respectu referri pos-
sunt. Jus enim personæ dicitur, quod personam af-
ficit, quatenus persona est, id est, id jus, quo quisque
in civitate censetur propter statum & qualitatem per-
sonæ suæ. Quid autem obligatio commune habet
cum statu debitoris? Quis ita personas unquam di-
stinxit, ut dixerit, quasdam personas esse obligan-
tes, quasdam obligatas? aut hominum alios esse
creditores, alios debitores? Nimirum obligatio etsi
personam obligati afficit, non tamen afficit, quate-
nus consideratur ut persona, sed quatenus ut debitor.
At debitor dicitur intuitu rei, quæ debetur. Neque
enim hic finis summus est obligationis, ut personam
nobis obligatam habeamus, sed ut rem in obligatio-
nem deductam consequamur, *l. 3. de obl. & act. l. sti-
pulatio 38. §. alteri 17. de verb. oblig.* Quamobrem
sive essentiam obligationum spectemus, sive obje-
ctum earum, sive finem ultimum, non alio referri
possunt aut debent, quam ad eam disciplinæ nostræ
partem, quæ est de jure rerum. Alterum argumen-
tum Vulteji tale est. Si obligatio ad jus rerum per-
tineret, uti dominium pertinet, tum ex obligatione
quoque, uti ex dominio, competeret actio in rem:
at actio ex obligatione in personam est: ergo ipsa ob-
ligatio ad jus personarum, non rerum, referenda.
Πονηρὰ ἔκθεσις & error perspicuus *περὶ τὸ ἑπόμενον.*
Non enim ideo actio ex obligatione in personam es-
se dicitur, quia per eam aut personam, aut jus ali-
quod, quod in personam aut personæ sit, persequi-
mur: (quippe semper persequimur rem aliquam ex-
ternam, eam, quæ ex obligatione præstanda est.) Sed
quia hæc actio in personam obligati dirigitur, & sem-
per adversus eum locum habet, cum in rem actio cum
re ambulet, & sequatur possessorem, *l. actionum 25. de
oblig. & act.* Quinimo contra si obligatio jus esset
personæ, actio, quæ de eo jure competeret, ad clas-
sem actionum in rem referenda esset, non ad eas,
quæ in personam competunt: argumento actionum
præjudicialium, quæ de statu & vero jure perso-
narum competunt, quas in rem esse expresse scri-
ptum est in §. *præjudiciales 13. infr. de act.* quan-
quam hoc etiam negavit Vultejus, quia vidit sen-
tentiæ suæ repugnare. Sed de his opulentius suis
locis §. *1.* & *d. §. 13. inf. de act.* Hoc titulo primum
docetur, quid sit obligatio: deinde dupliciter ea di-
viditur à causis efficientibus: postremo prima &
præcipua ejus species subdividitur in quatuor species
inferiores. Quoniam vero neque definitio, neque 3
divisiones hic propositæ omnes species obligationum
continent, sed ad eas duntaxat pertinent, quæ actio-
nem, eamque efficacem, jure civili producunt, & ta-
men illæ quoque, quæ vel non producunt actionem,
vel eam producunt, quæ exceptione repelli potest,
suum quendam usum & effecta jure civili habent,
recte facturi videmur, si prius quam ad ea declaran-
da accedimus, quæ hic à Justiniano tradita sunt, na-
turam diversitatemque obligationum à capite repeti-
tam explicemus. Omnis obligatio vinculum quod- 4
dam juris est, quo adstringimur ad aliquid præstan-
dum. Cæterum cum ad hoc aliquando nos ad-
stringat sola æquitas & ratio naturalis, interdum
mera subtilitas juris, ut plurimum autem jus naturæ
ac civile simul, pro hac juris varietate obligatio in
tres species recte dividitur, in puram naturalem, me-
ram civilem & mixtam. Naturalis obligatio est na- 5
turæ & æquitatis vinculum, quo ita adstringimur ad
aliquid dandum vel faciendum, ut nulla eo nomine
sit actio jure civili. Dicitur naturalis non à natura,
seu

ſeu naturali inſtinctu nobis cum brutis animantibus communi, ſed à natura humana, id eſt, recta ratione, quæ ſola quod æquum eſt, dictat. Itaque naturalis obligatio non eſt duplex, ut quidam opinati ſunt; una, quæ ſit ex jure gentium & humani generis propria; altera, quæ ſit ex jure naturali omnium animantium communi, & in bruta quoque cadat, in quæ nec conſenſus nec intellectus cadit: ſed una & ſimplex, quæ tota eſt ex jure gentium, ut ipſa æquitas, cujus vinculo ſuſtinetur, *l. Stichum 95. §. 4. de ſolut.* quod etiam Paulus confirmat *l. tum amplius 84. §. 1. de reg. jur.* ubi ait, eum natura debere, quem jure gentium dare oportet. Hæc obligatio conſcientias quidem hominum devincit, cum ſit vinculum naturæ & æquitatis, *d. l. 95. §. 4. de ſolut. d. l. 95. §. 1. de reg. jur.* quo loco verbo *oportet* quædam neceſſitas moralis ſignificatur: in foro tamen exteriori & jure civili eam efficaciam non habet, ut actionem aut exactionem producat: id quod ex enumeratione ſpecierum, quæ ad hoc genus obligationis pertinent,
6 liquere poteſt. Nam quod in *l. 10. de obl. & act. l. fidejuſſor. 16. §. 4. de fidejuſſ.* dicitur, naturales obligationes non eo ſolo æſtimari, ſi actio aliqua ex his competat: verum etiam ſi ſoluta pecunia repeti non poteſt, id non totum ad puras naturales pertinet, ſed poſterius duntaxat: pars autem præcedens ad mixtas, eas ſcilicet, quæ naſcuntur ex contractibus juris gentium, & quæ ipſæ nonnunquam abſolute naturales dicuntur, *l. debitor 59. verſ. videamus, ad ſent. Treb. l. ſi ita ſtipulatus 126. §. 2. verſ. ſupereſt, de verb. oblig.* nimirum quia tota eſſentia ſua ſunt ex jure gentium, *l. 5. de juſt. & jur.* à jure autem civili præter nudam confirmationem nihil habent: quo tamen reſpectu cum etiam civiles ſint, nomine civilium frequentius appellantur, propter auctoritatem juris civilis. Ut naturalis tantum, non etiam civi-
7 lis ſimul ſit obligatio, facit aut qualitas conventionis, aut perſonæ paciſcentis contrahentisve, aut qualitas perſonæ & negotii ſimul. Principio non omnis conventio obligationem civilem parit, ſed illa duntaxat, quæ vel in proprium nomen contractus tranſit, vel cui præter conventionem alia ſubeſt obligandi cauſa, vel quæ legitima dicitur, aut quæ contractui incontinenter adjecta, *l. 6. l. 7. in pr. §. 2. & 4. de pact.* Ex cæteris, quæ ſolo placiti fine ſtant, naſcitur duntaxat obligatio naturalis: quippe nudis pactis vim talem obligandi Romanæ leges tribuere noluerunt, ut ex iis etiam ultro agere liceret, *d. l. 7. §. 4. de pact. l. 10. C. eod. l. ſi tibi 27. Cod. de collat.* Plura dicemus infra ſub *§. ultim.* Secundo facit qualitas perſonæ contrahentis, ut ex conventione, quantumvis idonea, tantum naturalis obligatio oriatur; velut ſi pupillus, intelligens quod agit, contraxerit ſine tutoris auctoritate; *l. ſi pupillus 127. de verb. oblig. l. 1. in fin. de novat. l. cum illud 25. §. 1. quand. dies. leg.* Aut Servus, *l. 14. de oblig. & action. l. 13. de cond. ind.* aut is, cui bonis interdictum eſt, *l. 6. de verb. obl.* Perſonæ & negotii qualitas ſimul, veluti ſi mulier interceſſerit, filiusfamil. mutuam pecuniam acceperit, *l. 16. §. 1. ad ſent. Vell. l. 9. in fin. cum ſeq. de ſenat. Maced.* Præter hæc etiam citra ullam conventionem ſola officii & pudoris ratio naturalem obligationem inducit. Qualis eſt cauſa beneficii accepti. Unde obligatio ad ἀντίδωρα; *l. ſed & ſi 25. §. conſuluit. 11. de hæred. pet. per l. ſi pignore 54. §. 1. de furt.* & quæ hujus ſpecies eſt, manumiſſio, unde operarum officialium debito naturalis, *l. ſi non ſortem 26. §. libertus 12. de cond. ind.* Ad hanc claſſem refero etiam eam, quæ oritur ex voluntate teſtatoris teſtamento minus ſolenni declarata: item eam, qua hæres legatis oneratus tenetur ea integra præſtare citra detractionem Falcidiæ, *l. 2. Cod. de fideic. l. 5. §. ſi quis 15. de don. int. vir. & uxor. l. 1. l. ult. Cod. ad legem Falcid.* Naturalium harum obligationum quædam in totum juris civilis auxilio deſtituuntur, 8
quædam non omnino hujus auxilii ſunt expertes. Prioris generis eſt obligatio beneficii accepti, in qua nulla neceſſitas præter illud honeſtatis naturalis vinculum, quo ad gratitudinem & remunerationem obſtringitur is, qui beneficium accepit, ſi vir bonus haberi velit, ad exigendum autem vel retinendum obligatio nulla. Puto etiam, ipſum jus gentium pudori cujusque totum hoc reliquiſſe. Quippe *alia eſt,* ut ait Cicero pro Planc. *debitio gratiæ, alia pecuniæ:* neque convenit beneficia fœnerari aut in calendario ſcribere. Quo etiam pertinent illa Senecæ *3. de benef. Cum res honeſta ſit, referre gratiam, deſinit honeſta eſſe, ſi neceſſaria eſt,* id eſt, honeſtatis gradum excellentem amittit; quod ſequentia indicant, *Non enim magis laudabit quiſquam gratum hominem; quam eum, qui depoſitum reddidit, aut quod debebat, citra judicium ſolvit.* Et mox: *Non eſt glorioſa res gratum eſſe, niſi tutum eſt ingratum fuiſſe.* Operarum tamen, quæ ex cauſa manumiſſionis patrono naturaliter debentur, obligatio hunc jure civili effectum habet, ut ſolutæ per errorem repeti non poſſint, *d. l. 26. §. libertus, de cond. ind.* Ejusdem fere conditionis eſt & obligatio teſtamenti minus ſolennis & ad integra legata præſtanda: nam etiam quod ex his cauſis per errorem facti ſolutum eſt, jure civili repeti poteſt, *l. 7. C. de cond. ind. l. 9. C. ad leg. Falc.* Similiter ſi is, cui bonis interdictum eſt, quid promiſerit, adeo jure civili non tenet obligatio, ut ne fidejuſſores quidē admittat, quaſi negotium nullum geſtum ſit, *l. 6. de verbor. obl.* Tantundem dici poteſt de tranſactione alimentorum Senatusconſulto prohibita, *l. eleganter 23. §. 2. de cond. ind.* item de interceſſione mulierum, niſi quod obligatio

gatio hinc nata actionem parit, ſed quam inefficacem reddit perpetua Senatusconſulti exceptio, *l. qui exceptionem 40. d. t. l. 9. C. eod.* Filius autem familias, qui mutuam pecuniam accepit, ſi paterf. factus ſolverit, non repetit, *d. l. 40. l. 9. in fin. de ſen. Mac.* Cæteræ obligationes naturales, quæ ex conventione deſcendunt, eosdem pene effectus, ſi unam dempſeris actionem, jure noſtro habent, quos habet naturalis & civilis ſimul. Ac de hujusmodi obligationibus potiſſimum agunt Jurisconſulti, cum ajunt aut negant, naturaliter quem obligari, ut videre eſt *d. l. 19. l. ſi pœna 19. l. frater 38. l. quod pupillus 41. ſi quod 64. de cond. ind. l. 10. de obl. & act. l. 1. de novat. l. propen. de obl. & act. l. 5. §. 2. de ſolut.* & ſimilibus locis. Effectus iſti principales hi ſunt, debiti hujus naturalis cum alio quovis compenſatio, *l. 6. de compenſ.* ejusdem ſoluti per errorem retentio, *d. l. 10. de obl. & act. d. l. 19. de cond. ind. l. 1. §. id quod 17. ad leg. Falc. l. 3. C. de uſur.* Præterea quod ita naturaliter debetur, conſtitui poteſt, *l. 1. §. pen. de pec. conſt.* item novari, *l. 1. in fin. de novat.* Poteſt & fidejuſſor huic obligationi accedere, *§. 1. inf. de fidejuſſ.* denique & pignus, *lib. 5. de pign.* Minus tamen efficacitatis eſt in obligatione pupilli ſine tutoris auctoritate contracta: quippe quæ acceſſiones duntaxat recipit; principalia autem illa ut pupillo nocentia reſpuit: quo adſpectu, quod pupillus ita promiſit, ne natura quidem deberi dicitur, *d. l. 41. de cond.*
9 *ind. d. l. propen. de obl. & act.* Obligatio mere civilis eſt vinculum ſolius juris civilis, ſeu τοῦ ἀκριβοδικαίου, quo quis ita tenetur: ut ſummo jure in eum ſit actio, ſed quæ jure prætorio infirmetur, oppoſita perpetua exceptione. Hujus generis ſunt omnes illæ, quæ ſola juris ſubtilitate nituntur contra naturalem æquitatem; veluti ſi quis metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapſus aliquid promiſerit; aut ſi poſt conſtitutam obligationem debitor cum creditore pactus ſit, ne à ſe peteretur, *§. 1. & ſeqq. inf. de except.* Hoc genus obligationis propemodum ſine re eſt, & exitu inutile, *l. 3. §. 1. de conſt. pec. l. nihil in-*
10 *tereſt 112. de reg. jur. l. 14. de compenſ.* Mixta obligatio ſeu naturalis & civilis ſimul, eſt vinculum æquitatis pariter & juris civilis, quo quis ita adſtringitur, ut actio efficax in eum detur. Mixtam hanc obligationem vocamus, propterea quod eam & naturalis ſuſtinet æquitas, & ſimul juris civilis firmat auctoritas. Unde etiam ſola plenam præſtandi neceſſitatem habet, actionemque & exactionem producit. Ex quo porro etiam hoc eſt, quod ſola proprie & abſolute obligatio in uſu juris vocatur: quemadmodum & debitor is proprie intelligitur, à quo invito pecunia exigi poteſt, *l. debitor 108. de verb. ſign.* & ex adverſo creditor, qui exceptione perpetua removeri non poteſt, *l. 10. eod. tit.* alii per abuſionem, *l. 16. §. 4. de fidejuſſ.* Denique hinc intelligimus, ad hoc genus obligationis tantum & definitiones & diviſiones hoc titulo propoſitas pertinere. Eſt vero, quod apprime notandum eſt, mixta hæc obligatio aut vere talis, aut præſumptive; qualis eſt obligatio judicati, & confeſſi; item jurisjurandi neceſſarii. Quippe res judicata pro veritate accipitur, *l. poſt 56. de re jud. l. 207. de reg. jur.* confeſſi in jure pro judicatis habentur, *d. l. 56. l. 1. de confeſſ. l. un. C. eod.* jurisjurandi quoque aut potius ſententiæ ex eo latæ eadem fere vis eſt. Hujus generis etiam obligatio eſt, quæ dicitur literarum, *inf. de lit. obl.* Jam ad explicationem textus accedamus.

TEXTUS.

Continuatio & definitio.

Nunc transeamus ad obligationes. Obligatio eſt juris vinculum, quo neceſſitate adſtringimur alicujus rei ſolvendæ ſecundum noſtræ civitatis jura.

NOTÆ.

OBLIGATIONIBUS] Th. & Accurſ. putant hic initium fieri doctrinæ de actionibus. Sed perperam: nam non minus obligatio res eſt incorporalis & ad ſecundum juris objectum pertinet, quam hæreditas, uſusfructus, ſervitutes, *ſup. de reb. corp. & incorp. & §. ult. de uſ. & hab.*

JURIS VINCULUM] Omnis obligatio eſt juris vinculum: obligatio civilis, vinculum juris civilis: naturalis, vinculum æquitatis, *l. 95. §. 4. de ſolut.* civilis mera, rigoris ſeu ἀκριβοδικαίου *inf. de exc. in pr.*

NECESSITATE] Propter actionem, quam obligatio parit. Itaque nec obligatio naturalis huc pertinet, ex qua jure civili agi non poteſt, quamvis moralem neceſſitatem adjunctam habeat; veluti quæ ex nudo pacto naſcitur, *l. 7. §. 4. de pact. junct. l. 84. §. 1. de reg. jur.* nec civilis nuda, quæ propemodum ſine re eſt, & exitu inutilis, *l. 3. §. 1. de conſt. pec. l. 112. de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

EST *juris vinculum*] Recte *vinculum*: quoniam qui nobis obligatus eſt, neceſſitate quadam præſtationis tenetur, ut effugere non poſſit, niſi vinculo hoc ſoluto. Metaphora ſumpta à vinculis corporeis. Concepta eſt definitio relatione facta ad perſonam debitoris, ita tamen, ut ſimul oſtendat, quodnam hic ſit jus creditoris. Sequentia formam obligationis ſubjecto, effectu & cauſa efficiente remota adumbrant.

Neceſſitate adſtringimur] Effectus. Obligatio (ſic abſolute nunc porro mixta vocabitur) ſemper ad-

junctam habet necessitatẽ præstationis: quæ necessitas in eo consistit, ut nisi obligatus præstet id, quod debetur, jure judicioque experiri cum eo hoc nomine liceat, invitumque ad solutionem compellere.

Alicujus rei] Subjectum. Rei autem verbum generale est, & factum quoque comprehendit, *l.1.in fin. de reb.cred.* Proinde sive in dando consistat obligatio, sive in faciendo, necessitas obligationis postulat, ut utrumque præstetur, *l.2.de verb. obl.* §. *ult. inf.eod. l.3. de obl. & act.*

Solvendæ] Solvi dicitur res in usu juris, cum debita præstatur, *l.solutam 49. de solut. l. si rem 9.* §. *3. & seqq. de pign. act.* eaque solutione tollitur obligatio, *inf.quib. mod. toll. obl. in pr.* tametsi persona obligati tantum adstringi videtur, non res ipsa, nisi per consequentiam, aut nisi pignori nexa sit. Etenim obligationis non hæc vis est, ut aut corpus aliquod, aut servitutem nostram faciat, aut ut per eam dominium aliudve jus in rem immediate consequamur: sed jus tantum ad rem tribuit, id est, personam nobis obstringit ad dandum vel faciendum, *l.3. de obl. & act.*

Secundum nostræ civitatis jura] Hæc verba referenda sunt ad totum illud, quod præcedit, *quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ.* Temperatur enim hac adjectione non, ut male Theophilus, potestas solvendi, sed necessitas: ut intelligamus adstringi nos non quibuslibet modis, non ex quavis causa, sed secundum jus civitatis nostræ: item necessitate non quavis, sed in qua insit ea cogendi ratio, quæ jure civitatis nostræ sit approbata. Quod si cum Theophilo verba hæc ad id solum, quod proxime præcedit, *rei solvendæ*, referimus, falsam efficimus sententiam, nimirum, eum, qui non recte solvit, non esse obligatum. In eodem errore fuit & Accursius.

TEXTUS.

Divisio prior.

1. Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur: namque aut civiles sunt, aut prætoriæ. Civiles sunt, quæ aut legibus constitutæ, aut certo jure civili comprobatæ sunt. Prætoriæ sunt, quas prætor ex sua jurisdictione constituit; quæ etiam honorariæ vocantur.

NOTÆ.

1. OMNIUM OBLIGATIONUM] Scil. ad actionem producendam efficacium: de quibus solis etiam concepta definitio.

AUT JURE CIVILI COMPROBATAE] Prioris generis est obligatio literarum & verborum, pacti legitimi, furti nec manifesti, damni injuria dati, &c. hujus sunt omnes, quæ nascuntur ex contractibus juris gentium, *l.7. de pact.*

PRAETOR EX SUA JURISDICT.] Ex quibus scil. actionem in personam dedit, §. *8. & seqq. inf. de act.*

COMMENTARIUS.

AUt *civiles aut prætoriæ*] Distributio obligationis à causis efficientibus remotis. Nulla enim est obligatio (vera scilicet & efficax, de qua sola hic disputatur) quæ non aut jure civili aut prætorio constituta vel recepta sit. Illud hic monendi sumus, cum civiles obligationes opponuntur naturalibus, appellatione civilium prætorias quoque contineri; sicũt in universum, cum jus civile opponitur naturali, ejus appellatione etiam prætorium venit. Nam jus prætorium pars est juris civilis generaliter sumpti. §. *3. sup. de jur. nat. gent. & civil.* At cum obligationes civiles prætoriis opponuntur, per civiles intelligi eas duntaxat, quæ legibus aliave parte juris civilis, quæ parem legibus auctoritatem habet, constitutæ aut confirmatæ sunt: quemadmodum cum in genere jus civile opponitur prætorio, id jus significatur, quod ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, decretis Principum, auctoritate prudentum descendit, *l.8. de inst. & jur.* Similis huic est divisio actionum §. *3. inf. de act.*

Constitutæ aut comprobatæ] Sit igitur civilium obligationum hæc quædam subdivisio, quod earum quædam jure civili constitutæ sunt, quædam simpliciter approbatæ seu receptæ. Prioris generis sunt paucæ, ex contractu obligatio literarum & verborum, *inf. tit. 22. & tit. 16.* ex delicto, qua tenetur fur nec manifestus, *arg.* §. *4. inf. de noxal. act. junct. pr. inf. de perpet. & temp. act.* item is, qui damnum injuria dedit, cujus quadrupes pauperiem fecit, qui arbores furtim cecidit, *inf. tit. de leg. Aquil. & si quadrup. paup. fec. l. 1. arb. furt. cæs.* Referunt huc vulgo & eas, quæ descendunt ex pactis speciali lege confirmatis, quæ dicuntur legitima, *l. 6. de pact.* quale verbi causa est pactum donationis; & pollicitatio dotis, *l. si quis 35.* §. *ult. C. de donat. l. 6. C. de dot. prom.* Illa quoque obligatio constitutione civilis est, qua tenetur is, cui ex Senatusconsulto Trebelliano restituta est hæreditas. In posteriore genere sunt innumerabiles, omnes nimirum illæ, quæ nascuntur ex contractibus juris gentium, *l. 7. de pact.*

Quas prætor ex sua Jurisdictione] Naturalem æquitatem secutus. Nam omnis obligatio prætoria naturalis quoque est: à prætore autem introducta dicitur

citur ea, ex qua prætor in personam in foro civili actionem dedit. Cujusmodi est illa, qua pater & dominus tenentur ex contractu filii aut servi; qua constituens pecuniam ei, cui constituitur; qua is, qui detulit jusjurandum juranti; item quæ ex furto manifesto, rapina, injuriis nascitur; cæteræque omnes, quibus qui obstrictus est, honoraria actione tenetur, *vid. inf. §. 8. & aliquot seqq. de act. & tit. quod cum eo, qui in al. pot.* item *§. 4. de nox. act. & §. ult. de leg. Aquil.*

TEXTUS.

Divisio posterior.

2. Sequens divisio in quatuor species dividitur. Aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio. Prius est, ut de iis, quæ ex contractu sunt, dispiciamus. Harum æque quatuor sunt species. Aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut literis, aut consensu: de quibus singulis dispiciamus.

NOTÆ.

2. *Aut enim ex contractu, &c.*] Hæc divisio sumpta est à causis efficientibus proximis seu factis obligatoriis; sine quibus nulla aut jure civili aut honorario confirmatur, *l. 37. de obl. & act.* Accuratior est, quam illa aut Caji *l. 1.* aut Modestini *l. 52. hoc tit.*

Ex contractu] Contractus est conventio obligationem pariens citra speciale legis adminiculum. Hac definitione excluduntur tum conventiones liberatoriæ, tum pacta nuda & legitima; quorum illa obligationem non pariunt, hæc pariunt ob specialem confirmationem, *l. 6. l. 7. §. 4. de pact.* Labeonis definitio *l. 19. de verb. sign.* particularis est: tam enim contractus sunt negotia ex uno latere obligatoria, ut mutuum & stipulatio, quam utrinque, ut venditio, locatio. Et quid notius illa συναλλαγμάτων distributione in μονόπλευρα καὶ δίπλευρα?

COMMENTARIUS.

1. *Unde sumpta sequens hæc divisio.*
2. *Rectene Aristoteles delictum speciem faciat συναλλάγματος.*
3. *Præter quatuor ordinarias obligationum causas, quæ hic recensentur, esse & alias quasdam irregulares & extraordinarias.*
4. *Modestini obligationum divisio minus accurata in l. 52. de obl. & act.*
5. *Quid sit conventio sive pactio aut pactum in genere, & quotuplex.*
6. *Quid pactum nudum, quod passim absolute pactum. Et cur ex eo jure civili non detur actio.*
7. *Pacta legitima & in continenti contractibus adjecta. Item n. 10.*
8. *An pacta ex continenti adjecta à parte actoris insint etiam in contractibus stricti juris.*
9. *De conventione non nuda, quæ uno nomine contractus. Ejus definitio, divisio, cum explicatione l. 19. de verb. sign.*
11. *Hodie etiam ex pacto actionem dari juxta scita juris Canonici.*
12. *Explicatur subdivisio obligationum primæ speciei.*

Aut enim ex contractu, &c.] Ἐπιδιαίρεσις seu secunda obligationum divisio à causis efficientibus proximis. Nulla enim est obligatio, quæ non ex causa aliqua, & regulariter quæ non ex facto aliquo obligati præcedente nascatur: nec ulla jure civili aut honorario confirmatur, quæ non propriis viribus consistat, ut loquitur Papinianus, id est, quæ non ex propria causa constituta sit, *l. obligationes 27. hoc tit. de obl. & act.* Causæ seu facta obligatoria quatuor hic ponuntur à Justiniano, totidemque obligationis species his causis inter se distinctæ, contractus, quasi contractus, maleficium, quasi maleficium. Aristoteles *5. ethic. 2.* uno verbo συναλλάγματος hæc omnia comprehendit. Duo enim ille genera συναλλαγμάτων facit, ἑκούσια & ἀκούσια, voluntaria & involuntaria: ἑκούσια appellat commercia; conventiones, contractus: ἀκούσια, maleficia & delicta. Verum enim vero si vox Græca συνάλλαγμα respondet verbo Latino commercii aut contractus, valde abusive delictum dicitur species συναλλάγματος: ipseque Aristoteles *cap. 5.* ejusdem libri negat, correctionem delictorum ad justitiam συναλλακτικὴν pertinere. Utut est, in jure nostro συνάλλαγμα tantum ad commercia refertur, *l. 7. §. 2. de pact. l. Labeo 19. de verb. sign.* commercium autem uno modo usurpatur pro conventione & contractu; atque hæc à delictis perpetuo separantur. Unico tantum loco delictum appellatur contractus, non quidem involuntarius, sed malus, *l. si rerum 52. de re jud.* ubi Triphoninus scribit, actionem rerum amotarum *ex malo contractu*, aut, ut est in codice Florentino, *ex male contractu oriri.* Papinianus quoque verba Demosthenis in oration. contra Aristogitonem, ἐπανόρθωμα τῶν ἑκουσίων, καὶ ἀκουσίων ἁμαρτημάτων, Latine reddidit, *delictorum, quæ sponte vel ignorantia contrahuntur, coërcitio. l. 1. junct. l. 2. de legib.* Illud vero frequens apud nostros est, ut appellatione contractus & maleficii etiam quasi contractus & quasi maleficia

leficia significentur, *l. 16. de neg. gest. l. contractus 23. de reg. jur. l. 1. l. 4. l. ex contractibus 49. hoc tit. §. 1. §. 10. §. rei 17. & seq. inf. de act. §. 1. inf. de perp. & temp. action.* Porro sciendum est, quatuor causas obligationis, quæ hic à Justiniano recensentur, esse quidem illas principales & ordinarias: cæterum esse præterea quasdam obligationes, quæ ex nulla quatuor istarum causarum proficiscuntur, sed ex sola & singulari æquitate. Cujusmodi species obligationis est, quæ à Celso proponitur in *l. si & me & Titium 32. de reb. cred.* item ex qua ad exhibendum agitur, *l. 3. §. 3. ad exhib.* quam nullum omnino factum obligatorium præcedere constat. Item illa, qua in duplum obstringitur, qui tignum alienum ædibus suis bona fide junxit, *§. cum in suo 29. sup. de rer. div.* denique omnes illæ, ex quibus actiones in factum subsidiariæ dantur, *§. ult. inf. de leg. Aquil. l. in rem 23. §. item quæcunque 5. de rei vind.* Sed nec omnis obligatio, quæ ex conventione est, eadem est ex contractu, veluti quæ datur ex pacto legitimo, vel ex constituto. Quod mox perfectius intelligetur. Atque hanc ego causam esse arbitror, quod Gajus *l. 1. pr. hoc tit.* causas & fontes obligationum indicaturus, contractus & maleficii tantum meminit, cautionis gratia subjiciens, eas, quæ extra hæc facta nascuntur, proprio quodam jure nasci ex variis causarum figuris. Sic ergo habendum, duo illa, contractum & maleficium, esse causas obligationum generales & ordinarias ac principes; esse tamen & alias nonnullas, sed quæ sint extraordinariæ & irregulares, ut nec certo nomine significari, nec certa regula comprehendi possint. Videtur autem Gajus in *d. l. 1.* nomine contractus & maleficii etiam quasi contractum & quasi maleficium intelligere: quæ tamen cum singula propriè & distinctè considerare volumus, à contractu & maleficio diversa esse, idem rectè docet, *l. 5. eod.* & ex eo Justinianus *inf. tit. de obl. quæ quasi ex contr. & de obl. quæ quasi ex del.* Igitur pro quadruplici illa consideratione causarum quadripartita quoque est obligationis divisio. Extat alia obligationis ex causis distributio apud Modestin. *l. obligamur 52. hoc tit.* sed minus accurata. Confundit enim eo loco Modestinus causas remotiores cum propinquis; nimirum causas juris & facti; causas, propter quas obligatio constituitur, cum jure, quod obligationem constituit, aut confirmat. Plura etiam vitia istius divisionis alii observarunt. Ego singula ad amussim examinare nolim: nam pinguius aliquando disputant Jurisconsulti.
4

De iis, quæ ex contractu] Quid sit contractus, intelligi non potest, nisi prius in genere constet, quid sit conventio: est enim contractus species conventionis, *l. 1. §. 3. l. 7. de pact.* Conventio seu pactio (idem enim hæc duo, & item pactum in genere sumptum, valent) est duorum vel plurium in idem, placitum & consensus, definitiore Ulpiano *d. l. 1. §. 2. de pact. l. 3. de pollic.* In idem, id est, in 5
eandem rem, in hoc, ut aliquid fiat, aut non fiat, prout placuit. Conventionum duæ sunt species: aut enim ex publica causa fiunt, aut ex privata, *l. 5. de pact.* De publicis tractare non est hujus loci. Privata conventio aut nuda est aut non nuda, *d. l. 7. §. 1. 2. & 4. de pact. l. 10. Cod. eod. l. 15. de præscr. verb.* Non nudam conventionem Doctores vulgo vestitam & pactum vestitum appellant, verbo magis quam sensu inconcinno. Nuda conventio est, quæ 6
in nudis placiti & conventionis finibus stat, nec certum nomen habens, nec ullam obligandi causam præter conventionem, *d. l. 7. §. 1. 2. & 4. de pact. l. 27. C. de locat.* in libris nostris etiam pactum simpliciter & passim appellatur, *d. l. 7. §. 4. & seqq. l. 10. C. eod. l. 15. de præscr. verb. d. l. 27. C. de locat. l. 1. Cod. de pact. conv. l. 5. C. de contr. stipul. l. 5. §. 2. de solut.* Appellatur pactum nudum, quia solum pactum est, nihil amplius, *l. 23. Cod. de pign.* nimirum eadem translatione, qua nudam vocem, nudam voluntatem, nudum consensum, nudam proprietatem, &c. dicimus. Græcis ψιλὸν σύμφωνον. Quod definiunt, ἡνίκα μὴ προσγένηται δόσις, ἀλλὰ μόνον συςῇ ἐπὶ δόσει. Hæc conventio eam vim obligandi jure civili Romanorum non habet, ut ex ea actio detur, *d. l. 7. §. 4. & seq. l. divisionis 45. de pact. l. 8. l. 15. de præscr. verb. l. 10. l. 21. l. si certis 28. C. de pact. l. sive apud 28. C. de transact. l. 3. de rer. permut. cum similibus.* Imo proverbii vice olim jactatum fuisse, *ex pacto actionem non nasci,* indicant Impp. in *d. l. 10. C. de pact. & d. l. 1. C. de pact. conv. tam. sup. dot. & ideo omnibus pactis stipulatio subjici debet, ut ex stipulatu actio nasci possit,* ut ait Paul. *2. sent. 22. §. ult.* Cæterum quæ pacta liberationis causa interposita sunt, jure prætorio exceptionem pariunt, *d. l. 7. §. 4. & seqq. l. 13. d. l. 28. C. eod. &c.* Nimirum conditores juris Romani hujusmodi conventionibus vim coactricem subtraxerunt, ut sola paciscentium fide staretur, honestius atque ad excitandum virtutis studium conducibilius esse existimantes, quædam relinquere hominum inter se spontaneæ fidei & probitati, quam omnia vinculis legum & necessitate adstringere. Quo pertinet locus Cornificii *lib. 2. ad Herenn. Pacta sunt, quæ sine legibus observantur ex conventione: quæ etiam juri præstare dicuntur.* Cui similis est apud Ciceronem *lib. 2. de invent.* Et explodendi, ut ἀπολίτικοι, qui negant, potestatem civilem constituere posse, ut non nisi sub certo modo & forma obligatio ex consensu noscatur. Qua de re uberius disserimus in tractatu de pactis, quem nuper edidimus, *c. 5. & 6.*

ubi

ubi etiam nova opinionum circa hoc argumentum
7 monstra profligamus. Excipiuntur ex hoc genere pacta duo, quæ obligationem & actionem pariunt: primum illa, quæ manente simplici forma conventionis speciatim ad efficaciam obligationis sunt confirmata vel jure civili, quæ pacta dicuntur legitima; *l. 6. de pact.* quale est v. c. pactum donationis; *l. si quis 35. C. de donat.* item quo dos constituit: ut *l. 6. C. de dot. prom.* vel jure prætorio, ut constitutum, & conventio de pignore, *l. 1. & possim. de pec. const. l. si tibi 17. §. 2. de pact. l. 1. de pign. act.* Deinde & pacta bonæ fidei contractibus in continenti adjecta, quæ his contractibus tanquam pars eorum inesse creduntur, *l. 7. §. 5. de pact. l. 13. C. eod.* Unde etiam ex hujusmodi pacto actio ejus contractus, cujus in continenti interpositum est, competit, *l. fundi 79. de contr. empt. l. 6. §. 1. de act. empt. l. 11. C. de pact.* Cæterum hæc res non una indiget cautione & distinctione. Primum enim non quævis pacta huc pertinent, sed ea duntaxat, quæ sunt κ῀ τ φύσιν τοῦ συναλλάγματος, secundum naturam contractus, aut quæ aliqua saltem ratione præstationes contractus, cui adjiciuntur, tangunt aut contractum promovent, *d. l. 7. §. quinimo, & seq. de pact. & ibi comm. DD. l. pacta 72. de contr. empt.* Unde Jason ait, pactum, quod est contra naturam contractus, non vestiri cohærentia contractus. Deinde nec omnium contractuum hoc commune est, ut pacta, quantumvis ex continenti adjecta, contractibus insint & actionem pariant: sed proprium contractuum bonæ fidei: neque tamen omnium ex æquo, sed maxime eorum, qui solo consensu itidem, ut pacta, constant, ut emptio, locatio, &c. quorum etiam contractuum exempla fere in hac disputatione proferuntur, ut videre est plerisque locis modo citatis. Qui autem contractus, cum sint bonæ fidei, solo consensu non consistunt, sed re perficiuntur, ut commodatum, depositum, iis pacta, quorum substantia in solo consensu, tam facile inesse, & incorporari, ut sic loquar, non possunt: nec alia exempla pactorum, quæ hujusmodi contractibus insint, occurrunt, quam quæ de dolo, culpa aut casibus fortuitis præstandis interponuntur, *l. 5. §. interdum 10. commod. l. 1. §. sæpe 35. depos. l. 23. de reg. jur.* præter exemplum de præstatione usurarum in deposito irregulari, *l. Lucius 24.*
8 *& 2. seqq. depos.* Quod attinet ad contractus stricti juris, Bachov. ad Treutl. *disp. de pact. thes. 10.* putat, distinguendum inter contractus, qui re fiunt, ut mutuum; & qui verbis, ut stipulatio. Pacta mutuo adjecta ad obligandum & agendum non prodesse, propterea quod re obligatio contrahi non potest ultra id, quod datum est, *l. si tibi 17. in pr. de pacto, l. 11. §. 1. de reb. cred.* adhæc nullas in mutuo esse præstationes doli aut culpæ, & si qua de his pactio fiat, eam esse extra naturam contractus: denique ob eandem causam, & quia præterea stricti judicii est, nec usuras ex mutuo citra stipulationem exigi posse, *d. l. 3. Cod. de usur.* Quod autem quibusdam casibus usuræ pecuniæ creditæ, aut frumenti vel hordei mutuo dati accessio ex nudo pacto debetur & peti potest, *l. etiam 30. de usur. l. 5. & l. 7. de naut. fœn. l. 12. Cod. de usur.* id non ex eo fieri, quod in continenti hæc pacta adjecta sint, & proinde mutuo insint, sed quia speciatim & nominatim jure civili confirmata sunt: esse enim pacta legitima. Stipulationis vero diversam causam esse: licet enim & ipsa contractus sit stricti juris, & ideo non facile extensionem recipiat, tamen quia verbis perficitur, magnamque in eo cum pactis affinitatem habet, *d. l. 7. §. quod fere 12. de pact.* facilius admissum esse, ut pacta in continenti facta stipulationibus contineri iisque inesse intelligerentur, *argum. l. lecta 40. de rebus cred.* nec obstare *l. quicquid 99. de verb. obl.* nam quod pacto stipulationi statim subjecta placuit, id perinde habendum, ac si verbis stipulationis expressum esset. Quæ licet probabiliter à Bachovio di[illegible]tentur, verior tamen mihi videtur sententia [illegible]pu[illegible] Busii, in *d. l. 7.* Donelli, in *d. l. lecta,* & i[illegible]ujacii, *pact.* qui etiam stipulationem hinc rem[illegible] *l. 13. C. de* [illegible]ovent. Neque enim frustra est, quod ubi pr[illegible] regula traditur, pacta in continenti facta ex par[illegible]actoris inesse, nominatim additur *in bona fid*[illegible]*ei judiciis, d. l. 7. §. quinimo, d. l. 13. de pact.* [illegible]uorsum enim hæc adjectio *in bona fidei judiciis* [illegible] nisi ut intelligamus, in strictis judiciis non idem [illegible] juris esse. Sic cum dicitur, in bonæ fidei contr[illegible]actibus usuras ex mora deberi; *l. mora 32. §. 2. de usur.* hoc significatur deberi in bonæ fidei, no[illegible] in stricti juris judiciis, *l. 3. Cod. de usur.* Simil[illegible]ter cum dicitur, exceptiones inesse bonæ fidei judiciis; *l. 3. de resc. vend.* hoc dici intelligimus, in his solum inesse, non etiam in strictis judiciis: nam in strictis non veniunt exceptiones nisi nominatim contestatæ, *l. 9. l. ult. C. de except.* Et certe ineptum esset ac supervacuum, de bonæ fidei judiciis nominatim addere, si pacta in continenti facta pariter inessent omnibus contractibus, quibus subjiciuntur. Nec ullum in libris nostris locum reperio, quo probari possit, pactum stipulationi appositum actionem parere, aut legem stipulationi dare, actionemve ex stipulatu formare, ita stipulationi inesse, ut ad id quod pacto comprehensum est, ex stipulatu agi possit, pactum augere, informare, extendere verborum obligationem. Paulus autem in *d. l. lecta,* cum pactum subjectum stipulationi inesse dicit, non significat, id actionem parere, cum in casu illic proposito non id pacto agatur, ut quid detur, quod prius dari non debuit; sed ut de eo, quod datum oportuit, aliquid remittatur; quale pactum ex parte creditoris valere ad agen-

agendum natura sua non potest. Alii nec mutuum hinc removendum putant, quorum sententiam late tuetur Gœdd. *de cont. stipul. cap. 8. conclus. 2.* Nos fusius hæc exequimur in eo, quem modo dicebamus, tractatu de pactis, *c. 9. & seq.*
9 Conventio non nuda sive vestita est; quæ puri placiti fines egreditur: quod ex duabus notis cognoscitur, si proprium nomen sortita est, vel si præter conventionem alia obligandi causa subsit, id est, si negotium civile gestum sit, *d. l. 7. §. 2. de pact.* Hæc conventionis species uno verbo appellatur contractus. Et igitur contractum sic definio; Contractus est conventio habens nomen speciale, aut eo deficiente civilem obligandi causam. Definitio tantum non iisdem verbis proposita *d. l. 7. § 1. & 2.* Itaque duo sunt harum conventionum genera: unum earum, quæ speciale nomen habent, ex quo genere sunt emptio-venditio locatio-conductio, societas, mandatum, depositum, commodatum, pignus, & similes contractus, qui quod certum nomen habent, dicuntur contractus nominati, & obligationem actionemque certo jure producunt, non utique propter nomen, quod extrinsecum quid est atque accidens; sed propter utilitatem commercii, cujus indicium est, quod certo ac proprio nomine appellantur; vel potius quia hæ conventiones ob frequentiorem usum talem accepere vim ac naturam, quæ etiamsi nihil specialiter dictum sit, ex ipso nomine juris intelligatur, *D. Grot. 2. de jur. bell. & pac. 12. n. 1.* Alterum genus est earum conventionum, quæ nomine quidem proprio carent, sed quibus præter consensum subest causa, ut hoc exprimit Jurisconsultus, *d. l. 7. §. 2.* Et hæ quoque conventiones obligationem & actionem pariunt Causam definio dationem vel factum certa lege, puta si quid tibi dedi aut feci ea lege, ut vicissim mihi aliquid dares aut faceres, uti & Jurisconsultus *d. l. 7. §. 2.* ipse hoc explicat, & innumeris locis significatur, *l. 5. per tot. l. 8. l. 15. de præscr. verb. l. 6. l. si pro fundo 33. C. de transact. l. 6. C. de rer. perm. & simil.* alias negotium dicitur, *d. l. 15. de præscr. verb.* & negotium civile, *l. 1. de æstim. act.* id est, tale, quod cōstituit συνάλλαγμα: unde obligatio & actio civilis; ne quis hic somniet de causa impellente aut finali, quę paciscentes movit: nam talis causa etiam in nudis pactis est; ut, dabo tibi Stichum, tu, mihi Pamphilum: dabo tibi equum, tu mihi insulam facies: dabo tibi partem bonorum ut à lite discedas, *l. 21. C. de pact. l. 28. C. de transact.* Videamus autem ne definitio contractus à nobis proposita nimis lata sit. Nam Labeo in *l. 19. de verb. sign.* contractum sic definit, ut dicat, esse ultro citroque obligationem, id est, negotium, unde ultro citroque obligatio nascitur: at nostra definitio etiam ea negotia complectitur, ex quibus unus tantum obligatur, qualia sunt mutuum & stipulatio, quæ Labeo *d. loc.* expresse à contractu distinguit. Sed animadvertendum est, Labeonem eo loco non definire generaliter, quid sit contractus, aut quæ sit propria hujus verbi significatio, sed quid prætor eo verbo significet, cum hæc tria finitimæ significationis in edicto conjungit, actum, contractum, gestum. Nam cum hæc singula per se posita & vi sua generalia sint, apparet, Labeonem ea non ex propria significatione, sed ex sententia prætoris illa conjungentis distinguendo ad certas species referre, verbumque contractus ad eas species traducere contractuum, quæ mutuam obligationem pariunt. Nos vero hoc certo tenebimus, substantiam contractus in eo non consistere, ut ultro citroque obliget. sed non minus propriè si unus tantum alteri, quam si invicem contrahentes inter se ex conventione obligentur, contractam dici obligationem, & negotium ipsum appellari & esse contractum: id quod satis ostendit vetus & recepta contractuum divisio, *hoc text. & in l. 1. cod.* proposita, *item in l. 1. §. pen. de pact.* Apparet autem ex disputatione 10
Ulpiani, in *d. l. 7. §. 1. 2. de pact.* unde nostra contractus definitio sumpta est, neque pacta legitima, neque ea, quæ contractibus adjiciuntur, contractus esse aut cum contractibus confundenda; sed esse & manere pacta nuda: quamvis enim communem vim obligandi cum contractibus habeant: tamen neque in proprium nomen transeunt, nec causam, cur dare aut facere debeas, ullam habent præter conventionem: utique si per se spectentur, illa sine adminiculo legis, hæc sejuncta à contractu, in quo fiunt. Cæterum DD. hæc etiam pacta vestiverunt, alterum vestimento assistentiæ legis, alterum cohærentiæ contractus: quippe qui nuda ea pacta sola appellant, quæ efficaciam obligandi non habent, & in terminis juris gentium manserunt. Quod etsi ratione non caret, tamen veteres omnem conventionem extra contractum, non alio nomine, quam nudi pacti simpliciter appellare solent, etiam quæ obligandi efficacitatem habet, *l. 6. l. 7. §. 5. de pact. l. 10. l. 13. C. eod. l. etiam 30. de usur. l. 12. C. eod. l 6. C. jur. act.*
Usu jam pridem receptum esse constat, ut etiam ex 11
nudo & simplici pacto actio detur, ita ut pacti nunc eadem vis sit, quæ stipulationis. Tantum meminerimus, distinguendas esse promissiones serias, meditatas & utiles, ab inconsideratis, temerariis atque inutilibus, cum quis non dispositivè, ut loquuntur, nec serio, sed vel narrativè, vel per Jocum & aliud agens aliquid pronunciat, ut ex illis tantum, non ex his obligatio & actio nascatur. Et hoc etiam jure Canonico satis expresse cautum est *c. 1. & c. 3. x. de pact.* & videmus, pleraque etiam alia ad simplicitatem juris gentium hodie reducta. Connanus vir eruditione minimè vulgari præditus existimat, ne jure quidem

dem gentium ex nuda conventione obligationem oriri, *lib. 5. comm. c.* 1. ſed ei occurritur à D. Grotio *lib. 2. de jur. belli & pac. c.11.*

12 *Aut re contrahitur aut verbis, &c.*] Ὑποδιαίρεσις primæ ſpeciei, id eſt, earum obligationum, quæ ſunt ex contractu ſumpta à cauſis obligationem ex contractu proximè conſtituentibus: nam contractus quidam re perficiuntur, quidam verbis, quidam literis: id eſt, obligationem tum demum producunt, cum vel res, vel certa verba, vel ſcriptura intervenerit: quidam conſenſu fiunt, id eſt, præter conſenſum quomodocumque declaratum ad ſui perfectionem nihil deſiderant. Itaque propoſita diviſio non ſic accipienda eſt, quaſi in ea obligationes, quæ conſenſu dicuntur contrahi, opponantur obligationibus, quæ non contrahuntur conſenſu: nullus enim contractus, nullave obligatio ex contractu ſine conſenſu eſſe poteſt, *l. 1. §. pen. de pact.* ſed ita, ut obligationibus, quæ non ſolo conſenſu fiunt, ſed præter conſenſum rem, verba aut literas requirunt, oppoſitam intelligamus eam ſpeciem, quæ ſolo conſenſu contrahitur, nihil amplius ad conſtitutionem obligationis deſiderans. Denominatæ enim ſunt hæ ſpecies ab eo, quod cujusque proprium eſt, & in unamquaque eminet.

Aut literis] Hanc ſpeciem obligationis videntur veteres comprehendiſſe ſub ea, quæ re contrahitur; quoniam ex literarum obligatione qui agit, pecuniam petit ut mutuam. Certè plurium, quæ ex contractu ſint, illi non meminerunt, quam harum trium, re, verbis, conſenſu, *l. 1. §. 1. l. 4. hoc tit. l. 1. §. 3. de pact. l. 8. §. 1. de fidejuſſ. l. 1. §. 1. de novat.* Et tamen hanc obligationem jam tum in uſu fuiſſe conſtat ex *tit. C. de non. num. pec.*

Titulus XV.

D. lib. 12. t. 1. lib. 13. t. 6. & 7. lib. 16. t. 3. Cod. lib. 4. t. 1. 23. & 24. 34.

Quibus modis re contrahitur obligatio.

Continuatio. Quando obligatio dicatur re contrahi: & quæ obligationes huc pertineant.

HOc titulo exponitur prima ſpecies obligationum, quæ non ex ſolo conſenſu naſcuntur, ſed demum cum aliquid ad conventionem acceſſit, illæ nimirum, quæ naſcuntur ex contractibus, qui præter conſenſum rei, interventum ad perfectionem ſui requirunt; quæ obligationes ob id re contrahi dicuntur. Quid ſit re obligationem contrahi, nulla certa definitione, ſed exemplis oſtenditur. Rectius feciſſent Compoſitores, ſi primum commoda aliqua definitione rem declaraſſent, ac tum ſingulas enumeraſſent ſpecies: nam utrumque ad genus aliquod & ſpecies ejus generis cognoſcendas eſt neceſſarium. Nunc & inſufficiens videtur enumeratio ſpecierum, & difficilis eſt omiſſarum inveſtigatio. Poteſt autem hæc obligatio ſic deſcribi; Obligatio re contrahitur, cum datum aliquod aut factum ad conſenſum accedens obligationem inducit. Rem enim hic generaliter accipimus, ut & facta comprehendat. Neque vero obligationes illæ ſolæ huc pertinent, quæ ex contractibus nominatis, qui hic memorantur, mutuo, commodato, depoſito, pignore, naſcuntur; ſed etiam quæ ex contractibus innominatis: ex quibus omnibus obligationem non naſci conſtat, niſi datum aliquod aut factum ad conventionem acceſſerit, *l. 1. §. 2. de rer. permut. l. 3. C. eod. l. 7. §. 2. de pact. l. 5. & paſſ. de præſcr. verb.* diſerteque Paulus *in d. l. 1. §. 2. de rer. permut.* hac nota permutationem diſtinguit ab iis contractibus, qui nudo conſenſu perficiuntur, quod in permutatione res tradita demum initium obligationi præbet. Videri tamen poſſunt veteres propriè & in ſpecie tunc obligationem re contrahi dixiſſe, cum res tradita vel in genere vel in ſpecie reddenda eſt: ideoque ſolummodo quatuor illos hujus generis contractus nominatos, quorum id proprium eſt, mutuum, quo id agitur, ut res ejusdem generis, commodatum, depoſitum, pignus, quibus agitur, ut eadem ſpecies reſtituatur, huc retuliſſe, *l. 1. §. 2. cum 2. ſeqq. de obl. & act.* quod & Juſtinianus ſecutus ſit. Conventio reſtituendi titulo & nomine contractus incluſa eſt.

Textus.

De mutuo.

Re contrahitur obligatio, veluti mutui datione. Mutui autem datio in iis rebus conſiſtit, quæ pondere, numero, menſurave conſtant; veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, ære, argento, auro, quas res aut numerando, aut metiendo, aut appendendo in hoc damus, ut accipientium fiant. Et quoniam nobis non eædem res, ſed aliæ ejusdem naturæ & qualitates redduntur, inde etiam mutuum appellatum eſt: quia ita à me tibi datur, ut ex meo tuum fiat: & ex eo contractu

naſci-

nascitur actio, quæ vocatur certi condictio.

NOTÆ.

RE CONTRAHITUR] Ex Cajo *l. 1. de obl. & act.* Re contrahi obligatio dicitur, cum datio aliqua aut factum ad consensum accedens obligationem inducit, *l. 2. §. 3. de reb. cred. l. 1. §. 2. de rer. perm. l. 5. §. 2. & seqq. l. 8. in fin. de præscr. verb.* & propriè, cum res tradita vel in genere, ut in mutuo; vel in specie, ut in commodato, deposito pignore, reddenda est.

PONDERE, NUMERO, &c.] Quoniam hæ res ita comparatæ sunt, ut aliæ aliarum vice fungantur, & mutuo tantundem præstent; quod non item contingit in aliis: quibus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest, *l. 2. §. 1. de reb. cred.*

CERTI CONDICTIO] Mutuum contractus est μονόπλευρος, eum solum obligans, qui mutuum accepit; ac proinde una tantum hinc nascitur actio, quæ appellatur certi condictio. Si stipulatio numerationi adjecta, non ex numeratione, sed ex stipulatione nascitur, *l. 6. & 7. de novat.* ejusdem tamen naturæ actio est, idemque nomen obtinet, *inf. tit. pr. l. 9. l. 24. de reb. cred.*

COMMENTARIUS.

MUtuum est contractus, quo res, quæ pondere, numero, mensura constant, alicui ita dantur, ut ejus fiant ea lege, ut is quandoque reposcenti creditori tantundem ex eodem genere reddat. Constituitur mutuum non solo ac nudo consensu, sed rem intervenire ac tradi oportet, puta pecuniam numerari &c. quod Paulus sic expressit, *mutuum non potest esse, nisi pecunia proficiscatur, l. 2. §. 3. de reb. cred.* Atque in tantum hoc obtinet, ut nec ultra, quam datum est, obligatio contrahi possit; veluti si tibi dederim decem, ut undecim reddas, non amplius quam decem condici poterunt, *l. 11. §. 1. eod. tit. l. si tibi 17. de pact.* Quod si simpliciter convenerit, ut tibi certam pecuniæ summam mutuo darem, hæc conventio mutuum non est, sed nuda pactio, nec nomen, nec συνάλλαγμα habens, ac proinde nec eum, qui se daturum promisit, extra stipulationem jure civili obligat, *per vulgat.* Planè, si pecunia apud aliquem jam sit, verbi gratia ex causa depositi, potest ea nuda voluntate transferre, & converti in causam mutui fictione brevis manus, *l. 9. §. ult. de reb. cred.* In hoc igitur causam efficientem & simul rei gerendæ formam communem cernere licet. Illud notandum, mutuum non semper accipi pro ipso contractu, sed sæpè etiam pro re mutuo data: quod etiam accidit deposito, commodato, pignori.

Quæ pondere, numero, mensura] Materia mutui sunt res, quæ pondere, numero, mensura constant, id est, quæ ex certo pondere, numero, mensura æstimantur, & hoc modo sunt in commercio, ut vinum, oleum, frumentum, pecunia numerata. Non 2
autem res omnes, quæ appendi, numerari, &c. possunt: alioqui nihil ferè esset, in quo mutuum non consisteret: aliud scilicet est, pondus, numerum, mensuram habere; aliud, ex pondere, &c. constare. Glossa in *l. 2. §. 1. de reb. cred.* negat, panes ad numerum mutuo dari posse: quod alii contra simpliciter affirmant, sed rectè Bart. in *d. l. 2 §. 1.* sic distinguendum censet, ut si panes limitatam in civitate quantitatem habeant, id est, definitum pondus, possit in his mutuum consistere ad numerum: sin minus, non nisi ad pondus. Ideo autem in his rebus duntaxat mutui datio consistit, *quoniam earum datione possumus in creditum ire, eo quod functionem eandem in genere recipiunt per solutionem, quam in specie;* 3
id est, quoniam hæ res natura ita comparatæ sunt, ut aliæ aliarum vice fungantur, ita ut re ejusdem generis soluta, non aliud, sed idem, quod creditum est, videatur redditum: quod secus est in cæteris rebus. Nullæ enim aliæ res tam sunt æqualis æstimationis, ut in suo genere solutæ, aliæ aliarum vice fungantur, & mutuo tantundem præstent: ideoque si non eadem

eadem res, quæ accepta est, sed alia ejusdem generis redderetur, aliud pro alio solveretur; quod non licet invito creditore. Ad hunc modum disputat Paul. in
4 *d. l. 2. §. 1. de reb. cred.* Doctissimus Salmasius *lib. de usur. cap. 1.* textum emendat; & pro *functionem recipiunt*, reponit *suffectionem recipiunt*; ne bis idem dici videatur, cum idem sit, ut ait, solutio, quod functio. In quo, viro clarissimo assentiri non possum. Primum quia functionis verbum latius patet, quam solutionis, & ad omnia refertur, quæ vice mutua tantundem præstant, aut quorum alterum alterius vicem explet, *l. 6. de reb. cred.* etiam ubi nulla intervenit solutio: veluti cum pignoribus fungi dicimur in vicem satisdationis, *l. 7. de prat. stip.* vel noxæ deditione fungi, *l. liber homo 37. §. 1. ad leg. Aquil. §. 2. Inst. de nox. act.* Deinde quia Jurisconsultus ita ut ibi loquitur, loqui non potuit, nisi & quod acceptum in specie redditur, rectè dicatur suffici. Sed in his non sunt positæ opes Græciæ. Forma
5 hujus contractus propria consistit in ipsa mutui datione, sive dominii rerum in accipientem translatione. Idque adeo mutui proprium esse creditum est, ut etiam nomen ab eo acceperit. *quod de meo tuum fiat, d. l. 2. §. 2. de reb. cred.* Ex hoc autem intelligimus, & eum, qui credit, dominum esse oportere, & eo animo rem tradi accipique, ut is qui accepit, dominus fiat, *d. l. 2. §. pen. l. in omnibus 55. de obl. & act.*
6 *junct. l. si ego 18. §. 1. de reb. cred.* Enimvero si debitorem meum jussero tibi dare pecuniam, aut si inter nos convenerit, ut pecuniam ex mandati causa debitam crediti nomine retineas, obligaberis mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Item si lancem tibi vendendam dederim, ut nummis utereris, perinde mihi obligaberis, ac si vendidissem ipse, pretiumque tibi tradidissem. Admissa enim est in his omnibus fictio brevis manus, auctore Ulpiano in *l. 11. & l. 15. de reb. cred.* Quanquam difficilior videtur Africanus in *l. qui negotia 34. mand.* vid. *Cujac. tract. 8. ad African.* Illud quoque utilitatis causa receptum, ut si v. c. nummi alieni crediti fuerint, iis bona fide consumptis mutuum confirmetur, & condictio nascatur: & generaliter, ut quod numeranti præstat pecuniæ translatio, hoc ea ab initio non translata præstet consumptio, *l. 11. in fin. & 2. ll. seqq. l. 19. §. 1. de reb. cred. l. 17. de solut.* Finis est, ut is qui
7 rem mutuo accepit, pro commodo suo ea uti, eamque consumere possit, atque ut aliquanto post rem ex eodem genere, & tantumdem (quo æquè bonam quoque intelligimus) creditori reddat, *d. l. 2. in pr. de reb. cred. l. 1. §. 2. de obl. & act.* quod ipsum natura obligationis mutui continetur, licet de eo nihil nominatim convenerit, *l. 3. de reb. cred.* Ad effectum quod attinet, transit rei mutuo datæ dominium in debitorem cum obligatione restituendi rem ejusdem generis. Unde est, quod rei, quam mutuo accepit, interitu non liberatur, § *2. hoc tit. l. 1. §. 4. de obl. & act.* nimirum duplici de causa: tum quia regulare est, ut res pereat suo domino: *l. 9. C. de pign. act.* tum quia mutui debitor, generis debitor est: genus autem nunquam perit, *l. 11. C. si cert. pet.* Creditori hoc nomine acquiritur actio, quæ vocatur certi condictio, *hoc text. in fin.*

Numerando, metiendo, &c.] Quod si v. c. obsignatæ dentur custodiendæ, naturam cujusque corporis imitantur, & tum depositum est.

Ut accipientium fiant] Quæ res mutuo dantur, in hoc dantur, ut accipientis fiant, *l. 1. §. 2. de obl. & act. l. 2. de reb. cred.* Cujus rei ratio est, quia nisi ea lege darentur, ne uti quidem illis liceret, quoniam usus earum sine consumptione planè nullus est.

Non eadem res] In mutuo non hoc agitur, ut res eadem numero, quæ data est, reddatur, sicuti in commodato, deposito, pignore, sed alia ejusdem generis; seu, ut veteres loquuntur, mutuum damus non recepturi eandem speciem, sed idem genus, *d. l. 2. de reb. cred.* alioqui ex causa mutui nulla fieret alienatio. Secundum quod Ulpianus respondet, non alienari nummos, qui sic dantur, ut restituantur, *l. qui sic 55. de solut.* Quod tamen non eo pertinet, ut 8
non liceat debitori eandem speciem, quæ accepta est, si fortè ea usus non sit, creditori restituere, atque eo modo se liberare, quasi hoc sit contra conventionem, ut putabat Azo; nam totum hoc solius debitoris gratia cautum intelligitur, ut scilicet ille re mutua utatur, si velit: sin autem usus non sit, nihil prohibet, quominus eandem reddat, dum reddat non deteriorem: sic enim vel maximè res ejusdem generis ejusdemque bonitatis redditur, quod solum hujus contractus obligatio exigit, *Joan. Bart. in d. l. 3. n. 3. Zas. n. 9. Don. n. 5.* Porro dum res reddatur ejusdem 9
generis, eademque bonitate, idque suo loco ac tempore, aut alias ante litem contestatam, quantacumque sit præsens æstimatio, debitor liberatur, ita ut æstimatio præcedentis temporis in quæstionem non veniat, sed & auctæ commodum & incommodum deminutæ, pertineat ad creditorem, per *l. vinum 22. de reb. cred.* quippe æstimatio extra rem est, magisque proficiscitur ex rerum copia aut inopia, quam bonitate, *Don. ad d. l. 3. n. 5. & seq.* At enim æstimatio, quia credita non est, pro re credita invito creditori obtrudi non potest, *arg. l. 2. §. 1. l. 1. de rer. perm. DD. comm. in d. l. vinum. VVesemb. par. de reb. cred. num. 12.* quamvis contrarium usus servet. *Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 1. c. 2. n. 22.* Quod si 10
tamen necesse sit condemnationem fieri in rei petitæ æstimationem, qui fortè res præstari non possit, aut commutata præcedentis temporis æstimatio, quam æquum sit actorem consequi, in ea ineunda

tempus litis contestatæ spectandum erit, &, si mora facta sit, quantum æstimatio postea crevit, præstandum, *d. l. Vinum l. ult. de cond. tritic. l. quoties 59. de Verb. obl. l. 37. mandat.* Specialem rationem in nummis mutuo acceptis habet, quod eos necesse non sit reddi in eadem forma aut materia, nisi creditor ex ea re damnum aliquod passurus sit, *l. creditorem 99. de solut. arg. l. quæ extrinsecus 65. §. 1. de Verb. oblig.* Quippe etiam tunc intelligitur idem genus nummorum redditum, cum v. c. pro aureis creditis tot argentei redditi sunt, qui eandem quantitatem efficiunt, puta pro uno aureo, qui valeat decem argenteos, totidem argentei probi & locabiles. Nam nummus non tam ex materia æstimatur, quam ex hominum instituto seu valore imposititio. Id est, in nummis non tam inspicitur corpus, materia, numerus, qualitas, quam potestas, valor, seu æstimatio, *l. 1. de contr. empt.* ut proinde, qui aureum debet, non præcisè corpus hujusmodi debere intelligatur, sed potius ipsius valorem seu potestatem publica lege ei impositam. Sic accipiendum illud Senecæ *6. de benef. c. 5. pecuniam dicimur reddidisse, quamvis numeravimus pro argenteis aureos, &c.* Cæterum ita demum nummos mutuo acceptos solvere in alia forma aut materia licet, si id fiat sine injuria creditoris: si damnum ex ea re passurus sit creditor, non licet, juxta responsum Pauli *d. l. creditorem 99. de solut.* Atque hinc pendet

12 decisio nobilissimæ quæstionis, si post contractum æstimatio nummorum creverit aut decreverit, utrum in solutione facienda spectare oporteat valorem, quem habebant tempore contractus, an qui nunc est tempore solutionis: intellige si nihil de ea re expressè dictum sit, neque mora intervenerit. Car. Molinæus *tract. de usur. n. 693. & seqq. Hotom. illustr. quest. 15. Don. ad l. 3. de reb. cred. num. 10. & 11.* contendunt tempus contractus inspiciendum esse, id est, ea æstimatione nummos reddendos, non quæ nunc est, sed quæ initio fuit, cum dabantur. Nimirum nihil illi in pecunia numerata præter æstimationem considerandum putant, totamque nummi bonitatem in hac ipsa æstimatione consistere: ac proinde creditori non facere injuriam, qui eandem æstimationem, quam accepit, reddit: tantum enim reddere eum, quantum accepit, quod ad solutionem mutui sit satis. Itaque secundum horum sententiam, si 100. aurei mutuo dati sint, cum aureus valebat asses 50. reddantur autem, cum singuli valent asses 55. debitor reddens creditori aureos 90. aut in singulos aureos 50. asses reddit, quantum accepit, & liberatur: & vicissim si imminuta sit ad eundem modum aureorum æstimatio, non liberatur, nisi reddat aureos 110, aut in singulos aureos asses 55. Bartolus vero in *l. Paulus 101. de solut. Bald. in l. res in dotem 42. de jur. dot. Castr. in lib. 3. de reb. cred. & DD. comm.* ut videre est apud *Boer. decis. 327.* contra censent, spectandum esse in proposito tempus solutionis, id est, aucto vel deminuto nummorum valore, ea æstimatione reddi eos oportere, non quæ tunc fuit, cum dabantur, sed quæ nunc est, cum solvuntur, neque aliud statui posse sine creditoris aut debitoris injuria. Quæ sententia, ut mihi videtur, & verior & æquior est. Nam quod contrariæ sententiæ auctores unicum urgent, in nummis non materiæ, sed solius æstimationis imposititiæ atque externæ, quam ob id vulgo extrinsecam nummi bonitatem vocant, rationem duci, nummumque nihil aliud esse, quam quod publicè valet, vereor, ut simpliciter verum sit. Utique enim materia numismatis fundamentum est & causa valoris: quippe qui variatur pro diversitate materiæ: oportetque valorem hunc justa aliqua proportione materiæ respondere: neque in bene constituta repub. nummo ea æstimatio imponi debet, quæ pretium materiæ, ex qua cuditur, superet, aut superet ultra modum expensarum, quæ in signanda pecunia fiunt; quod ad singularum specierum valorem parum addere potest. *Vid. Covar. de vet. coll. numism. cap. 7. num. 7.* Sed hoc ad actus & præstationes privatorum non pertinet. Illud pertinet, quod si dicimus, creditis nummis nihil præter æstimationem eorum creditum intelligi, necessario sequitur, creditorem teneri in alia forma aut materia nummos accipere contra definitionem Pauli in *d. l. 99. de solut.* etiamsi damnum ex eo passurus sit: nam qui recipit quod credidit, nihil habet quod conquerebatur. Sequitur & hoc, si contingat mutari nummorum bonitatem intrinsecam, id est, si valore veteri retento percutiantur novi nummi ex deteriore materia, quam ex qua cusi, qui dati sunt, puta si qui dati sunt, cusi fuerint ex puro auro, postea alii feriantur ex auro minus puro & mixto ex ære, debitorem restituendo tot mixtos & contaminatos, quot ille puros accepit, liberari cum insigni injuria creditoris: & contra interpp. pene omnium doctrinam, qui hoc casu solutionem faciendam esse statuunt ad valorem intrinsecum monetæ, qui currebat tempore contractus, testibus *Gail. 2. obs. 73. n. 6. & 7. Borcholt. de feud. ad cap. un. quæ sunt regal. num. 62.* Illud enim maximè in hac disputatione considerandum est, quoniam hic finis nummi principalis est, ut serviat rebus necessariis comparandis, auctore Aristotele 1. *Polit. 6.* quod mutata monetæ bonitate sive extrinseca sive intrinseca, pretia rerum omnium mutentur, & pro modo auctæ aut imminutæ bonitatis nummorum crescant aut decrescant: quod ipsa docet experientia: eoque facit *l. 2. C. de vet. num. pot. lib. 11.* Crescunt rerum pretia, si deterior materia electa, aut manente eadem materia valor auctus sit: decrescunt electu materiæ melioris, aut

aut si eadem bonitate materiæ manente valor imminutus fuerit. Fallitur enim imperitum vulgus, dum sibi persuadet, ex augmento valoris aurei aliquid sibi lucri accedere. Hoc autem fundamento posito, siquidem neutri contrahentium injuriam fieri volumus, ita definiendum videtur, ut si bonitas monetæ intrinseca mutata sit, tempus contractus, si extrinseca, id est, valor impositius, tempus solutionis in solutione facienda spectari debeat. Atque ita sæpissimè judicatum est. *Boër. decis. 327. Ann. Robert. lib. 1. rer. jud. c. ult. Mynsi. 4. obs. 1. Gail. d. obs. n. 6. & seqq. Borcholt. ad d. un. quæ sunt regat. n. 58. & seqq. Christin. vol. 3. dec. 1. n. 2. D. Jac. Coren. dec. Cur. supr. Holl. 23.*

13 *Ejusdem naturæ qualitatis*] Id est, ejusdem generis & eadem bonitate. Luc. c. 6. vers. 34. δανείζωσιν ἵνα ἀπολάβωσι τὰ ἴσα. Atque horum alterum, ut res ejusdem generis reddantur, mutuo essentiale est, *l. 2. de reb. cred.* alterum, ut eadem bonitate, natura quidem mutui continetur, sed de substantia sive essentia mutui non est, *l. 3. eod.* Itaque prius pacto mutari non potest, quin in alium contractum res abeat. Nam si hoc actum, v. c. ut pro oleo vinum, aut frumentum pro vino redderetur, non mutuum, sed permutatio est, *l. pen. C. de rer. perm.* sive contractus Do ut des, *l. 5. §. 1. de præscr. verb.* Posterius potest salvo manente mutuo, ad cujus substantiam hoc solum requiritur, ut debeatur idem genus, *d. l. 2. arg. d. l. 3. junct. d. l. 5. §. 4.* Quæ in contractibus sint substantialia, quæ naturalia, quæ accidentalia, ex communi sententia tradit *Gab. Mudæus tract. de contr. empt. part. 5. n. 13. & seq. Phil. Matth. ad l. 27. de reg. jur. Bellon. 1. supput. c. 5.*

14 *Ut ex meo tuum fiat*] Bella hæc Jurisconsulti in *d. l. 2. §. 2.* allusio est, non vera hujus verbi originatio, quod Varro *lib. 4. de Ling. Lat.* à voce Sicula μοῖτον deducit; *Si datur,* inquit, *quod reddatur, mutuum est, quod Siculi μοῖτον.* Sed & hoc ipsum videtur esse ex μοὶ & τὸν pro τὶν. *Grot. Flor. spars.* De quo plura D. Salmasius *lib. de usur. c. 1.* Cave autem credas, quod idem ibidem asserit, in mutuo de meo tuum non fieri: imo nisi de meo tuum fiat, non est mutuum, *d. l. 2. & passim de reb. cred.* sed vid. notata sub §. *ul. sup. quib. alien. lic.* D. Cujac. *11. obs. 37.* à mutatione potius dictum existimat, quod mutetur hoc genere pecunia, cum pecunia, dum par quantitas accipitur & redditur: quo etiam alludere videtur Cic. in epist. quadam ad Q. Metellum his verbis; *Quod autem scribis pro mutuo inter nos animo; quid tu existimes esse in amicitia mutuum, nescio. Equidem hoc arbitror, cum par voluntas accipitur & redditur.* Sed & verbum *mutare* à Siculo μοιτᾶν suum fecisse videntur Latini. *D. Salmasius d. loc.*

Quæ vocatur certi condictio] Mutuum contractus est μονόπλευρος, ex uno tantum latere obligationem pariens, non ultro citroque: nam is solus ex hoc contractu obligatur, qui mutuum accepit, & adversus hunc mutuanti datur illa actio, quam Justinianus ait vocari certi condictionem. De hac condi- 15
ctione magna est, licet non adeo magni momenti, quæstio, utrum scilicet specialis ea sit, an generalis; id est, utrum condictio certi ex mutuo propriam & distinctam naturam ab aliis certi condictionibus habeat, an sit ejusdem naturæ in genere cum cæteris, & cum his, ex quacumque causa competant, sub communi genere condictionis certi contineatur. Prius placet interpretibus Citramontanis, duplicem certi condictionem statuentibus, unam specialem, quæ competat ex causa mutui (addunt aliqui & eam, quæ competit ex causa stipulationis, *inf. de verb. obl. in pr.*) alteram generalem, quæ competat ex causis & obligationibus cæteris, ex quibus certum debetur; quam superiori, ut speciem diversæ naturæ, opponunt *Accurs. Bart. Castr. Jas. in l. 9. de reb. cred. Cyn. Salic. ad rubr. C. si cert. pet.* Posterius vero Ultramontanis visum est, qui unum duntaxat commune genus certi condictionis agnoscunt, sub quo tam ea, quæ ex mutuo aut stipulatione, quam quæ ex aliis causis competit, contineatur, & ejusdem naturæ: quæ sententia verior est, per *l. 24. d. reb. cred. 5. §. 4. de obl. & act. & d. l. 9. de reb. cred.* qui locus apertè ostendit, in genere unam esse certi condictionem, in quo, quæcumque sit causa petendi, petitio omnis certi conveniat, sive petatur ex mutuo, sive ex stipulatione, sive ex causa legati, sive ex causa furtiva, &c. Quod si pro diversitate causæ agendi, quod medium concludendi Bartolus vocat, condictionem certi distinguere velimus, quod per me licet, tot erunt ejus species statuendæ, quot sunt causæ agendi propriæ. Putavit Bartolus, condictionis certi ex mutuo hoc proprium esse, quod in ea instituenda speciali medio concludendi utendum sit, videlicet quia mutuavi: in cæteris vero speciebus, & condictione certi generali sufficere, si dicam me certum petere. Quod falsum est. Utique enim cum, exempli gratia, centum peto ex causa legati, utorque in eo condictione certi, concludere debeo, quia mihi legata, ut actio, speciem futuræ litis demonstret, *arg. l. 3. C. de edend. Zas. ad d. l. 9. de reb. cred. n. 9. & seq. Don. ibid. n. 4. & seq. Gœdd. de contr. stipulat. c. 11. conclusion. 2.*

TEXTUS.

De indebito soluto.

1. Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur,

 datur-

daturque agenti contra eum propter repetitionem condictitia actio. Nam perinde ei condici potest, si apparet, eum dare oportere, ac si mutuum accepisset. Unde pupillus, si ei sine tutoris auctoritate indebitum per errorem datum est, non tenebitur indebiti condictione, non magis quam mutui datione. Sed hæc species obligationis non videtur ex contractu consistere; cum is, qui solvendi animo dat, magis voluerit negotium distrahere, quam contrahere.

NOTÆ.

1. PER ERROREM] Rectè *per errorem:* nam qui sciens se non debere solvit, non repetit, *l. 1. §. 1. l. 26. §. 3. de cond. ind.* propterea quod donasse censetur, *l. 53. de reg. jur.* Errorem an facti duntaxat intelligere debeamus, an etiam juris, *v. inf. de obl. quæ. q. ex contr. §. 6.*

ACSI MUTUUM ACCEPISSET] Quod Cajus sic expressit, *eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus, l. 5. §. 3. de obl. & act.* Unde Cujac. 8. *obs 34. & par. C. de cond ind.* solutionem indebiti factam in iis, quæ pondere, numero, &c. constant, promutuum vocat. Quod si aliæ res solvantur, quibus in creditum non itur, promutuum non est: & agendum sola condictione indebiti.

NON VIDETUR EX CONTRACTU] Vid. *inf. de obl. quæ qua. ex. contr. §. 6.*

COMMENTARIUS.

PEr occasionem disputationis de mutuo subjicitur hic aliquid de indebito per errorem soluto, ut ex textu apparet. Habet enim solutio indebiti multa cum mutui datione communia, quæ congessit *Cujacius 8. observ. 34.* Duo hic referuntur, ut statim videbimus. Cæteroquin non est hujus loci proprium, tractare de obligatione ejus, qui indebitam pecuniam quasi à debitore accepit: quippe quæ obligatio non est ex vero contractu, sed quasi ex contractu oritur, ut demonstrabitur suo loco. Planè, si quis dubitans nominatim hac lege solverit, ut si postea appareret esse indebitum, redderetur, hoc casu magis est, ut ex vero contractu accipiens obligetur.

Re obligatur] Requiritur enim ad hanc obligationem producendam, ut quid solutum sit, sive naturaliter datum & præstitum solutionis causa, tanquam debitum.

Condictitia actio] Id est, condictio indebiti. Actio enim condictitia idem valet, quod condictio, *l. si quis 24. de reb. cred. l. 7. de cond. ca. dat. §. 24. & seq. inf. de act.*

Perinde ac si mutuum] Prima convenientia indebiti soluti cum mutuo ex duabus, quarum hic fit mentio. Sic Gajus in *l. 5. §. 3. de obl. & act.* scribit, eum, qui non debitum accepit, eadem actione teneri, qua debitores creditoribus: ubi debitorum & creditorum nomen strictè ad mutui duntaxat causam refertur. Enimvero & qui indebitum accepit, & qui mutuum, tenentur quidem eadem actione, quod attinet ad idem actionis genus: uterque enim tenetur condictione certi: cæterum pro causæ petendi diversitate sunt etiam hæ diversæ species condictionis certi, condictio ex mutuo & condictio indebiti: differunt enim mutuum & solutio indebiti ratione objecti: siquidem mutuum earum tantum rerum est, quæ pondere, numero, mensura constant: solvi autem per errorem quasi debita etiam quævis alia possunt, & soluta condici, quibus in creditum non itur. Quamobrem non satis causæ video, cur solutionem indebiti pro *mutuum* Cujac. vocet.

Unde pupillus, &c.] Altera indebiti soluti cum mutuo similitudo. Ut pupillus mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate accipiendo non obligatur, *l. 59. de obl. & act.* ita nec accipiendo pecuniam indebitam; nisi solutione factus sit locupletior, *l. 13. §. 1. de cond. ind.* quod generale est, *l. 5. de auct. tut. l. 4. §. 4. de dol. exc.*

Non videtur ex contractu] Ideoque melius à Gajo collocatur in earum classe, quæ quasi ex contractu nascuntur, *l. 5. §. 3. de obl. & act.* Sed & à Justiniano ob hanc causam infra in eodem ordine repetita est, *t. 28. hujus lib.* ubi nos etiam accuratius de ea disputamus.

TEXTUS.

De commodato.

2. *Item is, cui res aliqua utenda datur, id est, commodatur, re obligatur, & tenetur commodati actione. Sed is ab eo, qui mutuum accepit, longè distat: namque non ita res datur, ut ejus fiat; & ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. Et is quidem qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu amiserit quod accepit, veluti incendio, ruina, naufragio, aut latronum hostiumve incursu, nihilominus obligatus manet. At is, qui utendum accepit, sanè qui-*

quidem exactam diligentiam custodiendæ rei præstare tenetur: nec sufficit ei, tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterat eam rem custodire. Sed propter majorem vim, majoresve casus, non tenetur, si modo non ipsius culpa is casus intervenerit: altoqui si id, quod tibi commodatum est domi peregre tecum ferre malueris, & vel incursu hostium prædonumve, vel naufragio amiseris: dubium non est, quin de restituenda ea re tenearis. Commodata autem res tunc propriè intelligitur, si nulla mercede accepta vel constituta res tibi utenda data est: alioqui mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur. Gratuitum enim debet esse commodatum.

NOTÆ.

2. ITEM IS, CUI RES, &c.] Ex Cajo *l. 1. §. 3. de obl. & act.*

RE IPSA RESTITUENDA] Quoniam qui commodato dat, rei proprietatem retinet, *l. 8. & 9. commod.* qui mutuo, rem facit accipientis.

QUI MUTUUM ACCEPIT, SI FORTUITO CASU, &c.] Tum quia res regulariter perit suo domino, *l. 9. C. de pign. act.* tum quia mutui debitor, generis debitor est, quod perire non potest, *l. 11. C. si cert. pet.* nam genus non est quid materiale, sed intellectuale, quod passionem non recipit.

MODO ALIUS DILIGENTIOR] Continet hic locus descriptionem diligentiæ summæ, cui opponitur culpa levissima, id est, cum quis alias mediocriter diligens, in eo peccat, quod vir diligentissimus vitare potuisset. In summa commodatarius præstat & dolum & omnem culpam: excipe species in *d. l. 5. §. 10. & d. l. 18. in fin. prac. commod.*

NULLA MERCEDE] Commodare enim officii est & humanitatis, *l. 17. §. 3. commod.* Petron. *Sive ergo nobis vendis, quod peto, mercator paratus est: sive quod humanius est, commodas, effice, ut beneficium debeam.* Mercede interveniente tollitur beneficium, tollitur gratia, quæ sunt vincula amicitiæ, *l. 1. §. ult. mand.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid sit commodare, & quid commodatum differat à precario.*
2 *Contractuum quosdam esse μονοπλεύρους, quosdam διπλεύρους, alios medii generis.*
3 *Notatur duplex differentia inter commodatum & mutuum.*
4 *Dolum in omnibus contractibus præstari: casum fortuitum in nullo, & quid utrumque: tum an periculi nomine semper casus veniat.*
5 *Inter casus fortuitos non numerari, qui cum culpa conjuncti esse solent: & qui isti casus.*
6 *Quibus ex causis esset regula de casibus fortuitis non præstandis.*
7 *Culpa quid & quotuplex: plenius quam vulgo.*
8 *Quid culpa lata, qua & dolo proxima.*
9 *Quid culpa levis.*
10 *Quid levissima: ubi & alia minus trita.*
11 *Latam culpam non minus quam dolum in omnibus contractibus præstari, rejecta Zasii distinctione.*
12 *Qui contractus dolum duntaxat recipiant: qui vero & culpam. Tum in quibus negotiis etiam officii debitor culpam præstet, & diligentiam.*
13 *Positivos* exactus, diligens, *sæpe pro superlativis,* exactissimus, diligentissimus, *in hac disputatione poni, & contra.*
14 *Consectaria ex textu deducta.*
15 *Quando culpa à commodatario abesse intelligatur.*
16 *Commodatum proprie nullum nisi gratuitum.*

SEcunda species obligationis, quæ re contrahitur, ex quatuor, quæ hoc tit. recensentur, est obligatio commodati. Commodare est rem alicui gratis certo modo utendam dare. Est rem utendam dare; proinde non tantum res mobilis, sed etiam soli commodari potest, veluti fundus, ædes: nam & habitationem commodari posse placuit, *l. 1. §. 1. commod. l. 17. in pr. de præscrip. verb.* Quod autem utendum datur, ejus rei non dominium transfertur, sed usus tantum accipiendi ad tempus conceditur salva rei substantia & non tantum proprietatem rei commodatæ, sed etiam possessionem. *l. 8. ff. h. t.* Ex quo intelligimus, id quod usu consumitur, commodari non posse, nisi forte dicis causa ad pompam vel ostentationem, *l. 3. §. ult. l. 4. commod.* Quanquam auctores aliquando etiam in istiusmodi rebus hoc verbum usurpant, pro mutuo dare scilicet. Cicero *Verrin. 5. commodasti tritici modios sexaginta.* Ut & mutuari pro commodato accipere. *D. Salmas. cap. 7. de usur.* Deinde etiam hoc, commodatarium eam

ipsam rem, quam accepit, finito usu restituere debere. Adjecimus *gratis*, quia nisi gratuito res utenda concedatur, commodatum non est, sed aliud genus contractus, *hoc text. in fin.* Denique consulto addimus, *certo modo*, ut hac nota commodatum (quod quidam etiam sic dictum putant, quasi cum modo datum) discerneremus à precario, quo quidem & ipso res utenda datur & gratis, sed simpliciter, non ad certum usum: cujus rei hic effectus est, ut precarium statim, cum videtur, revocare liceat, etiam tunc cum ad certum tempus datum est: commodatum non liceat, nisi finito tempore utendi præscripto, *l. 1. l. 2. l. 12. de precar. junct. l. in commodato 17. §. 3. commod.* Et quia precarium nunquam transit in necessitatem obligationis, inde est, quod nec ulla jure civili eo nomine actio est, sed interdictum de precario introductum, *l. 14. de precar. l. 14. §. 11. de furt.* quod tamen cessat, cum quis de re sibi restituenda cautum habet, *l. 15. §. 3. de precar.* & tunc aget precario dans vel ex stipulatu, si stipulatione sibi caverit; vel præscriptis verbis, si pacto, *l. 2. §. 2. l. 19. §. ult. eod.* ubi vocatur condictio incerti, quia condicitur possessio rei precario rogatæ, *vid. l. 15. §. 1. l. qui exceptionem 40. §. 1. de condict. indeb.* Plane ipse commodatarius quovis tempore rem reddere potest; quippe cui licet non uti, & beneficio renuntiare.

Re obligatur] Commodate non est convenire de re utenda danda, quod nudum pactum est, sed utendam dare & tradere: unde satis intelligitur, si qua hic contrahitur obligatio, eam non solo consensu contrahi, sed re, *l. 1. §. 3. de obl. & act.*

Commodati actione] Directa scilicet. Potest enim ex hoc contractu etiam commodatario actio quæri adversus commodantem, quæ contraria dicitur, sicut in deposito quoque & pignore usu venit, item in mandato, negotiis gestis, tutela; de quibus infr.
2 suis locis. Nimirum quod hic notandum est, contractuum quidam sunt μονόπλευροι, qui ex uno tantum latere obligant; quidam διπλεύροι, qui ultro citroque; quidam mediæ inter hæc genera naturæ, ex quibus nec semper unus, nec semper uterque obligatur: quamvis & hi inter διπλεύρους numerentur, *sup. tit. de auct. tut. in princ.* Primi generis sunt mutuum & stipulatio, quorum ea natura est, ut & ab initio ex uno tantum latere obligent, eum scilicet, qui accepit aut promisit, nec ex postfacto conditionem mutent. Secundi generis sunt emptio, locatio, societas; ex quibus statim mutua nascitur obligatio. Estque in his par utriusque contrahentis in obligatione constituenda ratio. Intermedii generis sunt commodatum, depositum, pignus: qui contractus natura comparati sunt ad unum duntaxat obligandum, eum qui accepit videlicet; ut liquet ex fine principali contrahentium: neque ab initio dantem itidem obligant: sed fit tamen in his sæpe ex postfacto & accidenti, ut cōtra ille quoque, qui dedit, accipienti obligetur, veluti si accipiens in rem acceptam necessarias impensas fecerit, aut per causam rei damnum passus sit, quas impensas refundi damnumque ei sarciri æquum est, *l. in commodato 17. §. 3. l. in rebus 18. §. 2. l. pen. commod. l. si servus 31. de pign. act. l. 5. depos.* Atque hinc actiones, quibus commodatarius, depositarius, creditor pignoratitius tenentur, ut scilicet rem, quam acceperunt, restituant, nomen directarum acceperunt: quæ vero ex contrario ipsis accommodantur de indemnitate eorum adversus commodantem, deponentem debitorem, contrariæ dictæ sunt. Unde *tit. commodati vel contra, depositi vel contra*, &c. Contrariæ actiones præter pecuniariam comdemnationem ejus, quod agenti abest, nihil habent: quoniam in his de perfidia non agitur, sed tantum de indemnitate actoris: unde nec in litem in his juratur, nec damnatus ex ulla causa fit infamis, *l. 5. deposit. l. 6. in fin. de his qui notant. infam. §. penult. infr. de pœn. temere litigant.*

Ab eo qui mutuum accepit.] Notantur ex Gajo 3
l. 1. §. 4. de obl. & act. duæ differentiæ inter mutuum & commodatum. Quarum prima est, quod is qui mutuum dat, rem facit accipientis: is vero qui dat commodato, proprietatem rei retineat, *l. 8. & seq. commod.* cui proinde eadem res in specie seu eadem eodem numero finito usu restituenda sit. Altera, quod is qui mutuum accepit, fortuita amissione ejus, quod accepit, non liberetur; cujus rei ratio sub *princ. hujus tit.* indicata est: commodatarius vero liberetur, si res sine facto ejus perierit, exemplo cæterorum debitorum, qui speciem aliquam debent, *l. 5. de reb. cred. l. si ex legati 23. de verb. obl.*

Sane quidem exactam diligentiam] Si res alienæ vel aliis debitæ peremptæ, deperditæ, aut deteriores apud nos factæ fuerint, quæritur, non in commodato tantum, sed in omnibus fere contractibus & negotiis, ad cujus id damnum pertineat. Quæstio diffusa & perquam difficilis, cujus sedes in π est *l. contractus 23. de reg. jur. l. 5. §. 2. commod.* In Institutis hoc potissimum loco tractatur. De eo inter omnes convenit, aliud in proposito statuendum esse, si dolo malo, aliud si culpa debitoris, aliud si casu
fortuito quid eorum, quæ diximus contigerit. De 4
dolo & casu facilis præceptio est, culpæ difficilior explicatio. Dolus est machinatio consulto ad nocendum alteri adhibita, *l. 1. §. 2. de dol. mal.* Eum omnes contractus recipiunt, sive, quod idem valet, in omni contractu dolus præstatur, *d. l. 5. §. 2. commod. d. l. 23. de reg. jur.* Cujus definitionis hæc sententia est; Quicquid quovis in contractu dolo malo factum est à debitore, quo res periret, deterior fieret, aut deperderetur, detrimentum esse debitoris, perindeque

eum teneri, ac si nihil eorum accidisset. Adeo autem in omni judicio dolus præstatur, ut nec conventione contrarium effici possit, videlicet ne dolus præstetur, cum talis conventio sit contra bonos mores, invitetque ad delinquendum, *d. l. 23. de reg. jur. l. 1. §. illud 7. depos. l. si unus 27. §. 3. & 4. de pact.* Plane de præterito dolo pacisci licet, & actionem quæsitam remittere, *l. 7. §. si paciscar. 14. d. l. 27. §. 4. de pact.* Casus fortuiti contraria definitio est: nam ut dolus ab omnibus & in omnibus judiciis præstatur, ita contra casus fortuiti nullo judicio & à nemine præstari dicuntur, *d. l. 23. de reg. jur. in fin. l. 6. Cod. de pign. act.* ubi verba illa, *in nullo bonæ fidei judicio*, adjecta non sunt ad excludenda judicia stricti juris, per *l. 23. de verb. obl. l. 5. de reb. cred.* sed addita propter eos contractus bonæ fidei, in quibus solius debitoris utilitas versatur, cujus generis est commodatum: nam si hic non præstatur casus, multo minus illic præstari debet, ubi solius creditoris commodum vertitur, quantumvis contractus sit stricti juris, ut bene *Don. ad d. l. 6. n. 21.* casum fortuitum definimus omne, quod humano captu prævideri non potest, aut cui præviso non potest resisti, *l. in rebus 18. commod. l. ex conducto 15. §. 2. locat. d. l. 6. Cod. de pignor. act.* Alio generali nomine casus & vis major dicitur, *l. 13. in fin. de pign. act. l. si merces 25. §. vis major 6. locat. l. 1. § 4. de obl. & act.* item fatum & damnum fatale, *l. 16. de rei vind. l. 5. §. 4. commod. l. 3. §. 1. naut. caup. stab. l. 2. in fin. de peric. & commod. rei vend. cum simil.* Qui vero periculum dicit, is quidem plerumque etiam casum fortuitum intelligit, *l. 4. l. 11. de reb. cred. l. 17. §. 1. 2. pen. de præscr. verb. l. 12. & 2. seqq. de peric. & comm. l. 1. C. commod. l. 9. C. de pign. act.* Sed non semper. Nam interdum etiam periculo nostro res esse dicitur, in qua culpam præstare & maxime levissimam nos oportet, non etiam casum improvisum, *l. 13. §. 1. de lib. ca. l. qui mercedem 40. locat. l. non ob eam 25. pro soc. l. 14. §. qualis 16. de furt. l. 1. §. sæpe 35. depos. l. 3. pr. naut. caup. stab.* & passim hæ phrases occurrunt, *periculum custodiæ subire, periculo culpæ vel negligentiæ subjici, adstringi, illigari, l. un. §. 4. furt. ad naut. l. tutores 30. §. tutores 12. & l. seq. de adm. tut. d. l. 1. §. sæpe. depos.* Sed & appellatione casus interdum negligentia significatur. Cajus, scribens ad legem duodecim tabb. *casu*, inquit, id est, negligentia, *l. 9. de incend. ruin. naufr.* quæ interpretatio confirmatur *l. capitalium 28. §. incendiarii 12. vers. nam fortuita, de pœn.* & ita cape *l. 5. §. 2. l. 11. §. 2. eod.* Casus fortuiti varii sunt, veluti à vi ventorum, turbinum, pluviarum, grandinum, fulminum, æstus, frigoris, & similium calamitatum, quæ cœlitus immittuntur. Nostri vim divinam dixerunt, Græci θεῦ βίαν *l. si merces 25. §. vis major. locat.* item naufragia, aquarum inundationes, incendia, mortes animalium, ruinæ ædium, fundorum chasmata, incursus hostium, prædonum impetus, &c. fugæ servorum, qui custodiri non solent. Quæ species passim occurrunt, *d. l. 23. de reg. jur. d. l. 5. §. 4. l. 18. commod. l. 15. §. 2. locat. d. l. 3. §. 1. naut. caup. stab.* His adde damna omnia à privatis illata, quæ quominus inferrentur, nulla cura caveri potuit, *l. ad eos 19. commod. l. si ea 31. de act. empt. l. sed de damno 41. locat.* Ad casus autem fortuitos non sunt referendi 5 illi casus, qui cum culpa conjuncti esse solent: cujusmodi sunt furta, *l. cum duobus 52. § 3. pro soc. l. 14. §. 1. de peric. & comm.* item incendia intrinsecus orta, *l. 3. §. 1. de off. præf. vig. l. 11. de peric. & comm. rei vend.* Quamobrem qui rem furto amissam, vel incendio, verbi causa servorum negligentia orto, consumptam dicit, is diligentiam suam probare debet. Quod vero incendium in alienis ædibus obortum occupat ædes vicinas, aut quod fulmine excitatur, aut à grassatoribus vel incendiariis immittitur, id inter casus fortuitos numerari debet, *vid. Gail. 2. obs. 21. Sande. lib. 3. tit. 6. num. 9. Fachin. 1. contr. 87. Don. ad l. 6. Cod. de pignor. act. num. 6. & 3. seqq. Sichard. ibid. num. 4. Moller. 4. semestr. 31. D. Tuld. in comm. ad tit. de leg. Aquil. cap. 8.* Porro regula de casi- 6 bus fortuitis non præstandis proposita, certa & perpetua est: ubi nihil amplius debitori objicitur, quam casus fortuitus: cessat autem si aut mora casum præcesserit, aut debitor rei periculum in se ultro susceperit. Etenim moræ intervenientis hic effectus est, ut obligatio perpetuetur. Quod hanc habet sententiam; Si res debita post moram à debitore factam perierit, ipsius id detrimentum esse, perindeque eum perpetuo teneri, ac si res adhuc extaret, *l. 23. de verb. oblig. l. nemo 82. §. 1. l. si servum 91. §. 3. eod. add. Christin. vol. 2. decis. 117.* Conventio quoque in negotio gerendo interposita de casu præstando facit, ut debitorem damna fatalia sequantur, *l. 1. § si sæpe 35. depos. l. 23. de reg. jur. l. 1. Cod. depos.* Medium inter duo illa extrema, dolum & casum fortuitum, culpa est. Hæc neque unius est generis, neque quævis à quovis debitore præstatur. Proinde quæstio de præstatione culpæ huc redit, primum ut norimus, quid sit culpa, & quotuplex; tum quæ culpæ species quibus in contractibus præstentur. Culpam definio 7 omne factum inconsultum, quo nocetur alteri injuria. Facti nomine etiam quod omissum neglectumve est, intelligimus: nam & non facere, quod facere oportet, culpa est, *l. si servum 91. pr. de verb. oblig.* sicut è contrario & negligentiæ adscribitur, quod temere & inconsulte quis agit. Dicimus *factum inconsultum*, ut culpam secernamus tum à dolo, tum à casu fortuito. A dolo, quia dolus non est sine consilio & proposito nocendi, culpa est ἀπροαίρετος. A casu

casu fortuito, quia quod inconsiderate & per negligentiam fit, humanitus vitari & prudenti ac diligenti consilio caveri potest; unde culpa alio nomine negligentia dicitur, §. *seq. hoc tit. l. 1. §. is quoque 5. de obl. & act. l. socius socio 72. pro soc. l. cedere diem 213. §. ult. de verb. sign.* Græcis ἀμέλεια. Damna autem fatalia nec consilio se regi patiuntur, nec humana prudentia averi possunt. Addimus *injuria:* nam quod jure permittente fit, non magis delictum est, quam id factum quod alii non nocet, *l. Gracchus, C. ad leg. Jul. de adult.* Species culpæ quod sint, & quid singulæ, in libris juris, quos habemus, ex professo traditum aut explicatum non est: meminerunt tamen prudentes culpæ latæ, item levis, & levissimæ. Quamobrem tres hasce culpæ species, aut si mavis gradus, faciamus iisdem appellationibus inter se distinctas, latam, levem, levissimam: nam & ex adverso tot sunt species seu gradus diligentiæ. Est enim diligentia quædam minima seu infima; est media, μέση ἐπιμέλεια: est & maxima, quam Græci μεγάλην, item ἄκραν, & ἀκριβεστάτην appellant. *Vid.*
8 *Scholiast. Harmenop. lib. 6. tit. 2.* Latam culpam è regione opponimus infimo gradu diligentiæ, ut sit omissio ejus diligentiæ, quam omnes homines suis rebus adhibere solent; aut id factum in re aliena, quod nemo admitteret in re propria. Itaque in lata culpa est, qui non prospicit, curat, cavet, quod omnes, qui modo sensu communi præditi sunt, provident, & intelligunt, se cavere aut curare debere, *dict. l. cedere diem. §. ultim. l. latæ 223. de verbor. sign. l. quod Nerva 32. de pos. l. penult. §. secundo, de jure & fact. ign.* veluti si quis noctu ædium ostia aut fenestras, per quas de plano intrari potest, apertas reliquerit; aut si quis rem fidei suæ commissam in loco publico aut eo, quo quivis accedere potest, incustoditam jacere patiatur, credens, neminem venturum qui auferat. Hac eadem culpa peccat, si quis rem, quam vendere debebat, corrumpi passus sit, *l. mulier 22. §. 3. ad sen. Trebell.* item putator arboris, qui non proclamans ramum dejicit, eoque ictu prætereuntem interficit, *l. 7. ad leg. Corn. de sicar.* Alia exempla hujus culpæ habes *in l. 8. §. ultim. & l. 29. §. 3. mand.* In summa, quicunque non facit in re aliena, quod vel minimum diligens homo in sua faceret, cujus culpæ res est. Dicitur & culpa latior, *dict. l. 32. depos.* gravior, *l. homo liber 54. §. de acquir. rer. dom.* Item lata, magna, crassa, supina, dissoluta negligentia, *l. magna 226. de verbor. sign. l. 7. §. 2. de adm. tut. l. 7. §. 1. de susp. tut. l. 29. princ. mand. l. cum sex. 55. de ædil. edict. l. 6. de jur. & fact. ignor.* & passim per periphrasin culpa dolo proxima, *l. 4. de mag. conv. l. cum res 47. §. pen. de legat. 1. l. 8. §. 3. de*
9 *precar. l. 22. §. 3. cum similibus.* Levem culpam opponimus diligentiæ mediæ, ut intelligatur esse omissio ejus diligentiæ, quam hominum natura desiderat, id est, mediocris, & quam vulgo homines frugi suis rebus adhibere soliti sunt, *argum. d. l. 32. depos.* aut id admissum in re aliena, quod diligens paterfam. non committeret in re sua. Et ideo in jure nostro non exigitur ad consvetudinem hominis diligentissimi, sed ad eum modum, quo quis curat res proprias, *hoc text. l. 1. §. 4. de oblig. & act. l. hæredes 25. §. non tantum 16. famil. ercisc. l. 1. de tut. & rat. distr. l. 17. de jur. dot. l. socio 72. pro soc. l. 22. §. 3. ad Trebell.* modo ne nimium negligenter in suis quoque rebus versetur: nam in abstracto hoc magis consideratur, quam in concreto, relatione habita ad diligentiam talem, qualem communiter bonus & diligens paterfam. suis rebus præstare consvevit, non qualem unus è multis, sed qualem magna pars patrumfam. *l. quod sæpe 35. §. si res 4. de contr. empt. l. 14. de pign. act. l. 11. de peric. & comm. rei vend.* Itaque levi culpa peccat, si quis verbi gratia non clauserit fenestras altiores, quam ut de plano intrari possint, & fures admotis scalis ingressi fuerint: aut si incendium domesticorum negligentia exortum sit, quod adhibita consveta boni patrisfam. diligentia præcaveri potuisset, *l. 11. de peric. & commod.* Levi culpæ & imperitiæ fere annumeratur, *l. imperitia 132. de reg. jur. l. 8. §. 1. ad leg. Aquil. l. 9. §. pen. locat.* Puto autem, imperitiam in artifice, seu qui peritiam alicujus rei profitetur, pro levi culpa habendam, *l. 9. §. 5. l. 13. §. 5. locat. l. 12. de furt.* in aliis pro levissima. Denique huic culpæ obnoxius est, quicunque non providet, quodcunque à diligente provideri potuit, *l. si putator 31. ad leg. Aquil.* Hæc species fere in usu juris sola significatur quoties verbum culpæ absolute ponitur, aut dolo opponitur, ut innumeris locis videre est, *l. 5. §. 2. commod. l. 23. de reg. jur. l. 11 de neg. gest. l. hæredes §. non tantum, fam. erc. l. 5. §. 3. de in lit. jur. l. 1. §. sæpe 35. depos. l. socius socio 72. pro soc. l. in rebus 17. de jur. dot. l. 5. l. 8. C. de pign. act. cum simil.* Levissimam culpam 10
opponimus diligentiæ summæ, ut sit omissio ejus diligentiæ, quam vigilantissimus quisque atque attentissimus paterfam. suis rebus adhibet, *l. in rebus 18. commod. l. 1. §. 4. de obl. & act. l. 3. de peric. & com. rei vend. §. 1. inf. de obl. quæ quas. ex contr.* aut id commissum in re aliena, quod diligentissimus paterfam. omitteret. Quare hanc culpam qui præstat, non excusabitur, si eam rebus alienis diligentiam præstiterit, quam aut ipse aut plerique suis rebus adhibere solent, modo quis alius diligentior majori cura adhibita damnum, quod illatum est, vitare potuerit: nam ad exactissimam diligentiam hæc culpa dirigitur, *hoc text. d. §. 1. in fin. inf. de obl. quæ qu. ex cont. d. l. 1. §. 4. de obl. & act. d. l. 18. comm. d. l. 72. pro soc. §. ult. inf. de societ.* Exempli gratia, non carebit culpa levis-

pa levissima si quis fenestras versus publicum, remotiores à locis, in quibus dormit familia, non munivit clathris aut ferreis perticis. Levissimæ culpæ mentio fit *l. in lege 44. ad leg. Aquil.* passim per oppositum indicatur verbo diligentiæ aut custodiæ, quo summa & exactissima significatur, *d. l. 5. §. 2. commod. l. 23. de reg. jur. l. cum res 47. §. pen. de legat. 1.* Etsi vero non omnis culpa ejusdem gradus secundum hanc distinctionem æqualis est: nam qualitas facti & circumstantiæ semper augent aut minuunt culpam, ita ut in hominum actibus certis terminis circumscribi nequeat. Tamen ad cognitionem hujus materiæ poterit nobis sufficere trium graduum distinctio, ut bene ostendit *Decian. lib. 1. tract. crim. c. 6. & Pet. Faber ad l. contractus, de reg jur.* prudenterque notat D. Tuldenus, *comment. ad hunc tit. cap 8.* cum varia hæc sint atque incerta, nimisque vaga, quam ut singula scientiæ & perpetuis regulis subjici possint, magisque ad prudentiam referantur & arbitrium judicis: tamen generalibus his præceptis & definitionibus religionem judicis sufficienter instrui posse, iisdemque arbitrium illius dirigendum. Restat nunc, ut videamus, qui contractus quam culpam recipiant. Lata culpa dolo comparatur, perin-
11 deque ut dolum in omni contractu hanc culpam præstari placet: non quod revera & facti genere dolus est: contrarium enim ostendit ejus definitio, & loci, in quibus à dolo aperte distinguitur, *l. 22. §. 3. ad Trebell. l. 7. ad leg. Corn. de sic. l. tutori 20. C. de neg. gest. l. 7. C. arb. tut.* sed quia prope fraudem ac dolum accedit, *l. si fidejussor. 29. mand. l. 7. §. 1. de susp. tut.* & doli ac malitiæ quasi consanguinea est: unde etiam passim culpa dolo proxima vocatur. Nam quod legimus, latam seu magnam culpam dolum esse; *l. quod Nerva 32. depos. l. 226. de verb. sign.* dolum accipi debere etiam latam culpam; *l. 5. §. dolum 15. ut in poss. leg.* magnam negligentiam etiam in doli crimen cadere: *l. 1. §. is quoque 5. de obl. & act.* id ad communem juris effectum referendum est; quoniam lata culpa interpretatione juris dolum repræsentat, jure effectum doli patitur. Et quod Celsus scribit, eum, qui lata culpa peccat, fraude non carere, in eo respicit ad violentam præsumptionem, quæ jure pro explorata habetur. Explodenda enim est distinctio Zasii inter latam culpam ignaviæ & versutiæ, quamvis eam probet *Myns. in §. suspectus, sup. de susp. tut.* nam versutiæ culpa quid aliud est revera, quam dolus, quam malitia? Ex hac porro interpretatione est, quod quotiescunque contractus dolum recipere dicitur, verbo doli etiam lata culpa intelligatur, etiam in lege latæ culpæ mentio non fiat, adeoque etsi dolus notetur particulis taxativis, *solum, duntaxat,* &c. *l. 3. §. 1. naut. caup. stab. l. 5. §. 2. commod. l. 23. de reg. jur. l. 1. §. ult. depos. l. 1. §. 1. si mens. fals. mod. l. 8. §. 3. de prec. l servus 108. §. cum quidam 12. de legat. 1. § seq. hoc tit.* cum similibus. Atque hoc etiam procedit in causis famosis, & nonnunquam etiam cum ex causa delicti civiliter agitur ad pœnam, *l. 11. §. ult. de his qui notantur infam. l. 7. §. 1. de susp. tut. l. 1. §. 2. si is qui test. l. pen. de incend. ruin. naufr.* quibus locis refutantur, qui simpliciter negant in causis famosis & delictis latam culpam dolo comparari. Per *leg. 3. cum 2. seqq. de serv. corrupt. l. in furti 50. §. ult. de furt.* add. quæ nos sub *§. suspectus, de susp. tut. lib. 1. tit. ult.* Plane in causis criminalibus, & præsertim capitalibus, hæc comparatio sive doli & culpæ exæquatio locum non habet: sed in his placet dolum solum pro facto accipi, latam culpam pro dolo non haberi, ac proinde nec eodem modo coërceri, *l. 7. ad leg. Corn. de sicar.* nisi forte res sit mali exempli. Quo casu punitur & qui nocendi animum non habuit, *l. 3. §. 2. d. tit. l. si quis 38. §. qui abortionis 5. de pœn.* Dolus, ut hoc obiter hic moneam, in criminibus significat malum propositum, quo proposito deficiente plerumque nec delictum est: veraque malitia in his requiritur. Ut verba quoque proprie ac naturaliter accipienda sint, non ficte aut civiliter. Levis & levissimæ culpæ alia ratio est. Harum neutra in omnibus contractibus præstatur, sed in quibusdam duntaxat. Sunt enim 12
quidam contractus, qui dolum, quo nomine nunc porro etiam latam culpam intelligi volumus, tantum recipiunt: sunt, qui præter dolum etiam culpam levem, quam deinceps usum juris sequentes culpam simpliciter appellabimus: sunt denique, in quibus præter dolum & levem culpam præstatur etiam culpa levissima; quod more veteribus usitato contrariæ rei præstatione, nimirum diligentiæ, indicabimus. In hac autem varietate hæc regula & distinctio jure communi comprobata est, ut, siquidem tale sit negotium, in quo ejus, qui quid suscepit, nulla versatur utilitas, aut in quo debitor officii est debitor, quale est depositum, tum dolus solus præstetur. Ubi vero utriusque contrahentium utilitas vertitur, ut in empto, locato, dote, pignore, societate, rerum communione, ibi præter dolum præstetur & culpa. Quod vero utilitatem ejus duntaxat, qui accipit, non etiam ejus, qui dedit, continet, quale plerumque est commodatum, in eo & culpa præstetur & diligentia, *l. 5. §. 2. l. 10. l. in rebus 18. commod. l. in navem. 31. circa fin. locat.* Quæ regula servata eadem distinctione accommodanda quoque est contractibus innominatis, *dict. l. 10. §. 1. commod. l. 17. §. 1. & 2. de præscr. verb.* item legatis ac fideicommissis, quatenus natura eorum id patitur, *l. servus 108. §. cum quid 12. de legat. 1. junct. l. cum res 47. §. pen. eodem, l. mulier 22. §. 3. ad Trebell.* Quod vero ejus, qui precario rogavit, item agrimensoris dolus

tantum coërcetur, id specialem rationem habet, *l. 8. §. 3. de precar. l. 1. §. 1. si mens. fals. mod.* ut & illud, quod placet nautas, caupones, stabularios in eo, quod receperunt, plusquam culpam præstare, *l. 3. § 1. naut. caup. stab.* Cæterum prædicta distinctio ita obtinet, si nihil aliud nominatim convenerit, alioqui lex contractus servanda est, excepto si placuerit, ne dolus præstetur, *l. 23. de reg. jur.* Finge enim convenisse, ut in deposito culpa quoque præstaretur, aut in commodato dolus tantum; nec minus, nec plus, quam quod placitum est, præstabitur, *l. 1. §. si convenit 6. depos. l. 1. Cod. eod. l. 5. §. interdum 10. commod.* Possunt vero & sine conventione justæ causæ intervenire, ob quas placeat etiam officii debitorem culpam præstare. Veluti si officium sit publici muneris, ut tutela & cura, *l. 1. de tut. & rat. distr. l. 7. C. arb. tut.* aut si quis se negotio obtulit, veluti si depositarius, cum dominus rem secum ferre aut apud alium relinquere constituisset, eum ultro hortatus sit, ut apud se potius deponeret: quo casu non solum culpa, sed etiam custodia & diligentia in deposito præstanda, *l. 1. §. sæpe 35. depos.* Eodem numero & negotiorum gestor voluntarius & mandatarius quoque haberi potest, *l. 11. de negot. gest. §. 1. in fin. inf. de obl. quæ quasi ex contr. l. 23. de reg. jur. l. 13. l. in re 21. C. mand.* Hæc suis locis in progressu singulis in contractibus diligentius confirmabimus. Illud hic obiter notandum, non eodem sensu dici, præstare diligentiam, & præstare dolum, culpam, casum fortuitum. Cum enim diligentiam præstandam esse dicimus, eo significamus, diligentiam esse adhibendam: cum dolum, culpam, casum fortuitum, non adhibenda hæc, sed removenda esse, & debitorem propter hæc teneri. Figuratæ enim hæ locutiones sunt, præstare dolum, præstare culpam, præstare casum aut fatum, pro præstare damnum, quod dolo, culpa, fato contingit.

Exactam diligentiam] Quoniam commodatum solam utilitatem continet ejus, qui commodato accepit, consequens est distinctioni *dict. l. 5. §. 2. commod.* quod & eodem loco expressum est, à commodatario & culpam præstari & diligentiam, id est, in commodato venire culpam non modo levem, sed etiam levissimam: siquidem, ut supra demonstravimus, diligentiæ verbo culpæ opposito in usu juris plerumque exactissima significatur. Gajus *l. in rebus 18. eod. in rebus commodatis,* inquit, *talis diligentia præstanda est, qualem diligentissimus quisque paterfamil. rebus suis adhibet.* Idem alibi ait, *eum, qui utendum accepit, exactissimam diligentiam custodiendæ rei præstare compelli, l. 1. §. 4. de*
13 *obl. & act.* Justinianus exactam diligentiam dixit, sed eodem plane sensu, ut apparet ex eo, quod mox subjicit, non sufficere tantam diligentiam adhibere commodatarium rebus commodatis, quantam suis rebus adhibet, modo res ab alio diligentius custodiri potuerit. Sic Constantinus in *l. 21. Cod. mand.* exactum officium dixit, pro exactissimo. Ulpianus diligentem custodiam pro diligentissima, *d. l. 5. §. custodiam. 5. commod.* Paulus diligentem patremfam. pro diligentissimo, *l. hæres 25. §. non tantum 16. fam. erc.* quemadmodum vice versa superlativus nonnunquam pro positivo ponitur: quod æstimandum ex natura contractus. Jurisconsulti enim non semper eodem modo loquuntur. Quod si proponas, aliquem suâ duntaxat gratiâ, quod interdum fit, commodasse, sponsæ forte vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, dolus solus præstabitur, ut in deposito, *d. l. 5. §. interdum 10. comm.* Quod si sua & commodatarii gratia, quod item fieri potest; culpa æstimatur, ut in pignore, dote, &c. *d. l. in rebus, in fin. pr. eod.*

Si modo alius diligentior] Hinc tria elicimus. 1. 14
etsi commodatarius ad communem modum diligens in rebus suis eadem diligentia tractaverit res alienas: tamen hoc non sufficere ad eum excusandum, cum alius diligentior rem custodire potuisset. 2. Si commodatarius ipse sit summe diligens, nihil amplius ab eo exigi, quam ut eandem diligentiam, quâ suis rebus præstat, etiam adhibeat commodatis. Quippe cum major ab alio expectari non possit. 3. Si commodatarius ad communem modum diligens non sit, sed natura in suis rebus ignavior, licet aliquanto diligentius versetur in rebus commodatis, quam in suis, non eo tamen minus teneri eum actione commodati, si alius diligentius curando rem servare potuit.

Majoresve casus non tenetur] Casus fortuiti nullo in contractu præstantur, *l. contractus, de reg. jur. l. 23. de verb. obl.* nec si solius debitoris utilitatem contineat; quale est commodatum, *l. 5. §. 4. l. in rebus 18. commod. l. 1. §. 4. de obl. & act.* De commodato tamen ob prædictam causam dubitari potuit; & videtur ad removendam istam dubitationem pertinere, quod præscriptum est *l. 6. C. de pign. act.* casus fortuitos nullo bonæ fidei judicio præstari; nimirum ut intelligamus, nec commodatum hic excipi.

Si non ipsius culpa] Culpa abesse intelligitur si 15
re commodata usus sit juxta præscriptum in utendo modum. Itaque si alicui in hoc res commodata sit, ut eam peregre secum ferret, isque incursu hostium aut latronum vel naufragio rem amiserit, non tenebitur. At si cui, exempli gratia, quasi amicos ad cœnam invitaturo argentum commodavero, is si id peregre secum portaverit, casum naufragii, impetum hostium, latronum, piratarum, præstare debebit, *d. l. 18. comm. d. l. 1. §. 4. de obl. & act.* Si res commodata

data usu deterior facta sit, ita commodatarius non tenetur, si ea usus sit in eam rem, in quam utendam accepit, nec ulla culpa intervenerit, veluti si equus usque ad certum locum utendus datus in ipso itinere deterior factus sit sine culpa commodatarii, *l. 10. l. ult. commod.*

16 *Si nulla mercede*] Commodatum nisi gratuito non contrahitur. Commodare enim officii est & liberalitatis, *l. in commodato 17. §. 3. d. tit.* ubi Paulus beneficium illud appellat. Mercede interveniente tollitur beneficium, tollitur gratia; quæ sunt vincula amicitiæ, *l. 1. §. ult. mand.* Cum igitur merces pro usu rei datur aut constituitur, non commodatum, sed locatio est: aut si non statim merces constituatur, nec tamen gratis res utenda detur, sed eo animo ut tantum mercedis nomine præstetur, quantum postea definiri placuerit, contractus innominati genus est, *§. 2. inf. locat. l. si polienda 22. de præscr. verb.*

TEXTUS.

De deposito.

3. Præterea & is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur, teneturque actione depositi: quia & ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur. Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit: culpæ autem nomine, id est, desidiæ ac negligentiæ, non tenetur. Itaque securus est, qui parum diligenter costoditam rem furto amiserit: quia qui negligenti amico rem custodiendam tradit, non ei, sed suæ facilitati, id imputare debet.

NOTÆ.

ACTIONE DEPOSITI] Directa: nam contrarium judicium depositario datur ad consequendam indemnitatem, *d. l. 5. pr.*

CULPAE, &C. AC NEGLIGENTIAE NON TENETUR] Extra quam si convenerit, ut culpa quoque præstetur, aut ultro se deposito obtulerit, *l. 1. §. 6. & 35. depos.* quoties autem culpæ aut negligentiæ simpliciter mentio fit, levis culpa significatur, *l. 5. §. 2. commod. l. 23. de reg. jur. l. 1. §. 5. de obl. & act. l. 72. pro soc. cum simul.*

COMMENTARIUS.

1 Quid sit depositum, & an etiam consistat in re immobili.

2 An quemadmodum deponens quovis tempore rem repetere, ita & depositarius eam pro arbitrio restituere possit.

3 Ad quid depositarius teneatur.

Tertia species obligationis, quæ re contrahitur, est ex deposito. Deponere est, rem alicui, qui gratis hanc operam suscipiat, custodiendam dare, *l. 1. depos.* In eodem significatu utimur & verbo commendare, *l. Lucius 24. eod. l. commendare 186. de verb. sign.* Rem hic intelligimus, sive ea certa species sit, sive quantitas, puta pecunia numerata, *d. l. Lucius, & seq. §. 1. eod.* In quo depositum differt à commodato, *l. 3. §. ult. commod.* An vero, quemadmodum commodatum etiam rerum immobilium est, *l. 1. §. ult. dict. tit.* ita & depositum in his consistere possit, quæritur. DD. comm. id negant, argumento sumpto ab etymologia nominis, quod à ponendo dictum, *dict. l. 1. depos.* tum quod nullum depositum rei immobilis exemplum in jure nostro extet: postremo quod cura rei immobilis in speciem mandati transeat, *argum. l. 5. §. sed si 4. de præscr. verb.* Intelligunt autem depositum non in genere, sed in specie dictum: nam in sequestrationem, quæ depositi quoque in genere sumpti species est, *l. 5. & seq. l. licet 17. depos.* quin etiam res immobiles veniant, nemo dubitat, *l. 7. §. ult. qui satisd. cog. arg. l. un. Cod. de prob. seq. pec. cap 1. de sequestr. Clement. un. eod.* quod ipsum etiam superiora argumenta elevare videtur. Nam si res immobilis, de qua controversia est, recte deponi dicitur, cum ea à litigatoribus aut judice sequestro collocatur, atque ex ea depositioni ei, qui vicerit, actio depositi sequestraria competit, cur non similiter res immobilis non litigiosa deponi dicatur, cum ea à domino alicui custodienda traditur, ut hic quoque in eum, qui id recepit, actio depositi detur, utut fortassis ea res depositi communis modum excedat, legemque mandati annexam habeat? *argum. d. l. 5. §. 4. de præscr. verb. l. Lucius 24. depos.* Addidi, *qui gratis hanc operam suscipiat.* Nam ut commodatum, ita quoque & depositum gratuitum esse debet: illic dans officium præstat, hic accipiens. Si merces promissa sit, depositum esse desinit, & aut locatio est, aut incerti contractus genus, *l. 1. §. si vestimenta, & §. seq. depos.*

Re obligatur] *L. 1. §. is quoque 5. de obl. & act.* Sola quippe conventio depositum non facit, sed rem poni apud alium oportet, eaque tradita initium obligationi præbet.

Teneturque actione depositi] Actione nimirum depositi directa. Nam contrarium judicium depositario datur ad consequendum, quod sibi per causam & occasionem rei acceptæ abest, *l. 5. depos.* Potest vero is, qui deposuit, quovis tempore rem depositam repetere, & repetenti etiam ante tempus constitutum reddenda est, *l. 1. §. propen. & ult. eod.* At ex contra-

contrario depositarius ante tempus statutum rem restituere volens officio suo non liberatur, nisi justissima causa interveniat, *l.5.§.2. eod.* ut bene Castr. in *dict.l.1.§. propen. & pen. & Costal. ibid.* Vitiosa enim est quorundam in hac re deponentis & depositarii comparatio. Etenim cum totum hoc negotium ex utilitate deponentis æstimetur, etiam ad voluntatem ejus dirigendum est; quam sine incommodo depositarii mutat, si rem ante tempus definitum repetat: At non sine incommodo deponentis futurum est, si depositario permittamus officium, quod semel suscepit, contra legem contractus deponere. Ita ex adverso commodatum pro libitu quidem accipientis reddi, sed pro arbitrio dantis, repeti non potest, *l. in commodato 17.§3.commod.*

De eare restituenda] in specie. Qui enim rem custodiendam dat, nihil in alium transfert, sed aperte hoc agit, ut res sibi custodiatur, restituaturque reposcenti. Quare etiam, si nummi deponantur, eadem corpora restitui oportet: nisi forte nominatim convenerit, ut depositarius, si opus haberet, pecunia uteretur, & redderet tantundem: quæ res notos depositi terminos egreditur, *l. Lucius 24. cum ll. seqq. l. si sacculum 29. §.1. depos.*

Si quid dolo] In deposito nullum commodum est depositarii: quin onus potius est, rem alienam gratis custodire: ac proinde secundum regulam de eo solo tenetur, si quid dolo ejus perierit, *l.5. §. 2. commod. l. 1. §. ultim. l. si sine 20. depos. l. 1. §. is quoque 5. de obl. & act. l. contractus, de reg.jur.* Qui autem dolum dicit, latam culpam non excludit: quia ea pro dolo habetur, ut superius demonstravi. Itaque etsi doli hic tantum mentio fit, sciendum tamen est, etiam latam culpam in depositi judicium venire, *l. quod Nerva. 32. depos. l. 1. §. is quoque 5. de obl. & act. l. 1. C. depos.*

Culpæ nomine, id est, desidiæ ac negligentiæ] Quoties culpæ aut negligentiæ simpliciter mentio fit, levem culpam sive negligentiam his nominibus significari, *§. præced.* probatum est; quod hic locus confirmat, &, unde desumptus est, *l. 1. §. 5. de obl. & act. item. l. 72. pro soc. & §. ult. inf. de societ.* Igitur depositarius culpam aut negligentiam leviorem non præstat, extra quam si in deposito convenerit ut ea quoque præstetur, *l. 1. §. si convenerit 6. depos.* aut si ultro se deposito obtulerit, *d. l. 1. §. sæpe 35. eod.*

Furto amiserit] Furtum plerumque cum culpa patrisf. rem suam non bene custodientis conjunctum est: ideoque socius & venditor & creditor periculum furti præstant, *l. cum duobus 52. §. 3. pro soc. l.14.§.1. de per. & com. rei vend.* nisi doceant, culpam omnem abesse: quod aliquando fieri potest, *l.14. §. idem 6. de furt.*

Suæ facilitati id imputare] Hæc quoque ratio est, cur depositarius negligentiæ nomine non teneatur, quia qui negligenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet, *d.l.1.§.5. de obl. & act.* & se ipsum accusare, qui homini adeo dissoluto & supino, ut ne mediocri quidem diligentia in curandis rebus propriis utatur, rem suam commisit. Scholiastes *ad Harmenop. lib.6. tit.2.* Utique ut ad suum saltem modum depositarius rem depositam curet, merito exigitur, *l. quod Nerva depos.* Adde omnino quæ nos ad *§. ult. inf. de societ.*

TEXTUS.

De pignore.

4. Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur: quia & ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur actione pigneratitia. Sed quia pignus utriusque gratia datur, & debitoris, quo magis pecunia ei credatur, & creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum: placuit sufficere, si ad eam rem custodiēdam exactam diligentiam adhibeat; quam, si præstiterit, & aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse, nec impediri creditum petere.

NOTÆ.

EXACTAM DILIGENTIAM] Exactam diligentiam hoc loco positam pro ea, quam vulgo homines frugi suis rebus adhibent, & quæ præstari solet in contractibus, qui utriusque gratia fiunt, arguit ipsa Justiniani illatio. Tralatitium autem est in ejusmodi negotiis non levissimam culpam, ut in commodato, sed levem duntaxat præstari, *l.5. §.2. l. 18. in fin. pr. commod. l.31. in fin. locat.*

FORTUITO CASU] *l.6. C. de pign. act.* Exclusio autem casus fortuiti non includit semper culpam levissimam: sed sæpe & hæc ipsa simul cum illo, ad quem proxime accedit, excludi intelligitur, *l. 5. C. dot. l. 28. C. d. locat. l. 4. Cod. de peric. tut.*

COMMENTARIUS.

1. *Pignoris varia significatio.*
2. *Etiam sola conventione pignus contrahi: sed ut nascatur obligatio pigneratitia, traditionem intervenire oportere.*

3. Quan-

3. Quando actio pigneratitia nascatur : & quid ea differat ab hypothecaria.

4 Ad quid creditor pigneratitius teneatur.

5. In actione pigneratitia levem duntaxat culpam, non etiam levissimam, venire, cum accurata remotione contrariorum.

1 QVarta & postrema species obligationum, quæ re contrahuntur, ex pignore est. Pignus in jure nostro triplicem fere significationem habet. Nam & rem significat pro debito creditori obligatam, §. *item Serviana 7. inf. de act. tit. n. & C. de distr. pign.* & jus creditori in ea re constitutum, *tit. qui pot. in pign. & quib. mod. pign. vel hyp. solv.* & denique contractum, quo jus illud constituitur *l. 1. §. ult. de*

2 *pact. l. 5. §. 2. commod.* Contrahitur autem pignus non sola traditione, sed etiam nuda conventione, quamvis traditum non sit, *l. 1. de pign. act.* hoc est, jus in rem creditori quæritur simul ac placuit eam pignori obligatam esse, licet possessionem non acceperit: ejusque juris persequendi causa actionem in rem jure prætorio constitutam habet Servianam aut quasi Servianam, quæ etiam hypothecaria dicitur, *l. pignoris 17. de pign.* §. *Serviana inf. de act.* Cæterum ut obligatio pigneratitia constituatur, unde debitori actio sit adversus creditorem ad pignus soluto debito repetendum, rem prius tradi necesse est: atque hac consideratione pignus est contractus realis. Hinc intelligere licet, non agi hic de pignore legali, nec de pignore prætorio, aut judiciali, nec de eo, quod testamento constituitur; sed de conventionali duntaxat; adeoque de pignore propriè dicto, non de hypotheca; nam pignus & hypotheca sic ferè distingui solent, ut pignus dicatur, cum possessio transit in creditorem, hypotheca cum res apud debitorem manet, *l. 9. § 2. de pign. act.*

Re obligatur] Obligationi pignoratitiæ non constitutio pignoris, sed acceptio, causam præbet. Necesse quidem non est, ut res pignori obligetur, eam pignoris causa tradere creditori: potest enim pignus vel nudo consensu constitui, *l. 1. de pign. act.* At vero ut ex pignore obligetur creditor, id non efficitur, nisi re tradita acceptaque, *l. 1. §. creditor. 6. de obl. & act.* Cum enim hæc obligatio eo pertineat, ut res eadem, quæ pignori obligata est, restituatur, traditum esse prius oportet creditori, quam restituere possit.

Actione pigneratitia] Directa scilicet; quæ datur debitori adversus creditorem, ut rem pigneratam, cujus possessio apud eum fuit, una cum fructibus restituat, *l. debitor 40. §. ult. de pign. act. l. 1. cum 2. seqq. C. eod.* & demum debito omni exsoluto intentari potest, *d. l. 9. § 3. eod.*

3 Creditori vero & hic contraria competit adversus debitorem, si forte is pignus recuperavit, aut in conventione creditorem decepit, *l. 3. d. l. 9. pr. eod.* aut si creditor in rem pignoratam necessarias impensas fecit, *l. 8. eod.* Ab actione igitur hac pigneratitia toto genere differt actio, quæ hypothecaria dicitur: quippe hypothecaria in rem est, daturque creditori ad pignus persequendum contra quemcumque possessorem, *d. §. Serviana inf. de act. l. pignoris 17. de pign.* At pigneratia est in personam, competitque debitori adversus creditorem & adversus hunc solum. Hypothecaria jure pignoris soluto expirat: pigneratitia tunc demum efficax est. Illa occasione juris creditori in re constituti à prætore datur: hæc ex contractu nascitur re pignoris causa tradita acceptaque. Veteres tamen abusive hypothecariam quoque pigneratitiam interdum appellant, *l. 3. §. 3. ad exhib. l. 13. de cond. ind. l. rem alienam 41. de pign. act.* & aliis locis.

Sufficere si exactam diligentiam] Supra §. 2. *hujus tit.* hanc Regulam ex Ulpiano *l. 5. §. 2. commod.* 4
tradidimus, In contractibus, qui utriusque contrahentis gratia fiunt, & dolum præstari & culpam. Culpam ex usu authorum juris interpretati sumus levem duntaxat, non etiam levissimam. Et vero nec ratio juris patitur, ut in negotiis, quæ ex utilitate utriusque contrahuntur, eandem à debitore diligentiam requiramus; quam præstaret, si ejus solius commodum ageretur: sed quemadmodum plus præstat, quam ille, cujus nulla versatur utilitas, ita minus ab eo exigendum, quam verbi causa à commodatario, qui beneficium accipit: quamobrem etiam Ulpianus hæc tam diligenter distinguit, eosque contractus, qui utriusque utilitatem continent, medios facit inter depositum, quod tantum dolum, & commodatum, quod etiam culpam levissimam recipit. Ex quo vel uno intelligimus, ubi vertitur utriusque utilitas, esse quidem, quod præter dolum, cujus appellatione etiam lata culpa venit, præstetur, quod tamen non sit culpa levissima: levis igitur tantum sit necesse est. Hoc idem planè confirmat Gajus *l. in rebus 18. in fin. pr. commod.* ubi disertè scribit, culpam in contractibus, qui utriusque gratia fiunt, non æstimari, sicut regulariter æstimatur in commodato. Ex numero contractuum, qui utriusque commodum spectant, & pignus est: eoque expressè refertur & ab Ulpiano, *d. l. 5. §. 2. commod.* & à Justiniano hoc ipso in loco, addito insuper qua in re utriusque utilitas versetur, nimirum creditoris in eo, quod pecunia ei cautior est, debitoris, quod ei creditur, cum absque eo foret, ut non crederetur. Itaque sciamus, prædictam regulam ad contractum pignoris quoq; pertinere, & secundum eam definiendum, quid in actione pigneratitia veniat: venire nimirum & dolum & culpam, *d. l. 5. §. 2. commod. l. 9. §. est præterea 5. de reb. auct. jud. poss.* Hoc autem modo cum nostri simpliciter loquuntur, sub dolo latam culpam comprehendunt, culpæ nomine levem duntaxat intelligunt, ut superius

5 abundè probatum est. Culpæ igitur in pignore æstimatio facienda non est, ut in commodato, ut etiam culpam levissimam, quæ summæ diligentiæ opponitur, creditor pigneratitius præstare compellatur, sed ut in empto, locato, dote, cæterisq; ejusdem naturæ contractibus, ut levem tantum, *d. l. 5. §. 2. d. l. in rebus 18. in fin. pr. commod.* Quod etiam non obscurè hic indicat Justinianus, cum ex eo, quod pignus utriusque gratia contrahitur, infert, sufficere, si creditor exactam rei custodiendæ diligentiam adhibeat. Hæc enim illatio arguit, Justinianum pignus considerare, ut contractum medium inter commodatum, quod solius commodatarii, & depositum, quod solius deponentis utilitatem continet; ac proinde velle, ut etiam in præstationibus medium teneatur, & à creditore exigatur plus quidem, quam à depositario, minus autem, quam ab eo, qui utendum accepit, juxta receptam distinctionem, *d. l. §. 2. d. l. 18. circa fin. pr. commod.* Negotium tamen facessit, quod hic scriptum est de exacta diligentia, tum quod tantum excluditur casus fortuitus, ut etiam in *l. 13. §. ult. de pign. act. l. 19. C. de pign.* Quid quod iisdem locis traditum est, creditorem pignoris præter culpam & custodiam debere, atque adeo, quod exprimitur in *d. l. 13. §. ultim. in actione pigneratitia culpam venire, ut in commodato?* Respondeo, ex iis, quæ relata sunt, satis patet, plus præstandum esse in commodato, quam in pignore: & ideo hoc loco exactam diligentiam contra mentem Imperatoris non esse accipiendam pro exactissima, qualis à commodatario exigitur, quæ penè modum excedit, & qualem diligentissimus aliquis, & unus fortè è multis, suis rebus adhibet; sed secundum hujus contractus naturam pro diligentia stata, id est, ea, quam in suis rebus plerumque præstare solent diligentes & frugi patresfam. nihil enim amplius à creditore Paulus exigit *l. 14. de pign. act.* quanquam fatendum est, incommodè hanc speciem diligentiæ exactam à Justiniano appellari, quod vim superlativi habet: consistit enim in medietate, non excedens modum, quem hominum natura, quæ mediocribus contenta est, desiderat. Quod autem tantum casus fortuiti excluduntur, ex eo non continuo sequitur summam atque exactissimam diligentiam à creditore præstandam esse, seu eum etiam levissimæ culpæ nomine teneri. Nam levissima culpa, quoniam, quod verbum ipsum indicat, vix culpa est, sæpè non consideratur, & cum casibus fortuitis, ad quos proximè accedit, & ipsa excludi intelligitur, ut in *l. 5. C. de pign. act. l. in judicio 28. C. de locat. l. 4. C. de peric. tut.* Unde etiam est, quod aliquando duo contractus, quorum in altero dolus & culpa levis, in altero etiam culpa levissima præstatur, si conjungantur, quasi utriusque eædem essent præstationes, ut in *d. l. 13. §. ult. de pign. act. l. contractus 23. de reg. jur.* Sed neque diligentia aut custodia culpæ opposita semper significat diligentiam summam aut custodiam plenam, qualem præstat commodatarius, sed interdum mediam, ut culpæ levi in non faciendo ex adverso respondeat, *l. quod sæpe. 35. §. si res 4. de contr. empt. l. 10. §. 1. commod. d. l. 28. C. de locat.* eodemque modo custodia accipienda in *d. l. 13. § ultim. de pign. act. & d. l. 19. C. de pignor.*

Aliquo fortuito casu] Nam casus fortuiti à nemine præstantur, *d. l. contractus de reg. jur. l. quæ fortuitis, C. de pign. act.* nisi culpa aut mora casum præcesserit, aut nominatim placuerit casum quoque præstari; de quo jam explicatum est sup. §. 2.

TITULUS XVI.

D. lib. 45. t. 1. C. lib. 8. t. 38.

De verborum obligationibus.

1 *Continuatio.* 2. *An verborum obligationis plures causa, quam stipulatio.*
3 *Pomponiana stipulationis definitio explicata: ubi & alia.*
4 *Usus stipulationum quam varius jure civili.*
5 *Stipulationem non habere certam & determinatam naturam: & quid inde.*

Exposita est prima species obligationum quæ cum ex contractu sint, solo tamen consensu non consistunt, illæ nimirum, ad quas constituendas præter conventionem rem intervenire oportet. Reliquæ sunt ejusdem generis adhuc duæ, quarum altera certis verbis, altera literis ad consensum accedentibus constituitur: unde illa verborum, hæc literarum dicta. De verborum obligatione prius agitur, atque in ea explicanda & hic & proximè sequentes quinque tituli consumuntur. Literarum obligatio brevius perstringitur, *tit. 22.* Verborum obligatio, si Gajo *lib. 2. tit. 9* 1 credimus, duobus olim modis contrahebatur, aut interrogatione præcedente, eamque subsequente responsione; aut interrogatione non præcedente, unoque tantum loquente aut promittente: cujusmodi duo profert exempla, dictionem dotis, & jusjurandum liberti ad operas & alia patrono præstanda. Verum in corpore juris nostri uno tantum modo contrahi verborum obligationem legimus, cum præcedit interrogatio, & sequitur congruens responsio, *hoc tit. in pr. l. 1. §. verbis 7. de obl. & act. l. obligamur 52. §. 2. eod. tit.* Neque alia causa hujus obligationis in toto hoc tractatu assignatur, quam stipulatio; quo nomine appellatur integra illa verborum conceptio, quæ interrogatione & responsione constat. Igitur verborum obligatio est ea, quæ nascitur

scitur ex stipulatione. Stipulatio est contractus constans interrogatione & responsione certis verbis conceptis. Stipulationem contractum esse, abundè probavimus in explicatione §. *ult. sup. de oblig.* Est autem μονόπλευρος tantummodo, obligans respondentem.
3 A Pomponio definitur *Verborum conceptio, quibus is, qui interrogatur, daturum facturumve se, quod interrogatus est, responderet, l. 5. §. 1. hoc. tit.* Verum Jurisconsultus eo loco genus non expressit, quod nec semper necessarium; formam tantum seu differentiam posuit: perinde enim hoc accipiendum est, quasi dixisset, *stipulatio est contractus constans conceptione verborũ, &c.* Verbis utimur in omnibus contractibus, sed excepta stipulatione ad substantiam contractus verba non pertinent. Deinde in cæteris contractibus sufficiunt quævis verba, nuda etiam & vulgaria; stipulatio solemnia & certo modo concepta desiderat. Ex quo rectè plerique colligunt, stipulationem esse contractum juris civilis. Nam etsi verborum usus omnium gentium communis est, & cum ratione juris gentium optimè convenit, ut quis ex consensu verbis declarato obligetur: tamen à simplicitate illius juris alienius est, ad substantiam alicujus actus exigere certam conceptamque verborum lingua nuncupandorum formulam: quod etiam Paulus non obscurè innuit *l. 1. locat.* facit item *l. si ita 128. §. 2. vers. superest de verb. obl. add. Joan. Gœdd. de contr. & commit. stip. c. 2. concl. 1.*
4 Stipulationum usus jure civili maximus est; ne quis putet, hanc speciem conventionis frustra inductam esse. Quotiescumque enim, quod in multis causis est opus, sine re ac literis obligationem constitui volumus, necesse est ad obligandum promissorem, stipulationem adhibere: Nimirum leges Romanæ ex nuda conventione neminem obligari voluerunt, ne qualecumque promissum, & sermo sæpe inconsultus magis, quam ex voluntate proficiscens, necessitate juris promittentem illigaret, & litium quoque, ut opinor, præcidendarum causa; sed excogitata est conventio certo modo & forma concipienda celebrandaque, quam deliberati animi certum signum esse voluerunt, & ex qua certo jure actio competeret; quam conventionem stipulationem dixerunt. Itaque stipulationum usus non tantum utilis est, verum etiam necessarius in fidejussoribus constituendis, *inf. de fidejuss.* obligationibus novandis, *l. 1 & l. 2. de novat.* interdum & in usuris, quas nobis præstari volumus, ut in strictis judiciis, *l. 3. C. de usur.* Sed & stipulationis vinculo cæteræ quoque conventiones & obligationes firmantur. Quod videre est tum in pactionibus nudis; quæ cum per se jure civili infirmæ sint ad producendam actionem, stipulatione muniendæ sunt, *l. divisionis 45. de pact. l. petens 27. C. eod. l. 3. & l. 4. C. de rer. perm.* Paulus *2 sent. 22. Omnibus pactis,* inquit, *stipulatio subjici debet, ut ex stipulatu actio nasci possit.* tum etiã in contractibus juris gentium; ex quibus licet actio jure civili competat, tamen his etiam stipulatio utiliter accedit ut & firmior sit obligatio, & certior ratione præstationum, *l. 3. §. 1. de act. empt. l. 4. § ult. de usur. l. quicquid 99. de verb. obl.* Denique omnium fere negotiorum novissima parte subjici etiam stipulatio solet, *l. Titia 134. §. 1. de verb. ob. l. 7. §. quod fere 12. de pact.* Hinc fit, ut quæ omnium obligationum sunt communia, ea sub *tit. de verb. obl.* tanquam in Pandecte, tractentur, & stipulationi attribuantur. Quod nonnulli tradiderunt, stipulationem non esse contractum, qui per se consistat, sed alterius obligationis sive civilis sive naturalis accessionem & fulcimentum, per *l. 5. in pr. vers. conventionales h. t.* id DD. communiter sic exprimunt, ut dicant, stipulationem non subsistere, quæ causam nullam præcedentem habet, propter quam adhibita sit. Et rectè. Nam cum stipulatio non 5
habeat certam & determinatam naturam, ut contractus cæteri, sed ex variis causis, sæpè etiam ex injustis, interponatur, merito requiritur, ut, si eam valere volumus, de causa, propter quam interposita sit, constet; quod ex eo solo intelligi non potest, quod quis simpliciter dicatur stipulanti promisisse. Enimvero in causa donationis, ut subsistat promissio, non est necesse antecedere aliquid actum donationis, sed satis est, stipulatione ipsa hoc agi, & promittentem votum liberalitatis habere, *l. hoc jure 19. de donat.* Illud tamen addendum, summo adhuc jure ex stipulatione sine causa nasci actionem, sed inefficacem eam reddi opposita doli mali exceptione, *l. 2. §. 3. de dol. mal. exc. l. si quis 36. hoc tit. Gloss. & Bart. in d. l. 2. §. 3. Gomez. 2. var. resol. 11. n. 3.* quem perperam reprehendit *Suarez. in annot.*

TEXTUS.

Summa.

Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione & responsione, cum quid dari fierive nobis stipulamur: ex qua duæ proficiscuntur actiones, tam condictio certi, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta sit: quæ hoc nomine inde utitur, quod stipulum apud veteres firmum appellabatur, fortè à stipite descendens.

NOTÆ.

Ex stipulatu] Quæ in specie & τεχνικῶς ex stipulatu dicitur, *l. 24. de reb. cred.* alibi actio incerti ex stipulatu, *l. 4. de usur.* Cæterum generaliter & φυσικῶς

ικῶς etiam rem certam ex stipulatu petentes, ex stipulatu agere dicimur, *l. 83. § 6. de Verb. obl. l. 42. pro soc. l. 28. de cont. empt. l. 14. C. de pact.*

SI INCERTA SIT] Exempla incertæ stipulationis pete ex *l. 75. de Verb. obl.* Illa stipulatio incerta non est, *Triticum, quod in illo horreo est, dare spondes? d. l. 75.* fac. *l. 30. §. 4. ad leg. Falc. l. 7. §. 1. de contr. empt.* Itaque non leviter hîc errat Th. Quod si id quod in obligationem deductum est, nullos certos fines habet, aut ad vilissimum deduci potest, stipulatio inutilis est; veluti si fundus sine demonstratione promissus *l. 69. §. 4. de jur. dot.* vinum, triticum sine designatione mensuræ, *l. 94. & seq. l. 115. pr. h. t.* Thalel. ad *l. 1. C. de dot. prom.* Harm. *lib. 4. tit. 8. § 44.*

STIPULUM APUD VETERES FIRMUM] Hanc nominis rationem reddit & Paul. *5. sent. 7.* & probat Doctissimus Salmas. *de usur. c. 6.*

COMMENTARIUS.

1. *Verbo stipulationis non interrogationem tantum, sed etiam responsionem, & ita totum contractum, significari.*
2. *Etiam eum ex stipulatu agere dici, qui certum ex stipulatione petit: & quando incertitudo stipulationem vitiet.*
3. *Stipulationis vera originatio.*

1 EX *interrogatione & responsione*] Verborum obligatio nascitur ex interrogatione & responsione *l. 1. § verbis 7. l. obligamur 52. de obl. & act.* Nam duabus hisce partibus constat illa verborum conceptio, quæ uno nomine stipulatio à veteribus dicta est, *l. 5. §. 1. hoc tit.* non proprietate verbi, (nam stipulari is dicitur, qui interrogat; alter promittere, spondere: interrogatio autem sine responsione inutilis est) sed propter partium necessariam consequentiam, quia posita una, altera quoque intelligitur; quod etiam in plerisque aliis appellationibus usu venit, ut in emptione, locatione, mandato, donatione, &c. Græci interpretes *ἐπερώτησιν* reddiderunt. Harum autem partium quædam sunt communia; veluti ut & qui rogat & qui respondet, verbis id faciat, ut uterque alterum exaudiat & intelligat: quædam responsionis propria, veluti ut qui respondet, illico id faciat; ut respondeat convenienter interrogationi. Sed de his postea explicatius.

Dari fierive] His verbis indicatur stipulationum materia, nimirum non solum res in stipulationem deduci, sed etiam facta: unde stipulationum quædam in dando, quædam in faciendo consistere dicuntur, *l. 2. pr. hoc tit. §. ult. inf. eod.*

Duæ proficiscuntur actiones] Justinianus hoc passim & rectè observat, ut ad notitiam cujusq; contractus & obligationis etiam actiones adjungat, quibus id quod ex obligatione debetur, si sponte debitor non solvat, ab invito obtinere liceat. Præter duas illas actiones, quas hic Justinianus commemorat, quasque ait proficisci ex stipulatione; datur & condictio triticiaria; quippe quæ si causam excipias pecuniæ numeratæ, generalis est, *l. 1. de cond. tritic.*

Condictio certi] Hæc communem naturam habet cum ea, quæ competit ex mutuo, cæterisque obligationibus, ex quibus certum petitur, *l. 9. l. si quis 24. de reb. cred.* dixi plura *sub pr. tit. præced.*

Si certa sit stipulatio] Certa stipulatio hic non intelligitur ea, quam certo interpositam esse constat; de qua ambigitur: sed certa & incerta dicitur ratione rei in stipulationem deductæ, quæ res si certa sit, id est, si appareat ex pronunciatione, quid, quale, quantumque sit in stipulatione, stipulatio dicitur certa: ubi autem hoc non apparet, incerta, *l. stipulationum 74. & l. seq. hoc tit.*

2 *Ex stipulatu*] Hoc verbum non significat causam generantem: nam & condictio certi ex stipulatione nascitur; quod hic expressum est, & res ipsa loquitur. Atque in genere etiam qui rem certam ex stipulatu debitam petit, rectè & naturaliter dicitur ex stipulatu agere, *l. inter 83. §. si rem 6. hoc tit. l. quod si 42. pro soc. l. 14. C. de pact. l. prædia 28. de act. empt.* sed denotat materiam, & est nomen actionis specialis. Unde explicandum tradit Ulpian. *d. l. 24. de reb. cred.* eum qui certum stipulatus est, ex stipulatu actionem non habere, sed condictione certi id persequi debere; nimirum non habere eum actionem quæ in specie & *τεχνικῶς* ex stipulatu dicitur, & est actio ex stipulatu dicitur, & est actio ex stipulatu incerti, *l. 4. pr. de usur.*

Si incerta sit] Sed inquis, an non incertitudo stipulationem vitiat? Sanè aliquando. Interest enim, an res, quæ in obligationem deducitur, nullos certos fines habeat, ut si quis fundum stipulatur non adjecto nomine, vinum aut triticum sine designatione mensuræ, insulam ædificari non demonstrato loco; an ea certis finibus natura circumscripta sit, ut homo, equus, bos: illic stipulatio non consistit. *l. triticum 94. cum seq. l. ita stipulatus 115. in pr. hoc tit.* hic contra, *vid. sup. §. si generaliter 22. de legat.*

3 *Quod stipulatum apud veteres firmum*] Eandem hujus nominis rationem reddit & Paulus *5. sent. 7. 5* quam & D. Hotomannus probat, & verissimam censet doctissimus Salmasius *lib. de usur. c. 6.* Varro autem lib. 4. de lingua, cui ferè & Festus consentit, *à stipe* deducit. *Stipem* autem *à stipando* dictam scribit, eo quod veteres, cum ære gravi uterentur, acceptum majorem assium numerum, non in arca ponebant, sed in aliqua cella stipabant. Aliam hujus verbi Etymologiam apud Isidorum *lib. 5. c. 24.* reperio,

reperio, ubi scribit, stipulationem nomen invenisse à *stipula*. *Veteres enim*, inquit, *quando sibi promittebant aliquid, stipulam tenentes frangebant: quam iterum iungentes, agnoscebant sponsiones suas*: quod unde sumserit, nescio.

Forte à stipite] Stipes est fustis validus terræ defixus, teste Festo. Durior autem videtur hæc notatio, & falsam esse arguit syllabæ quantitas in uno brevis in altero longæ. D. Hotomannus legendum putat à στιπτῷ, id est, denso & spisso. Sed nihil muto, cum & Theophilus legat ἀπὸ τ̃ στελέχυς, *à stipite*. Probabilius est, stipulum dictum ex Græco συφελὸν & συφλὸν, quod Grammatici exponunt στερεὸν, sive στἐῤῥὸν, *firmum, solidum*. *D. Salmas. d. loc.*

TEXTUS.

De verbis stipulationum.

1. *In hac olim talia verba tradita fuerunt*; Spondes? Spondeo. Promittis? promitto. Fidepromittis? Fidepromitto. Fidejubes? Fidejubeo. Dabis? Dabo. Facies? Faciam. *Utrum autem Latina an Græca, vel qualibet alia lingua stipulatio concipiatur, nihil interest: scilicet si uterque stipulantium intellectum ejus linguæ habeat: nec necesse est eadem lingua utrumque uti, sed sufficit congruenter ad interrogata respondere. Quinetiam duo Græci Latina lingua contrahere obligationem possunt. Sed hæc solemnia verba olim quidem in usu fuerunt: postea autem Leonina constitutio lata est, quæ solemnitate verborum sublata sensum & consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat, quibuscumque tandem verbis expressum est.*

NOTÆ.

Utrum latina, an Graeca] *l. 1. §. ult. eod.* & sic stipulatio usu facta est juris gentium: quod de acceptilatione traditur, *l. 8. §. ultim. de accept.*

Haec solemnia verba] Quæ etiam directa, *l. 10. C. de contr. stip.* civilia & legitima; quibus opponuntur vulgaria *l. 16. de fideic. lib.*

COMMENTARIUS.

1 *Ad substantiam stipulationis quænam adhuc requirantur.*
2 *Consectaria aliquot inde deducta.*
3 *Ut alia lingua, quam Latina, stipulatio fieri possit à Sabino inductum videri*
4 *Moribus hodiernis stipulationum & pactorum jura ferè confundi.*

Olim non quævis verba vim adstringendæ obligationis habuere, sed ea demum, quæ solemnia erant & directa, atque à jurisconsultis in hanc rem concepta parataque: quod vel ex sola definitione stipulationis intelligere licet, quæ est apud Pomponium *l. 5. §. 1. hoc. tit.* Etsi autem scrupulosa hæc verborum observatio à Leone postea sublata est, *l. 10. C. eod.* illud tamen ad vim atque substantiam stipulationis adhuc requiritur, ut fiat utroque loquente, 1
acproinde verba ex utraque parte interveniant, ut promittens respondeat congruenter interrogationi, idque sine notabili intervallo, & animo ac proposito contrahendæ verborum obligationis, *l. 1. pr. §. 1. & 2. l. inter. 83. §. 1. l. continuus 137. hoc tit. l. 7. §. quodfere. 12. de pact.* Itaque mutus ad verborum 2
obligationem non pertinet: sed neque surdus; qui quamvis ipse loqui potest, alium tamen loquentem audire non potest, *l. 1. §. pen. & ult. de obl. & act. §. mutuum 7. inf. de inut. stip.* Præterea & illud hinc sequitur, stipulationem inter absentes contrahi non posse: sed nec posse in scriptis, licet partes præsentes sint; quamvis secus sentiat Wesembecius. Utitur ille arg. *l. optimam 14. C. hoc tit. & l. non figura 38. de obl. & action.* Verum neutra id, quod vult, probat: sed illa hoc tantum, præsumptionem esse pro instrumento, in quo scriptum est, omnia solemniter esse acta, stipulationemque ritè factam; *l. sciendum 30. hoc tit. §. si scriptum 16. inf. de inut. stipul. §. ult. inf. de fideic.* hæc, non minus valere, quod literis exprimitur, quam quod verbis nuncupatur. Sed sciendum est, hoc toties verum esse, quoties verba ad constitutionem actus necessaria non sunt: quemadmodum è converso cum scriptura ad essentiam rei requiritur, verba intervenisse non sufficit, *l. contract. 17. C. de fid. instr.* Porro etiam hinc efficitur, nec eum obligari, qui sine verbis adnuit, *l. 1. §. 2. hoc tit.* ubi hoc quoque adjicitur, adnuentem tantum nec naturaliter obligari: sed hoc referendum est ad rationem juris civilis, quo jure propter defectum substantiæ obligationis ne quidem pro naturaliter obligato habeatur, qui adnuit tantum; Nam dubitandum non est, quin si quis interroganti serio adnuat, aut per literas respondeat, is jure naturæ obligetur. De congruentia interrogationis & responsionis dicemus sub *§. præterea 5. inf. de inut. stipul.*

stipul. Postremo actus stipulantis & promittentis etiamnum continuus esse debet, *l. continuus 137. princ. hoc titul.* Cæterum non omne intervallum excluditur, sed longiusculum, ut verisimile sit, ad alia negotia discessum esse, animumque contrahendi depositum, *d. l. continuus hoc tit. l. 12. princ. de duob. reis,* quo loco pro verbo *prolatus,* ut hoc obiter moneam, mihi dubium non est, quin legendum sit *Proculus.* His ita concurrentibus stipulationem contractam esse intelligimus, nisi ex circumstantiis, aut iis quæ acta sunt, probetur, non stipulandi, sed paciscendi animum partes habuisse, *l. 7. §. quod fere 12. de pact.*

Talia verba tradita] Neque aliis verbis stipulatio contrahi poterat. Itaque si quis, verbi causa, ita interrogasset, *Centum dare polliceris? Curabis hoc fieri?* respondente altero, *Polliceor* aut *Curabo,* non contrahebatur verborum obligatio. Quin tanta erat olim in verbis stipulationum scrupulositas, ut etiam dubitatum sit, an valeret hæc conceptio, *Dabis? Quidni? l. 1. §. 2. h. t.*

Latina an Græca lingua] Certum est, Romanos in omnibus actibus civilibus, qualis etiam est stipulatio, solemnibus formulis, ac verbis, ut tum dicebantur, legitimis, usos fuisse; ac proinde non nisi Latinis. Sed cum stipulationis magnus esset usus, &
3 plerumque aliis conventionibus, quæ quacunque lingua fieri solitæ erant, hæc annecteretur, propter utilitatem receptum fuit, ut & ipsa quoque quacumque lingua fieri posset: videturque primus Sabinus hoc induxisse, ut Græca lingua posset stipulatio concipi: postea vero sensim ad aliam quamvis linguam idem jus productum, *l. 1. §. ult. hoc tit.* Sic stipulatio usu facta est juris gentium: quod & de acceptilatione traditur, *l. 8. §. ult. de acceptil.*

Solemnitate verborum sublata] Leo verborum solemnes formulas in stipulationibus sustulit, & quorumvis verborum oportunitatem admisit, *l. 10. C. hoc tit.* Illa tamen, quæ paulo ante memoravimus, post hanc constitutionem adhuc manserunt, & in vi obligandi, notissima pacti & stipulationis differentia.
4 Mores vero hodierni pactorum & stipulationum jura ferè confundunt: tam enim ex nudo pacto, modo serio & deliberato initum sit, obligatio & actio nunc nascitur, quam ex stipulatione, sive hoc ex jure pontificio, ejusve juris interpretatione invaluit, sive ex eo, quod posterioribus seculis grave visum fuit, etiam in nudis pactis fidem fallere. Itaque cum hodie stipulationis non major vis sit, quam cujuslibet pacti, nulla amplius est stipulationis necessitas, nec minus pacto, quam stipulatione & fidejussores constitui, & novatio fieri, & usuræ promitti poterunt. Verbo tamen stipulandi plerumque adhuc utimur, *vid. Gomez. 2. resol. 9. n. 3. & 11. n. 3. Gudelin. lib. 3. de jur. nov. c. 5. Christin. vol. 2. decis. 91. Grot. 3. manuduct. 1. D. Tulden. comm. hic c. 2.*

TEXTUS.

Quibus modis stipulatio fit. De stipulatione pura vel in diem.

2. *Omnis stipulatio aut purè, aut in diem, aut sub conditione fit. Purè, veluti,* Quinque aureos dare spondes? *Idque confestim peti potest. In diem, cum adjecto die, quo pecunia solvatur, stipulatio fit; veluti,* Decem aureos primis Calendis Martiis dare spondes? *Id autem quod in diem stipulamur, statim quidem debetur: sed peti prius, quam dies venerit, non potest: ac ne eo quidem ipso die, in quem stipulatio facta est, peti potest: quia totus is dies arbitrio solventis tribui debet: neque enim certum est, eo die, in quem promissum est, datum non esse, priusquam is dies præterierit.*

NOTÆ.

PETI PRIUS, &C. NON POTEST] *l. 44. §. 1. de obl. & act. l. 42. h. t. l. 9. in fin. pr. de reb. cred. l. 213. de verb. sign.* quo respiciens Ulp. *l. 41. §. 1. h. t.* ait diem adjectum efficere, ne præsenti die pecunia debeatur: id est, ne debeatur plenè & efficaciter, non ita, ut & peti possit.

ARBITRIO SOLVENTIS] Quoniam adjectio diei pro reo est, *d. l. 41. §. 1.* cui ob id liberum etiam ante diem solvere, & vel invito creditore, *l. 50. de obl. & act. l. 70. de solut. l. 38. §. 16. hoc tit.* nisi fortè dies creditoris gratia adjectus, *l. 17. de reg. jur.* ut in *l. 15. de ann. leg. l. 17. §. 3. de usur.*

COMMENTARIUS.

1 *Ex pura stipulatione quod statim agi posse dicitur, quomodo accipiendum, & expositus §. ult. inf. de inutil. stip.*
2 *Dies incertus quando conditionem facit: & quid hic intersit inter legata & stipulationem.*
3 *Quid si apponatur dies finiendæ obligationis causa?*
4 *Effectus obligationis in diem, & num quod in diem debetur, ante diem rectè offeratur creditori, licet accipere recusanti.*

5. Utrum

5 *Utrum ante diem prorsus nulla sit actio, an statim una cum obligatione ipso jure actio nascatur, sed quæ intentata exceptione temporali removenda sit.*

6 *Explicatio l. 73. de verb. obl.*

7 *Formula quadam ejusdem efficacia, & alia notatu digna.*

Divisio stipulationis à diverso contrahendi modo quæ tamen non magis ad stipulationem pertinet, quam ad conventiones cæteras: nullus enim contractus, nullaque conventio, quæ non fiat vel purè, vel in diem, vel sub conditione. Quanquam in deposito dies aut conditio adjecta nihil operetur, *l. 1. § si depositum 45. & § seq. depos.*

1 *Idque confestim peti potest*] Puræ stipulationis dies, ita nostri loquuntur, statim & cedit & venit, *l. cedere 213. de verb. sign.* hoc est, id quod purè promissum est, confestim & debetur, & peti potest, *l. eum qui 41. §. 1. l. eum qui 56. §. qui ita 4. l. liber homo 118. §. 1. h. t. l. 14. de reg. jur.* Idque efficit certa juris ratio: quippe posita pura nec impedita obligatione, actionem poni necesse est, fatendumque, jus exigendi competere, *d. l. cedere d. l. liber homo §. 1.* Puram autem stipulationem ex re accipimus, non ex solis verbis; eamque intelligimus, cui nec conditio nec dies vel tacitè insit: alioqui pura stipulatio interdum & ea dicitur, quæ verbis pura est, cum tamen re dilationem habeat, & tempus tacitè complectatur; quæ huc non pertinet, *l. interdum 73. h. tit.* Non obstat definitioni propositæ quod scriptum est in §. *ult. inf. de inut. stip. eum, qui fundum aut hominem stipulatus est, non posse continuo agere, nisi tantum spatium præterierit, quo traditio fieri possit.* Hoc enim non ad jus petendi, sed ad ejus, quod petitur, solutionem, & executionem obligationis, referendum est; ut non continuo urgeatur & compellatur debitor ad traditionem aut solutionem faciendam, sed dilatio ei aliqua indulgeatur ex humanitate, & tantum temporis spatium, intra quod traditio commodè fieri, pecunia confici & solutio expediri queat. Licet enim difficultas præstandi non moretur actionem, *l. continuus 137. §. illud 4. hoc tit.* atque adeo qui decem hodie dari stipulatus est, ex ratione juris non præmaturè agat, ac proinde nec in pœnam plus petitionis incidat, etiamsi nondum finito stipulationis die petat; *d. l. liber homo §. 1. eod.* quia tamen spatium aliquod inter contractam obligationem & solutionis exactionem intercedere æquum est, atque incivile, statim cum sacco venire creditorem; *arg. l. quod dicimus 105. de solut.* placet, debitori confitenti debitum, & parato solvere, modicum tempus ad solvendam pecuniam dari, nimirum id quod reis post condemnationem indultum est, ne deteriore conditione sit, qui ultro debitum agnoscit, quam qui negat & convictus condemnatur, *l. judicatum 16. jud. solv. junct. l. si debitori 21. de judic. Don. ad l. 41. §. 1. hoc tit. n. 34. & seqq.* Cæterum DD. vulgo id judicem pro re nata, proque personarum & causæ qualitate, definire & moderari oportere statuunt, *arg. l. in fraudem 45. §. fiscalibus. 10. de jur. fisc.* & sanè nec præcisè tempus judicati servare magistratus cogitur, *l. 2. de re judic.* sed ex causa id vel arctare vel prorogare potest, *vid. Menoch. de arbitr. 2. cent. 1. cas. 27.* Dura autem nimis est Cujacii in *d. l. 41.* & Timæi Fabri *disp. ann. u. 23.* sententia, qui nullum laxamentum concedunt.

Cum adjecto die] Stipulatio in diem est, quæ fit adjecto die, quo pecunia solvatur. Diem hic certum accipere debemus, quoniam incertus conditionem facit, utique quoties incertum est, an exiturus sit; veluti in hac conceptione, *Dabis, cum Titius uxorem duxerit?* aut *cum Titius pubes factus erit? l. si dies 21. & l. seq. quand. dies leg.* Nam si illud duntaxat incertum, quando sit exiturus, certum autem, exiturum esse; veluti si quis ita stipulatus fuerit, *Dabis, cum moriar,* aut *cum morieris?* hujusmodi diem pro conditione non haberi, argumento est quod soluta ante diem mortis pecunia repeti non potest, *l. 16. cum 2. seqq. de cond. ind.* Equidem scio, in legatis hanc distinctionem observari, ut, si ita legetur, *Hæres meus cum morietur, decem dato,* id legatum quasi incerto die adscripto pro conditionali habeatur, ac proinde ad hæredem legatarii vivo hærede defuncti non transeat. Sin vero ita, *cum ipse legatarius morietur,* hoc quasi post certum diem relictum transmittatur, *l. 1. §. 2. l. hæres 79 de cond. & dem. l. 4. quand. dies leg.* Sed non est talis legati, *Hæres meus cum morietur, Titio decem dato,* & stipulationis hujusmodi, *cum morieris, decem dare spondes?* eadem ratio. In legato adjectio illa, *cum hæres morietur,* conditionem ideo facit, quia per eam vis legati in incertum eventum suspenditur: quippe quod præ moriente legatario effectum sortiri non potest. In stipulatione vero hæc adjectio *cum morieris* nullam incertitudinem parit: nam etsi ante promissorem stipulator decesserit, hæredi tamen ejus debetur, *§. 4. inf. eod.* Unum etiam genus diei planè incerti contractum conditionalem non facit, nempe in hac oratione, *cum petiero, dare spondes?* quod ex proposito contrahentium intellectum est, quorum procul dubio in hujusmodi adjectione hæc cogitatio est, ut statim & sine mora, ubi petitum erit, solvatur, non ut obligatio differat in casum: ideoque si decessero prius, quam petiero, non videtur defecisse conditio, *l. si decem 48. h. t.* Sed nec dies certus adjectus simpliciter conventionem in diem facit; verum ita demum, 3
si adjectus sit solutionis & actionis differendæ causa,

atque ut terminus à quo. Quod si apponatur dies, ut terminus, ad quem, id est, finiendæ obligationis causa, puta hoc modo, *Usque ad Calendas dare spondes?* aut, *Quoad vivam, dare spondes?* purè contracta obligatio intelligitur: cæterum petendi post Calendas, aut hæredi petenti obstabit exceptio pacti aut doli mali, *l. obligationum 44. §. 1. de obl. & act. l. eum qui 56. §. qui ita 4. hoc tit.* vide quæ *sub. §. seq.* Porro dies vel apertè adjicitur, ut in formulis usitatis, *Calendis Martiis, proximis nundinis, post biennium*: vel tacitè stipulationi, verbis alioqui puræ, inest, propter vel loci adjectionem, vel qualitatem rei promissæ, ut in stipulatione operis faciendi, fructuum nasciturorum, *l. 14. l. continuus 137. §. 2. & 3. hoc tit. §. loca inf. eod.*

Statim quidem debetur] *L. stipulatio 38. §. inter. 16. l. centesimis 46. hoc tit. l. cedere 213. de verb. sign.* Atque hujus præsentis obligationis intuitu hu-
4 jusmodi stipulatio pura interdum dicitur, ut & ejusdem generis legatum, oppositivè nimirum ad stipulationes & legata conditionalia, *l. 9. § 1. de novat. l. 79. de cond. & demonst.* Quid ergo est, quod Ulpianus in *l. eum qui 41. §. 1. hoc tit.* ait, *diem adjectum efficere, ne præsenti die pecunia debeatur?* nimirum verbum debendi cum effectu eo loco Jurisconsultus accepit: ut sit sensus, diem adjectum efficere, ut ante diem non debeatur plenè & efficaciter, non ita, ut & peti possit: quod locus ipse satis evincit. Non negat igitur Jurisconsultus, diem stipulationis cessisse; quod pugnaret cum manifesta ratione juris; sed venisse negat. Etsi autem diei adjecti hæc vis est, ut ante diem agi non possit: alia tamen præsentis obligationis effecta sunt. Stipulatori hæc commoda affert, ut id debitum absolutum ante diem, quamvis per errorem, repeti non possit: *l. 10. de cond. ind.* ut possit novari & constitui, atque ita possit, ut etiam ante diem obligationis principalis peti possit, *l. 1. & l. 5. de novat. l. 3. §. ult. & l. seq. de pec. const.* In debitore hoc efficit, ut & ante diem vel invito creditore rectè solvat, *l. quod quis 50. de obl. act. l. quod certa 70. de solut. l. stipulatio 38. § inter 16. l. continuus 137. § 2. hoc tit.* quod interpretandum ex *l. 9. C. de solut.* Nam cum diei adjectio pro re sit, non pro stipulatore, *d. l. 41. §. ult. eod.* medium tempus reo liberum esse debet ad solutionem: quæ etiam ratio redditur in *d. l. stipulatio, & d. l. quod certa.* Et vero quidni mihi liceat dilationi pro me introductæ renuntiare? *per vulg.* Et miror, adeo Cujacium in re tam aperta dissensisse, atque eo magis, quod sententiæ suæ firmamentum petit ex *l. item 18. de pec. const.* qui locus etsi solus esset, illum jugularet. Nihil sententiam Cujacii juvat *l. si soluturus 39. de solut.* nunquam enim obtinebitur, importunum tempus esse id, quod diem adjectum antecedit. Postea comperi, & Guiliel. Masium dissentire, *lib. 1. singul. opin. cap. 4.* cujus argumentis vel una hac responsione occurri potest, nempe quod cuique jure facere licet, id ei licere etiam altero invito. Planè, si apparet diem adjectum esse etiam creditoris gratia, aliud dicendum est; veluti si quid certo loco dari promissum fuerit, *l. 2. quod cert. loc. l. qui Romæ 122. pr. hoc tit. facit l. 15. de ann. legat. l. 17. de reg. jur. Don. in d. l. 41. §. 1. num. 47. & seq. D. Tulden. comm. hic cap. 12.*

Peti prius, quam dies venerit] Quod in diem debetur sive ex stipulatione sive ex alia causa, id ante diem peti, eo nomine agi, debitoremve conveniri, antequam dies venerit, non posse, innumeris locis proditum est, *l. certi 9. in fin. pr. de reb. cred. l quoties 21. de oper. libert. l. 7. l. 14. quib. ex cap. in poss. l. cedere 213. de verb. sign. l. obligationum 44. §. 1. de obl. & act. l. 14. l. qui hoc anno 42. l interdum 73. l. existimo 98. §. 1. hoc tit. cum simil.* Atque hactenus quidem interpp. omnes conveniunt, quod etsi dies adjectus non impedit, quominus obligatio statim oriatur, tamen efficiat, quominus statim agi possit. Cæterum non levis 5 quæstio est, agitata Citramontanos inter & Ultramontanos, ut apparet ex Cyno & Saliceto in *l. un. C. ut act. ab hared.* circa explicationem horum verborum, *agi, peti non posse*: utrum scilicet ea sic accipienda sint, ut nulla prorsus ante diem actio esse intelligatur; an vero sic, ut ipso quidem jure una cum obligatione protinus nascatur actio, sed quæ ante diem cum effectu intentari nequeat, æque intentata exceptione temporis & plus petitionis submoveatur. Ego in hac quæstione posteriorem sententiam, quæ Citramontanorum fuit, probandam censeo cum Salic. in *d. l. un. & Gomez. 2. resol. 11. num. 21.* Etenim posita causa obligationis proxima, præsenti videlicet obligatione, non potest non poni actio. Sed sunt alia hujus rei argumenta. Agenti ante diem dicitur obstare exceptio, *§. temporales 10. inf. de except.* At exceptio necessario præsupponit actionem. Qui ante diem agit, *præmature, male, & perperam* agere dicitur, *l. un. in fin. quand. dies us. leg. ced. l. liber homo 118. §. 1. hoc tit. l. 2. §. qui ita 6. de eo quod cert. loc. & tempore plus petere, §. si quis 33. inf. de action.* Qui autem nullam omnino actionem habet, si quid moverit, is non *male agere*, sed *inutiliter, l. bovem 43. § pen. de ædil. edict.* nec *plus petere*, sed *nihil facere*, dicitur, *d. l. un. in fin.* Adhæc effectu nihil interesse, utrum stipulationi puræ factæ dies postea adjiciatur, an ab initio adjecto die stipulatio fiat, clare arguit *d. § temporales, inf. de except.* & frigide contra disputat Don. ad *l. 41. §. 1. num. 41. & 1. seqq.* Denique si dies finiendæ obligationis causa, atque, ut loquuntur, adjectus per modum termini

mini ad quem, adveniens obligationem & actionem ipso jure non tollit, sed hoc tantum efficit, ut per exceptionem actio elidatur; etiam adjectus differendæ obligationis & actionis causa, atque ut terminus à quo, efficere non poterit, ne statim obligatio & actio nascatur; sed hoc tantum, ut mota ante diem actio exceptione temporali excludatur. Non obstat quod ajunt, contractus & obligationes pendere à voluntate contrahentium, *l. 5. C. de obl. & act.* actus agentium non operari ultra eorum intentionem, *l. non omnis 19. de reb. cred.* ut proinde, cum debitoris intentio non sit, ut ante diem obligetur, nec creditoris, ut obliget, dicendum videatur, nec ante diem adjectum obligationem & actionem nasci. Nam voluntate contrahentium ratio juris publici mutari non potest, quo placuit, certis modis obligationem constitui & finiri, inter quos non est tempus, *l. obligation. 44. §. 1. de obl. & act.* Deinde non hoc in proposito agunt contrahentes, ne statim nascatur obligatio, sed ut differatur obligationis executio. *D. Bachov. hic.* Magis obstat *l. interdum 73. hoc tit.* ubi Jurisconsultus, propositis aliquot speciebus stipulationum, quæ ex re ipsa dilationem capiunt, subjicit, *tunc actionem incipere,* &c. Et mox, *non ante cedere diem,* &c. An dicimus, aliud juris esse, cum dies tacite inest, aliud cum aperte adjicitur; An potius exemplorum omnium, quæ in *d. l. 73.* confusim proponuntur, non unam eandemque esse rationem? Sane enim etsi stipulationes illic propositæ in eo omnes conveniunt, quod dilationem habeant, non eandem tamen habent omnes; sed aliæ ex tacita conditione, ut stipulatio operarum; aliæ ex conditione & die simul, ut stipulatio fructuum futurorum; aliæ ex die duntaxat, ut quod certo loco dari promissum est: secundum quæ nisi prædicta illa, *actionem incipere, diem cedere,* commode explicentur, in certissima juris principia impingatur necesse est. Sic ergo sentio, ex stipulatione in diem concepta statim & obligationem nasci, & simul actionem quoad habitum & actum primum: sed diem adjectum impedire seu suspendere actum secundum, id est, exercitium actionis & operationem: breviter, ipso jure etiam actionem competere, sed quæ intentata ante diem stipulatione comprehensum exceptione repelli possit. Quid intersit, actio ipso jure non competat, an quæ competit, per exceptionem removeatur, dicemus *inf. sub tit. de except.*

Ne eo quidem ipso die] Apparet igitur, in hoc genere dici debere, diem venisse, non cum dies stipulatione comprehensus venit; sed cum is dies venit, qui illum sequitur. Est enim is, quo primum pecunia peti potest: non is, in quem stipulatio collata, *l. cedere diem 213. de verb. sign.*

Totus arbitrio solventis] Tempus adjectum pro reo, non pro stipulatore est, *l. 41. §. 1. hoc tit. l. 17. de reg. jur.* ideoque nisi partes adjecti temporis omnes præterierint, stipulator non recte agit: ut puta, qui hoc anno, aut hoc mense dari stipulatus est, is non recte petit, nisi omnibus partibus anni vel mensis præteritis, *l. qui hoc 42. hoc tit. §. ult. inf. de inut. stip.* Plane, si quis ita stipuletur, *hodie dare spondes?* puram esse hanc stipulationem Papinianus respondit: neque enim in proposito diem differendæ actionis insertum videri, sed quo præsens ostendatur esse responsum, *l. liber homo 118. §. 1. eod.* Sive autem hac formula concepta sit stipulatio; *Proximis Calendis Martiis, hoc biennio, proximis nundinis, dare spondes?* sive ita, *Ante Calendas, ante biennium, ante nundinas?* sive denique hoc modo, *Post Calendas, post biennium, post nundinas?* non prius recte peti potest, quam Calendæ, biennium, nundinæ præterierint; ut promissio semper in tempus finitum, non cœptum referatur, *l. 13. l. 41. cum l. seq. l. eum qui 56. §. qui ita 5. l. 138. eod.* In diversis temporibus longissimum sequemur, sicut in summis sequimur minimam, *l. 12. eod.* Quod si simpliciter hoc modo, *Calendis Januariis dabis?* nisi primas accipimus, inutilis futura est stipulatio, *d. l. 41. in pr.* Qui certam summam in tribus terminis se soluturum promisit, in ea causa à DD. habetur, ac si annua bima trima die promisisset, id est, ut universa summa in tres pensiones annuas dividatur. Sed recte prudentissimus D. Tuldenus hoc ita demum probandum ait, si per relationem aut saltem ex consuetudine hoc actum appareat: alioqui judicem tempus arbitraturum habita ratione summæ & personæ promissoris.

TEXTUS.

De die adjecto perimendæ obligationis causa.

3. At si ita stipuleris, Decem aureos annuos quoad vivam dare spondes? *& pure facta obligatio intelligitur, & perpetuatur: quia ad tempus non potest deberi: sed hæres petendo pacti exceptione submovebitur.*

NOTÆ.

3. Decem annuos] sive in singulos annos, aut quotannis. Quæ adjectio fieri intelligitur non differendi, sed multiplicandi causa. Eo autem omisso, confestim quidem adhuc decem peti possunt, sed semel tantum, *l. 56. §. 4. h. t.*

Quoad vivam] Quid si hoc omissum? Tum effectus obligationis etiam post mortem durabit, *l. 16.*

§. *1. eod.* Legati autem annui ratio nonnihil diversa *d. l. 16. §. 1. l. 4. l. 11. de ann. leg. l. 10. quand. dies leg.*

Quia ad tempus] Nam quod alicui deberi cœpit, certis modis deberi desinit, puta solutione, acceptilatione, novatione, &c. nihil autem horum est tempus, *l. 44 § 1. de obl. & act.*

Pacti exceptione] Vel doli mali, propter illa verba, *quoad vivam*, quæ finiendæ obligationi adjecta, *d. l. 56. §. 4. d. l. 44. §. 1.*

Commentarius.

1 *Quid juris, si quis stipuletur decem quoad vivet, non addito annua.*

2 *Quid si decem in singulos annos, omisso, quoad vivet.*

3 *Quid, cum obligatio unius summa in plures pensiones dividitur.*

4 *Quibus rebus differat stipulatio in singulos annos à simili legato. Et qui istius differentiæ effectus.*

5 *Quid juris in casu hic proposito.*

Agitur hic de efficientia diei stipulationi adjecti in modum termini ad quem, id est, perimendæ obligationis causa, doceturque, ea conventione non fieri, ut aut ab initio suspendatur obligatio, aut postea tempore ipso jure finiatur: cæterum stipulatorem post tempus petentem pacti conventi exceptione summoveri. Affertur pro exemplo casus, quo quis
1 annuum quid stipulatur, quoad vivet. Nos vero, ut res planior fiat, tres casus distinguemus. Primus hic fit, si quis stipuletur decem, *quoad vivet*, non addito, *annua* aut *in singulos annos.* In hac specie responsum est, decem confestim recte peti, quemadmodum si quis usque in Calendas dari stipulatus fuerit, etiam ante Calendas petere potest. Sed & obligationem perpetuari, ideoque & hæredem illius, & hunc, post Calendas petere posse: cæterum petentes exceptione pacti conventi aut doli mali submoveri, *l. eum qui 56. §. qui ita, hoc tit. l. 44. §. 1. de obl. & act.* Utrum autem, qui decem, quoad stipulator vivet, dare spopondit, intelligatur decem semel, quod Duareno in *d. l. 56.* placet, an decem annua promisisse, quod Donello *ibid.* & D. Tuldeno in *comm. hic, cap. 11.* & ego quoque verius puto, (certe usui loquendi hodierno magis convenit) ad id de quo nunc quæritur, id est, an statim ex ea stipulatione agi possit, & semel constituta perpetuetur, nihil interest. Alter
2 casus hic esto; si ita stipulatio concepta sit, *Decem in singulos annos dabis?* omissis his verbis, *quoad vivam.* Hic illud primum tenendum est, effectu nihil interesse, utrum quis decem in singulos annos, an decem annua, an decem quotannis aut singulis annis stipuletur, uti nec in legato annuo refert, quibus ex his verbis utare, *l. 8. §. si in singulos 23. de transact. l. 12. §. novissime quand. dies leg.* Deinde in hac stipulatione adjectionem annorum non efficere, quo minus statim nascatur obligatio & actio, *arg. hujus §. 6. fac. l. 20. quand. dies leg. l. eum qui 56. §. 4. hoc tit.* ac proinde initio cujusque anni decem tanquam pure promissa recte peti. Ratio est, quia annorum adjectio non differendi, sed multiplicandi causa facta intelligitur: idque ex eo apparet, quod nisi anni adjecti essent, intelligeremus, summam semel tantum deberi, non sæpius. Non idem juris est, cum quid promittitur hoc anno, hoc biennio, & semel: quoniam in re, quæ etiam anno non adjecto deberetur, non potest intelligi annus adjectus, nisi obligationis differendæ causa, *l. qui hoc 42. hoc tit.* Aliud 3
quoque est, cum aperte obligatio unius summæ in plures pensiones dividitur: veluti si centum à te stipulatus sim, & convenerit inter nos, ut eam divisis trium annorum pensionibus præstares; hic primi anni pensio non nisi finito primo anno peti potest; eademque ratio est sequentium, *l. lecta 40. de reb. cred. l. 3. de ann. legat. l. si cui 49. de legat. 1.* Postremo annuam stipulationem unam esse & perpetuam, ita ut ad hæredes quoque obligatio transmittatur, *l. 16. §. 1. hoc tit. argum. l. 13. C. eod. Moller. 5. semestr. 48.* quamvis id negat Bart. *arg. l. sancimus 34. §. ult. versic. sin autem, C. de donat.* Nam, ut bene observaverunt Contius & Cujacius, in eo versiculo corrupte legitur, *vel adjiciatur tempus vitæ;* eo enim modo si legas, pugnabit ex diametro d. versiculus cum principio §. itaque omnino legendum *vel non adjiciatur*, ut Græci *lib. 47. βασιλικῶν.* Multum ergo differt stipulatio in singulos annos à simili legato. Legatum annuum multiplex est, *l. 10. quand. dies leg. l. 11. de ann. legat.* neque infinitum 4
tempus habet, sed morte legatarii finitur, *l. 4. d. tit. l. 16. §. 1. hoc tit.* Sic enim jus est, cum annum aut in annos singulos legatur, ut primi quidem anni jam cœpti legatum purum habeatur, & defuncto post mortem testatoris legatario, ad hæredem ejus legatum illius anni transeat, sequentium vero annorum legata conditionalia existimentur, iisque inesse videatur hæc conditio, si legatarius vivet, ejusque tantum anni legatum transmittatur quo legatarius vixit, *l. 4. l. 8. de ann. legat.* Unde etiam illud est, quod per singula legata excutitur persona legatarii, an jus capiendi habeat, *l. 11. d. tit.* Diversa omnia in stipulatione annua. Hæc una est, *d. l. 16. §. 1. hoc tit.* ut tamen sit plurium pensionum diversis temporibus exigendarum & præstandarum, *l. si à colono 68. de fidejuss.* Hinc fit, ut conditio stipulatoris semel tantum & initio contractus inspiciatur, *l. senatus 35. §. ult. de mort. ca. don. l. si filiusfam. 78. hoc tit.*

Cujus

Cujus differentiæ hic effectus, ut si verbi causa servus, cui annuum legatum est, primo aut altero anno post mortem testatoris consequatur libertatem, sequentium annorum legata sibi acquirat, *l. 12. §. 2. quand. dies leg.* quod secus esse dicemus in annua stipulatione, *d. l. si filiusfam. & d. l. senatus, §. ult.* Postremo, ut jam diximus, stipulatio in annos singulos perpetua est, nec morte stipulatoris finitur, *d. l. 16. §. 1. hoc tit.* Cur tam varie. Nimirum quia testator in legato annuo, etsi non adjecerit, *quoad vivet legatarius*, soli tamen legatario consulere voluisse creditur, non hæredi ejus. Præsumptio ex eo, quoniam legata vel ob meritum personæ legatarii, vel ob testatoris erga eum benevolentiam relinqui solent, *l. 9. cum seq. pro soc.* quorum neutrum in hæredem legatarii, utpote quem testator non novit, cadere potest. At in conventionibus pro communi hominum affectu ea mens & cogitatio contrahentium esse putatur, ut qui sibi cavet, etiam hæredibus cautum velle intelligatur, nisi contrarium probetur, *l. 9. de probat.* Plane, si causa obligationis cohæreat personæ stipulatoris, veluti si quid annui in alimenta alicui promissum fuerit, aut si medicus certam summam annuam stipuletur, *l. 10. §. 1. de ann.* dicendum est, tali stipulatione personam hæredis non contineri, ideoque si petat, doli mali exceptione posse submoveri. Tertius & postremus casus sit, qui hic proponitur, si quis stipuletur, decem annua, *quoad vivet*, sibi dari. Justinianus expresse ait hoc casu obligationem pure factam intelligi, atque etiam perpetuari, quoniam ad diem obligatio constitui non potest. Quamobrem, quod proprium est puræ obligationis, ex hac stipulatione similiter, ut ex superiore, confestim seu initio cujusque anni recte agetur, nec morte stipulatoris finietur obligatio. Cæterum hoc inter hunc & præcedentem casum interest, quod hic hæredes stipulatoris petentes pacti conventi exceptione repellantur, propter verba illa, *quoad vivam*, quæ finiendæ obligationis causa adjecta esse constat; *l. eum qui 56. §. 4. hoc tit. l. obligationum 44. §. 1. de obl. & act.* illic obligationis effectus etiam post mortem duret, *l. 16. §. 1. hoc tit.*

Textus.
De Conditione.

4. *Sub conditione stipulatio fit, cum in aliquem casum differtur obligatio, ut si aliquid factum fuerit, vel non fuerit, committatur stipulatio. Veluti*, Si Titius consul fuerit factus, quinque aureos dare spondes? *Si quis ita stipuletur*, Si in Capitolium non adscendero, dare spondes? *perinde erit, ac si stipulatus esset, cum moreretur, sibi dari. Ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri: eamque ipsam spem in hæredem transmittimus, si prius quam conditio extet, mors nobis contigerit.*

Notæ.

Perinde ac si cum moreretur] In eo utraque hæc stipulatio convenit, quod ex neutra ante mortem agi potest: cæterum illa, *Si in Capitolium non adscendero*, conditionalis est, & obligationem differt: altera vero, *cum moriar*, in diem, quæ non differt obligationem, *l. 17. & seq. de cond. ind.*

In haeredem transmittimus] Ut existente postea conditione etiam hæres stipulatoris agere possit, *l. 57. h. t.* fac. *l. 8. de per. & commod. rei vend.* Non idem est in conditionalibus legatis *l. 4. l. 5. §. 2. quand. dies leg.* Cur tam varie? Quia stipulationes etiam conditionales ex præsenti vires accipiunt, quamvis obligatio & petitio in suspenso sit, *l. 26. de stip. serv. l. 144. §. 1. de reg. jur.* Legata autem demum cum deberi incipiunt, *d. l. 4. & 5. l. un. §. 7. C. de cad. toll.* Unde & aliæ differentiæ, de quibus in *l. 42. de obl. & act. l. 27. qui & à quib. man. l. 78. h. t. l. 18. de reg. jur.*

Commentarius.

1. *Quid sit conditio & quotuplex: tum quæ conditiones inutilem stipulationem ab initio faciant.*
2. *Etiam promissiones, quibus tacite conditio inest, pro conditionalibus esse.*
3. *In conditionibus arbitrariis quid juris.*
4. *De cautione Muciana, & an ea quoque locum habeat in contractibus.*
5. *Pendente conditione nihil dum deberi: & quæ inde consequentia.*
6. *Insigne discrimen circa stipulationes & legata conditionalia.*
7. *An id discrimen quoque pertineat ad conditiones arbitrarias.*

Hactenus dictum de stipulatione pura, & ea, quæ fit in diem: sequitur ea, quæ fit sub conditione. Conditio, ut alibi quoque definivimus, est adjectio, qua id quod dari aut fieri volumus, confertur in aliquem casum: ad quem modum etiam hic definitur. Itaque

Itaque duo hæc conditionem faciunt, dilatio, & casus, sive incertus eventus. Ac proinde quæ adjectiones obligationem non differunt, quales sunt, quæ ad præsens aut præteritum tempus referuntur, §. *pen. inf. eod.* & quas certum est omnimodo extituras esse; veluti si stipuler mihi dari, *si morteris; si Calendis sol orietur*, *l. 18. de cond. ind. l. hæres 79. de cond. & dem. l. 9. §. 1. de novat.* pro conditionibus non sunt habendæ. Enimvero quicquid adjectum rem in incertum eventum differt, id sive arbitrarium est, sive fortuitum, sive mixtum ex utroque, stipulationem facit conditionalem, *l. centesimis 46. §. 2. l. quicquid 99. §. 1. l. à Titio 108. l. ita stipulatus 115. §. 1. & 2. hoc tit. l. 2. l. 7. de cond. & dem.* Atque hinc nata distinctio vulgo recepta, quod conditiones quædam sint casuales, quæ scilicet à solo casu dependent, veluti, *Si Titius consul factus fuerit, vel non fuerit.* Quædam potestativæ, quarum impletio in potestate reorum est, ut, *Si Capitolium adscenderis, vel non adscenderis.* Quædam mixtæ, partim fortuitæ, partim arbitrariæ, ut, *Si Mæviam uxorem duxeris.* Duæ omnino conditiones sunt, quæ inutilem conventionem ab initio efficiunt, conditio impossibilis in faciendum concepta, *l. 7. hoc tit. §. impossibilis, inf. de inut. stip.* & ea, quæ in arbitrium rei promittendi aperte collata est, *l. 17. d. l. 46. §. ult. d. l. 108. §. ult. hoc tit. l. 8. de obl. & act. l. 13. C. de cont. empt.*

2 *Cum in casum differtur obligatio*] Atque ideo existente demum casu, in quem dilata est, dies hujus obligationis cedit, neque antea quicquam deberi intelligitur, *l. cedere 213. de verb. sign.* Differtur autem obligatio in casum non tantum conditione conventione expressa, ut in exemplis hic propositis; sed etiam intellecta seu tacite comprehensa. Quod ex rebus ipsis intelligitur. Puta vel ex incerto tempore, veluti si dies incertus stipulationi adjectus fuerit, qui an exiturus sit, ignoretur, de quo dictum §. 2. vel ex demonstratione rei promissæ in futurum collata. Ut in hac conceptione, *Stichum, qui hoc anno tuus erit, dare spondes? l. 6. de legat. 1. l. nuper 85. de legat. 3.* item in hac, *quod patrem meum debere constiterit, dare spondes? l. qui Romæ 122. §. Aggerius 4. hoc tit.* vel ex rei promissæ natura. Veluti cum promittitur res, quæ nondum est in rerum natura; utrum autem futura sit, pendet ex incerto naturæ aut juris eventu. Cujus generis est promissio fructuum, qui in fundo nascentur, *l. interdum 73. hoc tit.* item promissio dotis, cui inest hæc conditio, si nuptiæ sequantur, *l. 21. de jur. dot.* Itaque has etiam conventiones, & si quæ sunt similes, sciamus conditionales esse.

Committatur stipulatio] Committi stipulatio dicitur existente conditione, sub qua stipulatio facta est, ut jam ex ea agi possit, *l. ita stipulatus 115. §. 1. & 2. l. qui Romæ 122. §. Aggerius 4. h. t.*

Si in Capitolium non adscendere] Jurisconsulti cum de conditionibus tractant, creberrime his exemplis utuntur, *Si in Capitolium adscenderis*, aut, *Si in Capitolium non adscenderis.* Quod ex consuetudine Romanorum fluxit, quia precaturi aut sacra facturi una cum Pontifice in sacram arcem scandebat. Horat. 3. *carm. ad Melpomenen.*

Non omnis moriar, multaque pars mei
Vitabit Libitinam. Usque ego postera
Crescam laude recens, dum Capitolium
Scandet cum tacita virgine pontifex.

Tacit. *lib.* 14. *Exin Capitolium scandunt, Deosque tandem venerantur.* Plin. *in paneg. Tibi adscendenti de more Capitolium civium clamor, ut jam Principi occurrit.* Plura hujusmodi in veterum scriptis observavit *D. Duar. 1. disp. 15.*

Ac si stipulatus, cum moreretur] In conditionibus arbitrariis, quæ in non faciendo sunt conceptæ, expectatur donec certum atque exploratum sit, fieri amplius non posse. Ut ecce, si hoc modo stipulatus fuero, *Si intra biennium Capitolium non adscenderis, dari spondes?* non nisi præterito biennio recte petant, *l. quicquid 99. §. 1. hoc tit.* Idem est, si conditio in dando posita sit, dummodo stipulatio à conditione incipiat. Veluti sit ita cautum, *Si Pamphilum non dederis, tantum dari spondes?* nam & hic responsum est, non ante committi stipulationem, quam si Pamphilus desiisset posse dari, *l. ita stipulatus 115. §. 2. eod.* Dixi, si stipulatio dandi à conditione cœpit: nam si non à conditione, sed ab alia pactione cœperit, veluti si ita fuerit concepta, *Pamphilum dari spondes? si Pamphilum non dederis, tantum dari spondes?* committitur stipulatio simul ac debitor interpellatus facere potuit, neque fecit, *d. l. 115. §. 2.* His consequens est, si simpliciter sic fuerit concepta stipulatio, *Dabis, si in Capitolium non adscenderis?* post mortem demum rei promittendi stipulationem committi; quandoquidem tum demum certum esse cœpit, in Capitolium eum adscendere non posse, *d. l. 115. §. 1.* Quod si conditio non faciendi in personam rei stipulandi collata fuerit, ut in exemplo hic proposito, illius mors expectanda erit. Et itaque illo casu hæres promissoris demum conveniri potuerit, hoc demum agere hæres stipulatoris. In legatis sub conditione non faciendi collata in potestatem legatarii aliud servatur, placetque desiderante legatario statim repræsentari legatum, dum is caveat, nihil se ejus facturum, quod testator fieri noluit; si contra fecerit, rem una cum fructibus restiturum: quæ cautio, quod à Q. Mucio inventa & composita est, Muciana dicta, *l. 7. l. 18. l. hares 79. §. 2. de cond. & dem.* Quæ vero ratio est, quod hæc cautio in legatis 4

legatis & hæreditatibus admissa, in contractibus non item? nimirum quia voluntati testatoris satis fieri intelligitur, modo ne peccetur contra conditionem, quod solum testator creditur spectasse. In stipulationibus autem sine injuria promissoris admitti non potuit. Nam qui promittit sub hujusmodi conditione, *si in Capitolium non adscendero* satis aperte hoc agit, ut ne ipse unquam conveniatur, sed demum ipsius hæres: & eadem conditione in personam stipulatoris collata, ne stipulator unquam petere possit, sed, illo mortuo, hæres ejus: & alias quoque in ambiguo secundum promissorem interpretatio fit, & stipulatori imputatur, quod non apertius stipulationem conceperit, *l. quicquid 99. hoc tit.* Aliam rationem reddit Ant. Fab. 2. *conj.* 16. quod nisi hæc cautio inventa esset, legata sub conditione non faciendi intercciderent; quam & olim Porcius attulit, & solidiorem esse nonnulli existimant. Sed hæc ratio in hæreditatibus valere potest; in legatis falsa est; quippe cum, ut ad hæredem legatum transferatur, sufficiat moriente legatario diem legati cedere, *l. ult. de cond. inst. Gomez. 2. resol. 11. n. 37. Cujac. 14. obs. 22.*

Ac si cum mereretur] Hoc magna indiget cautione. Nam similitudo harum cautionum. *Si Capitolium non adscendero, dare spondes?* &, *Dabis, cum moriar?* in eo duntaxat consistit, quod ex neutra cum promissore agi potest ante mortem stipulatoris: cætera sunt dissimiles. Quippe prior illa conditionalis est; non actionem tantum, sed etiam obligationem differens; altera in diem, ex qua licet ante diem non recte agatur, præsens tamen obligatio est, *l. nam si 17. cum l. seq. de cond. ind.*

5 *Tantum spes est debitum iri*] Vis conditionis omnis hæc est, ut pendente ea nihildum debeatur, ea impleta perinde habeatur, ac si ab initio pure debitum fuisset; deficiente, quasi nulla unquam fuisset obligatio, *l. 16. de cond. ind. l. 26. de cond. inst. l. 5. §. 2. quand. dies leg. l. cedere 213. de verb. obl. l. 8. de per. & com. rei vend. l. 11. §. 1. qui pot. in pignor.* Cum itaque pendente conditione necdum ulla obligatio nata sit, consequens est id, quod sub conditione debetur, ante eventum conditionis non recte solvi, ac proinde si pendente conditione solutum sit, repeti posse, *d. l. 16. l. 18. l. qui promisit 48. de cond. ind. l. stipulatio 38. §. interdum 16. hoc tit.* eademque ratione nec novari poterit, aut constitui, nisi hac lege, ut eadem conditio expectetur *l. 14. §. 1. de novat. l. id quod 19. de pec. const.* Hinc intelligitur, quantum intersit inter stipulationem in diem, & conditionalem.

Eamque spem in hæredem transmittimus] Si pendente conditione aut stipulatori aut promissori quid humanitus contingat, nihilominus in suspenso manet obligatio, atque existente postea conditione stipulatio committitur, ut aut hæres stipulatoris agere, aut hæres promissoris conveniri possit, §. *pen. inf. de inut. stip. l. si quis 57. hoc tit. l. in quantitate 73. §. 1. ad leg. Falc. fac. l. 8. de per. & commod.* Non obstat regula juris veteris, quæ vetabat obligationem ab hærede aut contra hæredem incipere. Nam 6
conditio existens retrotrahitur ad tempus contractus; hoc est, ubi semel extitit conditio, perinde habetur, ac si ab initio sine conditione obligatio contracta fuisset, *l. 11. §. 1. qui pot. in pign. d. l. 8. de peric. & comm.* Cur ergo diversum jus sequimur in conditionalibus legatis, placetque mortuo ante eventum conditionis legatario ad hæredem ejus nec spem ullam transmitti; *l. 4. l. 5. §. 2. quand. dies leg. l. un. §. sin autem 7. C. de cad. toll.* Cur, inquam, cum tam ex causa legati conditionalis, quam ex simili stipulatione, spes sit debitum iri, non æque spes illa transmittitur in hæredem legatarii, atque in hæredem stipulatoris? Nimirum ideo, quia cum, beneficia suprema voluntate ob merita plerumque dari, aliamve ob causam solent, propter quam ad complectendum aliquem afficimur, *l. 9. pro soc.* existimandum est testatorem in legando personam tantum legatarii cogitasse, eique soli, non etiam hæredi ejus, qui incertus est, beneficium conferri voluisse. At in pactis & contractibus non tam ad personas paciscentium, quam ad rem familiarem respicitur, creditorque quisque eo animo esse, ut non tantum sibi, verum etiam hæredibus suis prospectum velit, *l. 9. de probat. add. Gomez. 2. resol. 11. num. 12. D. Tulden. comm. hic, cap. 7.* Adhæc contractus etsi conditionalis est, tamen ex præsenti vires accipit, *l. 26. de stip. serv.* argumento est, quod jam ab initio hactenus personas contrahentium adstringit, ut alteri, invito altero, non liceat ab eo recedere, *l. 5. C. de obl. & act.* Unde quoque est, quod eum, qui sub conditione stipulatus est, etiam pendente ea placet creditorum numero in quibusdam causis haberi, *l. 10. l. conditionales 54. de verb. sign. l. 4. de reb. auct. jud. poss. l. 9. §. 1. l. 11. §. 1. qui pot. in pign. l. filiusfam. 78. hoc tit. l. 16. de solut.* in quo item dissimilis causa est ejus, cui sub conditione legatum est, *l. is cui 42. de obl. & act.* Cujac. in *d. l. 10. de verb. sign.* Enim- 7
vero quod hic simpliciter traditum est, ex conditionali stipulatione quæ spes est debitum iri, eam ad hæredem stipulatoris transmitti, id plerique opinantur ad eas duntaxat conditiones pertinere, quæ à casu pendent; arbitrarias autem morte ejus deficere, in cujus potestatem collatæ sunt, *argum. l. qui heredi 44. l. si expressum 69. l. à testatore 109. de cond. & dem. l. si ita 65. §. 1. de legat. 1. Gail. 2. obs. 2.* Verum ego putarem, in contractibus distinguendum esse inter ipsas conditiones arbitrarias, ut siquidem factum contineant cohærens personæ, aut alias in appenen-

ponendo persona solummodo spectata sit, earum implendarum jus ad hæredem non transeat. At si talis sit conditio, quæ eodem modo ab hærede impleri possit, puta si in dando consistat, hic quia non videtur persona operave personæ spectata, dicam, jus implendæ conditionis, licet arbitrariæ, ad hæredem stipulatoris transmitti. Nam cum hujuscemodi conditio per quemvis alium nostro nomine impleri possit, cur non & per hæredem possit, qui eadem persona cum defuncto habetur? *l. ult. de cond. inst. fac. l. diem 27. §. 1. de recept. arb. l. si prædio 15. de in diem addict. l. 8. de per. & comm. rei vend. l. 2. Cod. de pact. int. empt. vid. Duar. in Scævol. num. 14. & seqq. Cujac. in l. si quis 57. hoc tit. D. Tulden. comm. hic, cap. 8.*

TEXTUS.

De loco.

5. Loca etiam inseri stipulationi solent, veluti, Carthagini dare spondes? *Quæ stipulatio licet pure fieri videatur, tamen re ipsa habet tempus adjectum, quo promissor utatur ad pecuniam Carthagini dandam. Et ideo si quis Romæ ita stipuletur,* hodie Carthagini dare spondes? *inutilis erit stipulatio, cum impossibilis sit repromissio.*

NOTA.

IMPOSSIBILIS REPROMISSIO] Cajus tamen *l. ult. §. 4. h.t.* casum proponit, quo etiam talis stipulatio utilis esse potest.

COMMENTARIUS.

HUjus tituli §. 2. cum de stipulatione in diem ageremus, diximus, esse quasdam stipulationes, quæ licet verborum figura puræ sint, tamen ad stipulationes in diem factas referri debeant, propterea quod tacite tempus complectantur, atque ex re ipsa dilationem habeant: cujus generis etiam ea est, de qua hic agitur, cum locus stipulationi insertus est.

Re ipsa dilationem habet] Cum stipulamur quid dari certo loco, puta Carthagini aut Ephesi, stipulatio verbis pura ex re ipsa dilationem capit: inest enim tacite tempus, quo Carthaginem aut Ephesum perveniri possit: nam alioqui præstatio fit impossibilis, *l. eum qui 41. §. 1. l. interdum 73. l. continuus 137. §. 2. hoc tit. l. 2. §. qui ita, quod cert. loc.* Quodnam vero tempus hic accipi oporteat, docet inter nos docet Venuiejus *ad l. continuus, §. 2.* nimirum totam eam rem ad judicem, id est, virum bonum, remitendam esse, qui æstimet, habita ratione temporis πρὸς τὸ τῆς ὁδοῦ διάστημα, ætatis, sexus, valetudinis, quanto tempore diligens paterfam. conficere possit, quod facturum se promisit.

Si quis Romæ, &c.] Si quis Romæ stipuletur, *Hodie Carthagini dari,* inutilem esse stipulationem placet, *d. l. 2. §. qui ita, quod cert. loc.* optima ratione, quia tali stipulatione causa impossibilis continetur. Neque enim qui Romæ est, intra unum diem potest Carthaginem pervenire: nisi vero eo pervenerit, Carthagine dare non potest. Igitur impossibilitas præstationis inutilem in casu proposito stipulationem facit, perinde quasi impossibilis conditio adjecta sit, cujus adjectione stipulationem cæterosque contractus vitiari constat, *non solum 31. de obl. & act. l. 7. hoc tit. §. si impossibilis, inf. de inut. stip.* Diverso jure utimur in ultimis voluntatibus, in quibus placet conditionem impossibilem, aut spatium temporis ad dandum impossibile, pro non adjecta haberi, *l. 1. l. 6. de cond. inst. l. 3. cond. & dem. l. 12. §. 1. de legat. 1.* Diversitatis ratio alibi à nobis indicabitur, *d. §. si impossibilis.* Gajus *l. ult. §. si inter, hoc tit.* casum proponit, quo etiam stipulatio hæc Romæ facta, *Hodie Carthagine dare spondes?* valere potest, nempe si tam stipulator, quam promissor ante aliquod tempus suo quisque dispensatori notum fecerit, in eum diem futuram stipulationem, addito mandato ut alter daret, alter acciperet.

TEXTUS.

De conditione ad tempus præsens vel præteritum relata.

6. Conditiones, quæ ad præsens vel præteritum tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt: veluti, Si Titius consul fuit: *vel* Si Mævius vivit, dare spondes? *Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio: sin autem ita se habent, statim valet. Quæ enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint.*

NOTÆ.

6. AD PRAESENS VEL PRAETERIT. TEMPUS] Conditiones ad præsens vel præteritum tempus relatæ revera conditiones non sunt, sed tantum κατὰ τὸ

λέξεως & figura verborum, *l.37. & 39. de reb.cred. l. 120. h. t.*

Nihil valet stipulatio] Ex his verbis intelligitur, quomodo accipiendum, quod modo dixit, *statim infirmant obligationem.*

Licet apud nos incerta] Dummodo jam sint aut præterierint; ut si non à nobis, saltem ab aliis sciantur, *l.38. de reb. cred.* Nam in futuris, quæ & ipsa in rerum natura certa sunt, non rerum naturam, sed nostram intuemur inscitiam, *l.21. §.ult. de judic.* quia futura nulli mortalium cognita Demosth. *orat. de Rhod. lib.* ἄδηλον τὸ μέλλον ἅπασιν ἀνθρώποις.

Commentarius.

In futuris inscientiam nostram inspici, non rerum naturam; in præsentibus & præteritis contra.

Conditionis proprium est, rem in aliquem casum, id est, in incertum eventum differre, §.*4. sup.* Id autem fit, cum oratio in futurum confertur, non cum in tempus præsens aut præteritum; nam futura tantum incerta sunt; præsentia & præterita certa, etsi contrahentes varietatem ignorent. Et ideo placuit, sermonem ad præsens vel præteritum tempus relatum vim conditionis non habere; veluti, si quis dixerit, *Si Rex Parthorum vivit, Si Cæsar victoria potitus est.* Sed in proposito aut statim obligationem perimi, aut omnino non differri. Perimi, si ita non sit, si Rex Parthorum non vivit, Cæsar non vicit: non differri, si ita sit, *l.conditio 100. l. si ita 120. hoc tit. l. cum ad 37. cum 2. seqq. de reb. cred.*

Conditiones, quæ ad præsens] Hæ orationes, *Si Titius consul factus, Si Mævius vivit,* & similes, quæ ad præteritum aut præsens tempus referuntur, vi & potestate conditiones non sunt; quoniam obligationem non differunt, sed efficiunt, ut statim aut nihil debeatur, aut pure debeatur: nihil, si falsæ; pure, si veræ. Pugnant autem, pure deberi, & sub conditione. Appellantur tamen & ipsæ conditiones, quia figura & conceptione verborum tales sunt, ut significatur in *l. Cornelius 69. de hær. inst. l. itaque 39. de reb. cred.* Licebit itaque hic uti eadem distinctione, qua Logici utuntur in relatis, ut dicamus, esse quasdam conditiones secundum esse, quæ scilicet vere tales sunt, & obligationem suspendunt, cujusmodi sunt, quæ in futurum conferuntur; quasdam secundum dici, quæ figuram duntaxat conditionis habent, vim & potestatem non obtinent, quales sunt, quæ ad præsens aut præteritum temp9 referuntur: eodemque numero illæ quoque habendæ, quas certum est extituras esse, veluti si quis stipuletur sibi dari, *Si Titius morietur, l.9. §.1. de novat. l. 17. cum seq. de cond. ind.*

Aut statim infirmant obligationem] Modestin. *l. conditio 100. perimunt.* Quod abusive dici constat. Nam si rem spectamus, falsum, id est, cum obligatio perimi non possit, quæ nulla est. Sed cum ignorantiam nostram spectamus, videtur obligatio suspendi, quia apud nos in suspenso est, utrum conditio extiterit, nec ne; cujus ipsius ignorantiæ ratione dicitur obligatio perimi aut infirmari, cum apud nos certum esse incipit, conditionem esse falsam.

Nihil valet stipulatio] Quod modo dixit, statim infirmari obligationem, id quomodo accipiendum sit, ex his verbis intelligitur, nimirum si hæc conditio, *Si Mævius vidit,* falsa sit, statim nihil valere stipulationem, seu obligationem non tenere, *l.37. de reb. cred.*

Quæ per rerum naturam certa sunt] Dummodo jam sint aut præterierint, ut etiam ab hominibus, licet non omnibus, sciantur, *l. respiciendum 38. de reb. cred.* Unde apparet, non recte cum casu hic proposito comparari casum *l. sed et si 28. §. ult. de judic. & l.3. si pars hær. pet.* Nam quod in utero est, adhuc futurum est, ac nemo hominum scire potest, unusne, an plures, & quot in utero sint, & an nascituri sint: ut merito in eo inscientiam nostram intueri debeamus, non rerum naturam, cui alioqui etiam certa, quæ futura sunt, *d.l. 28. § ult. de judic.* quanquam in specie illic proposita variasse Jurisconsultos, constat ex *l. cum quidam 30. §. suum 6. de acq. hær.* & distingui etiam potest inter obligationem seu jus petitoris, quod ex eventu ejus rei, quæ in conditione est, solum pendet, de quo hic quæritur; & petitionem, quæ in judicio instituitur, & probationem etiam ejus, quod accidisse dicimus, desiderat, de qua agitur in *d.l.28. §.ult. de judic.* Nam & in terminis hujus §. si ad judicem itum fuerit, quamdiu is ignorat, vivatne verbi gratia Mævius, necne, sententiam secundum petitorem aut promissorem ferre non poterit, licet per se verum sit & certum, valere aut non valere stipulationem. Nec tamen ideo Hotomanno assentior, qui putat, hujuscemodi stipulationem, *Si Mævius vivit, dare spondes?* quamvis id per se verum sit, non pro pura habendam esse, sed pro concepta in diem. Puram enim eam esse ostendit hic locus, & *l. conditio 100. hoc tit.* siquidem pura dicenda est, quæ obligationem omnino non differt, id est, cujus dies & cessit & venit, *l. cedere diem, de verb. sign.* ac proinde si stipulator statim ex tali stipulatione agat, non repelletur exceptione, nec causa cadet, aut tempus ei duplicabitur, quasi perperam agat, & plus tempore petat: sed petenti terminus ad probandum à judice dabitur, ut recte *Joan. Faber hic.*

TEXTUS.

Quæ in stipulatum deducuntur.

7. Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta; ut si stipulemur aliquid fieri, vel non fieri. Et in hujusmodi stipulationibus optimum erit pœnam subjicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit. Itaque si quis, ut fiat aliquid, stipuletur, ita adjici pœna debet, Si ita factum non erit, pœnæ nomine decem aureos dare spondes? *Sed si quædam fieri quædam non fieri, una eademque conceptione stipuletur quis, clausula hujusmodi erit adjicienda,* Si adversus ea factum erit, sive quid ita factum non fuerit, tunc pœnæ nomine decem aureos dare spondes?

NOTÆ.

7. SED ETIAM FACTA] *l. 2. pr. eod.* In facto consistere stipulatio dicitur, non tantum cum quid fieri cavetur, sed etiam cum non fieri, *d. l. 2. §. pen.* quanquam interdum distinguuntur, *l. 75. §. 7. eod.* Illa committitur exacto tempore, intra quod fieri poterat & debebat, quod promissum est, *l. 14. l. 72. l. 84. eod.* hæc, si quid factum sit contra quam cautum fuit, *d. l. 2. § pen. l. 4. eod.*

OPTIMUM ERIT] Quia difficilis est incertæ rei æstimatio. Sen. 3. *de ben.* 6.

NE QUANTITAS STIPULATIONIS IN INCERTO] Cum quid fieri stipulamur, incertum stipulamur, *dict. l. 75. § 7.* Ratio est, quia id in stipulationem venit, quod stipulatoris interest. *l. 68. l. 72. eod. l. 13. in fin. de re jud.* hoc autem est incertum, quoniam non in jure, sed in facto consistit, *l. 24. de reg. jur.* utpote continens id, quod nobis abest, quodque lucrari potuimus, *l. 13. rat. rem hab.* quod totum incertum ac probatu difficile. Huic autem incommodo occurri potest subjecta stipulatione pœnæ, *l. ult. de stip. prat.*

COMMENTARIUS.

1. *Cum quid fieri stipulamur, cur incertum stipulari videamur.*
2. *In facti obligatione nunquam factum ita versari, ut peti possit, sed id quod interest duntaxat.*
3. *Facta hic intelligenda nuda & simplicia, non quæ in rei alicujus præstatione consistunt: tum quid hic juris hodie.*
4. *Id quod interest, incertum esse, & qua ratione.*
5. *Pœna stipulatione incertitudini obligationis occurri.*
6. *An per subjectam pœnalem stipulationem præcedens novetur obligatio.*

INsignis hic locus est propter stipulationes & obligationes faciendi. Non res tantum, sed etiam facta in stipulationem deduci posse constat: unde quædam stipulationes in dando, quædam in faciendo consistere dicuntur, *l. 2. hoc tit.* Cum quid fieri stipulamur, incertum stipulari videmur, *l. ubi 75. §. qui 7. eod.* non utique ob id tantum, quod priusquam quid fiat, incertum est, an fiat, aut si fit, incertum quale fit: sed multo magis, quia si promissor non faciat, per moram tacita quædam potestate juris inducitur novatio & obligatio in id quod interest, cujus quantitas est incerta, *l. si pœnam 68. eod* & ideo utile est, stipulationi faciendi pœnam subjicere: quod hic monet Justinianus, & Venulejus *l. ult. de prat. stip.* Sed quoniam in hunc locum incidimus, age paulo plenius eum explicemus. In obligationibus faciendi ita jus est, ut licet ab initio & quamdiu fieri potest, quod promissum est, factum in obligatione versetur, unde etiam obligatio faciendi dicta; tamen nunquam ita, ut id peti possit: quippe ex stipulatione faciendi placet non ante agi posse, quam tempus illud præterierit, intra quod fieri debuit, & potuit; quod promissum est; sed eatenus tantum, ut promissor præstando quod promisit, liberetur. Postquam autem transiit tempus, intra quod fieri poterat quod promissum est, exinde contineri incipit, solidumque deberi, id quod interest, *l. 14. l. stipulationes 72. l. si insulam 84. l. si quis 112. §. ult. hoc tit. l. 13. in fin. de re jud.* ut tamen quamdiu lis nondum contestata est, placeat promissorem, paratum præstare quod promisit, adhuc audiendum esse, & faciendo liberari, *d. l. si insulam*, nam hic etiam locum habet, quod de emendatione moræ à Celso adolescente scriptum memorat Ulpianus *l. si servus 91. §. 3. h. tit.* facultatem offerendi mora amissam summo jure, ex bono & æquo recipi moræ purgatione. Cæterum ex factis ea tantum huc pertinere arbitror, quæ nuda sunt & simplicia, seu quæ in meris faciendi finibus consistunt, operamque hominis & membrorum corporis desiderant; qualia sunt, *Romam ire, tabulam pingere, insulam ædificare, fossam fodere*; cujusmodi in hac disputatione exemplis etiam veteres utuntur. Hæc facta, inquam, hactenus tantum in obligatio-

ligatione esse intelliguntur, ut faciendo debitor liberetur; peti nunquam possunt, sed id solum, quod interest; neque id statim, sed tum demum, cum transierit tempus, quo potuit fieri, quod promissum est. At si factum, quod in conventionem deductum est, in rei alicujus præstatione consistat, sive ad dationem, dominiive aut juris alicujus translationem ordinetur, id magis pro datione, quam pro facto habendum puto, arg. *l. in conventionalibus 52. §. 1. hoc tit.* & rem ipsam, ad quam principaliter respicitur, peti posse. Neque enim dubitandum, quin si ex causa venditionis stipulatus sim rem mihi tradi, eam ipsam rem petere possim, *l. 11. §. 2. de act. empt.* Utrum autem ut hoc casu res peti potest, ita & præcisè præstanda sit, an solutione ejus, quod petitoris interest, liceat defungi, alibi fortassis tractabitur. In præsentia satis est nos scire, de quo genere factorum hic agatur, nimirum de nudis & puris, quæ extorquere ab invitis species quædam servitutis videatur. *Duar. in d. l. stipulationes 72. hoc tit.* Atque hæc communis quoque DD. sententia est, *vid. Christin. vol. 1. decis. 323.* Nostro hodierno jure in omnibus faciendi obligationibus promissorem præcisè cogi ad facti præstationem, tradit *Groenew. de legib. abrog. ad l. 13. de re jud. per. art. 275. & seq. Instr. sup. Cur. Holl art. 14. & seqq. ampl. Instr. Cur. provin.* Et sanè probant hi textus, posse factum in petitionem & condemnationem deduci, quin & facere recusantem in custodia aliquamdiu detineri; quod à Ratione juris Rom. alienum videtur. Utique tamen quia factum invito extorqueri non potest, si contumax esse perseveret, recurrendum tandem erit ad facti æstimationem: quod & iisdem locis expressum est.

Vel non fieri] Stipulatio in facto esse etiam illa dicitur, quæ continet, quod est in non faciendo; veluti, *Per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat.* &c. *l. 2. §. pen. hoc tit.* quanquam hæc alibi, ut opposita, distingvuntur, *l. ubi. 75. §. qui id 7. eod.* Hujusmodi vero stipulationes nunquam aliter committuntur, quam si quid factum sit contra quam cautum est, *d. l. 2. §. pen. l. 4. §. Cato. eod.* & ideo necesse est committi in id, quod interest: siquidem ejus, quod jam factum est, nomine nihil peti potest, nisi id, quod ob id factum abest stipulatori: id autem est, id, quod ejus interest, contra factum non fuisse.

Optimum erit pœnam subjicere] Stipulatio faciendi incerta est: quæ incertitudo cum non levia habeat incommoda, quo pacto ea incommoda vitari possint, utile visum est Imperatori hic monere. Incerta est hæc stipulatio, quia id in stipulationem venit, quod stipulatoris interest. Ratio reddita à Paulo in *l. si pœnam 68. hoc tit.* Venire id quod interest & stipulatione faciendi contineri, satis antea probatum est: quare hoc pro confesso nunc sumimus. At quomodo hac ratione efficitur, ut stipulatio sit incerta? 4
nimirum quia id ipsum quod interest, est incertum, *l. ult. si quis in jus voc.* quod etiam Paulus *d. l. 68.* vult intelligi. Est vero id quod interest incertum duplici ratione, ab eventu ipsius rei, & à probatione. Prior incertitudo indicatur definitione ejus quod interest. Sic enim definitur, ut sit, quod nobis abest, quodque lucrari potuimus, *l. si comm. 13. rat. rem. hab.* Ut ergo quid nostra intersit, hinc pendet, si quid amisimus ob id, quod factum non est quod fieri debuit; aut si quid lucrari potuimus, si factum esset quod promissum est, quod quia factum non est, lucrati non sumus: totum vero hoc incertum est, quid hic amittamus aut lucremur; fierique potest, ut si non fiat quod promissum est, alias plus, alias minus amittimus, interdum etiam ut nihil: secundum quæ eadem quoque ejus, quod interest, æstimatio facienda: *l. si quis 13. in pr. de re jud. l si quis stipulatus 112. §. 1. hoc tit.* Inde dictum, quatenus cujusque intersit, in facto, non in jure, consistere, *quatenus 24. de reg. jur.* Ratione quoque probationis incertum est id, quod interest: neque enim facilè probatu est, habuisse nos aliquid & propter cessationem aut factum promissoris amisisse: item nos aliquid lucri facere potuisse, si factum esset quod debuit, & quia factum non sit, ideo eo lucro nos excidisse. Cum autem id, quod in vero est, probari non potest, illud incommodum sequitur, quod id quod interest, ad minimam summam deducatur, *l. ult. de prat. stipul.* 5
Huic ergo incertitudini atque incommodis si occurri potest pœnam stipulationi subjiciendo, nemo non fatebitur, optimum esse, si quis ut fiat aliquid stipuletur, pœnam subjicere, ut si ita factum non erit, certa pecunia pœnæ nomine præstetur. Nam pœnæ stipulatio certa est & à re ipsa, & à probatione. A re, quia certa quantitas verbis ipsius stipulationis comprehensa est à probatione, quia non alia hic probatione opus, quam ut de stipulatione doceatur; quæ ipsa se ostendit, quid complectatur. Neque vero hic pœnam promissor effugiet paratus præstare quod interest: nam ex conventione pœnæ modus statuitur, non ex taxatione ejus quod interest: nec amplius quæritur, an & quanti intersit, sed an tantum pœnæ nomine promissum sit, *l. stipulatio 38. §. alteri 17. hoc tit. §. alteri 18. inf. de inut. stip.* Verissimum igitur est, quod mox sequitur apud Justinianum, stipulationem pœnæ subjectam stipulationibus faciendi efficere, ne quantitas stipulationis in incerto sit, & ne sit necesse actori probare quod sua intersit. Illud non ineleganter quæri- 6
tur, an per subjectam stipulationem pœnalem præcedens novetur obligatio: quod negamus, per *l. 10. §. 1. de pact. l. ita stipulatus 115. in fin. pr. l. qui*

Roma 122. §. 2. *hoc tit. l. si quis* 41. *cum seq. l. duo* 71. *pro soc. l. prædia* 28. *de act. empt.* Idque etiam certa ratione juris efficitur, quoniam pœnæ adjectione hoc agitur, ut magis incitetur debitor ad præstandum, quod promisit; creditor vero liberetur difficultate probandi ejus, quod sua interest factum suo tempore quod promissum est, non ut agendi, si velit, ex priore obligatione facultas ei adimatur. Atque ut maximè jure veteri interdum novatio contigerit, puta ut vult D. Donell. ad *d. l. ita stipulatus n.* 31. in casu hujus §. cum stipulationi faciendi subjicitur pœnalis, per *l. obligationum* 44. *in fin. de obl. & act.* effectum tamen est constitutione Justiniani, ut non aliter nunc novatio fiat, quam si id nominatim convenerit, *l. ult. C. de novat.* Quamobrem utrumque in proposito debetur, & res aut id quod interest, & pœna: quanquam alterum duntaxat peti potest, *l.* 4. §. *Labeo* 7. *de dol. mal. exc. l.* 10. §. 1. *de pact. d. l. da stipulatus* 115. *hoc tit. l. si pro fundo.* 33. *C. de transact.* Hoc amplius, qui pœnam consecutus est, rectè adhuc petet, quod pluris sua interest, *d. l. prædia de act. empt. l. ult.* §. *ult. de eo per quem fact. erit, &c.* Quod si coërcendo contemptui pœna adjecta sit, vel conventioni inserta clausula, *rato manente pacto*, & res ipsa peti poterit, & præterea pœna, *l. si quis* 30. *de recept. l.* 16. *de transact. l. cum proponas* 17. *C. eod. D. Tulden. hic c.* 4. Monendi obiter sumus, stipulationem pœnalem adjectam obligationi quantitas præsumi in fraudem usurarum factam, atque improbari quatenus pœna legitimum usurarum modum excedit, *l. pœnam* 44. *d. usur. l. cum allegas* 15. *C. eod. l.* 13. §. *ibid.* 26. *de act. empt. ad l. Papon. lib.* 12. *tit.* 9. *Charond. lib.* 6. *resp.* 59. *Imbert. enchirid. verb. pœna conventionalis.*

Clausula hujusmodi] Qua formula concipienda sit pœnalis stipulatio, sive quid fieri stipulemur, sive quid non fieri, sive simul quædam fieri, quædam non fieri, ex hoc loco satis perspicuum est: adde tamen *l. cum quid* 71. *l. continuus* 137. §. *pen. hoc tit.*

TITULUS XVII.

D. lib. 45. *t.* 2. *C. lib.* 8. *t.* 40. *Nov.* 99.

De duobus reis stipulandi & promittendi.

Continuatio. Reos olim appellatos omnes, quorum de re disceptabatur.

IN duobus reis, quos Ulpianus *l.* 3. §. 3. *de lib. legat.* correos appellat, si sequeremur regulas juris de iis, qui stipulati sunt, aut promiserunt, non erat, cur de his ageretur separatim. Nunc autem quia in his aliquid singulare est, quod à jure reliquorum stipulatorum & promissorum longè dissidet, ideo quidnam id esset, proprio titulo exquiritur; quod & factum est in π. & C. Reus à re, id est, lite, dictus est, eoque nomine veteres utrumque litigatorem denotabant. Cicero *lib.* 2. *de orat. Reos appello*, inquit, *non modo eos, qui arguuntur, sed omnes quorum de re disceptatur.* Gallus Ælius apud Festum, *Reus est, qui cum altero litem contestatam habet, sive egit, sive cum eo actum est.* Pomponius *l.* 5. *de verb. oblig. Conventionales* (stipulationes) *sunt, quæ ex conventione reorum fiunt.* Et quanquam usu nunc obtinuit, ut is solus, cum quo agitur sive unde petitur, reus dicatur, propter excellentiam scilicet, quia de re ejus præcipuè judicio agitur, utpote cui soli immineat periculum condemnationis: tamen verbi proprietatem in quibusdam adhuc retinemus; nec solum reum promittendi, debendi, satisdandi; verum etiam stipulandi, credendi, satis accipiendi, dicimus, ut passim in tit. hujus argumenti.

TEXTUS.

Quibus modis duo rei fieri possunt.

Et stipulandi & promittendi duo pluresve rei fieri possunt. Stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat, Spondeo, *ut puta cum duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat,* Utrique vestrum dare spondeo. *Nam si prius Titio spoponderit, deinde alio interrogante spondeat, alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt:* Mævi, decem aureos dare spondes? & Sei eosdem decem aureos dare spondes? *si respondeant singuli separatim,* Spondeo.

NOTÆ.

UTRIQUE VESTRUM DARE SPONDEO] Igitur duo rei stipulandi sunt, qui eandem rem ab eodem in solidum stipulati sunt ea mente, ut quamvis solida singulis, una tamen omnibus debeatur, §. *prox.*

SINGULI SEPARATIM SPONDEO] Aut *Spondemus l.* 4. *hoc tit.* Duo ergo rei promittendi sunt,

sunt, quorum singuli eandem rem eidem stipulanti in solidum promiserunt ea mente, ut quamvis solidum singuli, unum tamen omnes debeant, *l.2.l.3.§.1. eod. & d. §. prox.* Sed hodie duo rei promittendi non fiunt, nisi id specialiter actum sit, ut uterque in solidum teneatur, *auth. hoc ita C. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Duorum reorum stipulandi definitio, ejusque definitionis explicatio.*

2 *Duo rei promittendi qui, & in quo discrepent à fidejussoribus.*

3 *Orationis distributivæ & alternativæ hanc vim esse, ut cuilibet attribuatur in solidum; copulativæ non item.*

4 *Jure novissimo non aliter duos reos debendi fieri, quam si id specialiter actum.*

ET *stipulandi & promittendi*] Qui stipulatur, reus stipulandi dicitur; qui promittit, reus promittendi, *l. 1. hoc titul.* Itaque reus stipulandi idem est, qui stipulator; reus promittendi, qui suo nomine alteri quid promisit. Cæterum ut duo rei fiant conjunctas eodem tempore aut modico intervallo stipulationes esse oportet, *l.6. §.ultim. l.12. pr. hoc tit.*

1 *Stipulandi ita*] Duos reos stipulandi hoc modo rectè definiemus, qui eandem rem ab eodem in solidum stipulati sunt ea mente, ut quamvis solida singulis, una tamen omnibus debeatur. Etenim ut duo rei stipulandi fiant, hæc omnia concurrere oportet, ut uterque rem unam atque eandem stipuletur ut ab eodem, ut in solidum, ut ea mente, ut una utrique debeatur. Et igitur sive res diversæ à duobus in stipulationem deductæ fuerint, sive unam quidem rem singuli stipulentur, sed alter verbi causa à Sejo, alter à Sempronio; vel uterque ab eodem, sed ejus rei partes, non solidum; vel solidum, sed non ea mente, ut una res singulis debeatur, sed alteri puta res ipsa, alteri rei æstimatio: duo rei stipulandi non erunt, *hoc text. & §.seq. l.2.l.9.§.1.& 2.l.15.eod.l.3.C.eod.*

Nam si prius Titio] Hoc tamen non ita præcisè accipiendum est, quasi duo rei stipulandi ita nunquam constitui intelligantur, cum singulis separatim interrogantibus promissor etiam separatim respondet: nam utique si hoc actum appareat, ut rei stipulandi fiant, quominus fiant, non putarem obstare hanc respondendi formam: sicut ex converso non obstat, quominus duo rei promittendi fiant, si hoc actum sit, quod singuli separatim rogati sunt & spoponderunt, *l. 3. in fin. h.t.*

2 *Duo rei promittendi*] Vel ex definitione duorum reorum stipulandi intelligi potest, quinam sint & dicantur duo rei promittendi, nimirum quorum singuli eandem rem eidem stipulanti in solidum promiserunt, ea mente, ut quamvis solidum singuli, unum tamen omnes debeant, *l. 2. l. 3. §. 1. hoc tit. §. 1. inf. eod.* Unum amplius hic exigimus, ut qui ita promittunt, promittant principaliter, quo correus distinguatur à fidejussore. Illud tenendum est, ad constitutionem duorum reorum non esse necesse, nominatim adjici, ut correi sint, aut ut solidum singulis debeatur, singulive solidum debeant; sed id ex forma etiam ipsius stipulationis æstimari: argumento est cum hic textus *& l.3. & l. 4. eod.* tum quod alioqui frustra quæreretur, quod non semel quæritur, an & quando duo rei constituti videantur. Finge, duos 3
hoc modo stipulatos esse, *Cuilibet, vel utrique nostrum dare spondes?* aut *Quilibet vel uterque vestrum dabit?* Dicam, duorum reorum contractam obligationem. Hæc enim vis est distributivæ, ut cuilibet attribuat actum in solidum, eadem nimirum, quæ & alternativæ, *l.8.§.1.de legat.1.* Copulativa vero per se eam vim non habet. Unde si duo conjunctim decem stipulati sint, aut promiserint, singulis partes viriles debebuntur, aut singuli debebunt, nisi repetitum sit *eadem decem, hoc text. & l. 2. eod.* aut nominatim cautum, ut duo rei sint, seu ut singulis solidum debeatur, aut singuli solidum debeant, *l. 11. §. 1. & 2 eod.* Planè post constitutionem Justiniani *Nov. 99. cap. 1.* unde 4
auth. hoc ita C. hoc tit. non aliter duo rei debendi (de correis credendi nihil novi constitutum) facti intelliguntur, quam si id specialiter actum sit, ut uterque in solidum teneretur: quod ideo fortassis Imperator constituit, quoniam ex sola verborum figura hanc rem discerni periculosum existimavit. *Gudelin. 3. de jur. noviss. c.11. & lib. 4. c. 7. Christin. vol. 5. decis. 113. Gail. obs. 28. n.6.*

TEXTUS.

De effectu hujuscemodi stipulationum.

1. Ex hujusmodi obligationibus & stipulationibus solidum singulis debetur, & promittentes singuli in solidum tenentur. In utraque tamen obligatione una res vertitur: & vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo omnium perimit obligationem; & omnes liberat.

NOTÆ.

1. ET STIPULATIONIBUS] Cujac. & Hotom. *stipulationibus.* Th. καὶ τ. ἐπερωτώντων ἑκάστῳ τὸ ὁλό-

ἀλληλέγγυοι ὀφλήσωσι, & *stipulantium singulis solidum debetur*. Rectè.

VEL ALTER SOLVENDO] *l. 3. in fin. h. t.* vel acceptum rogando, *d. l. 2. l. 16. de accept.* novando seu alium debitorem dando, per *l. 20. ad SC. Vell.* jurando, *l. 28. de jurej.* non autem paciscendo: nisi aut socii sint, aut nominatim alter alteri quoque paciscatur, *l. 21. §. ult. & 4. ll. seqq. de pact.*

COMMENTARIUS.

1 *Jure novissimo correis debendi competere beneficium divisionis. In foro tamen mercatorum hoc non observari.*

2 *Non solum solutione uni ex duobus reis credendi facta, sed etiam quovis alio modo, qui vice solutionis sit, promissore ab uno liberato, totam tolli obligationem.*

3 *Uno ex duobus reis promittendi solvendo, acceptum ferendo, &c. omnes liberari: tum alia non protrita.*

4 *An correus, qui totum solvit, eo nomine adversus cæteros actionem habeat.*

IN causa plurium reorum etsi respectu personarum, quæ plures sunt, plures quoque stipulationes & obligationes videri possunt, *hoc text. l. 13. eod.* tamen quoad rem in stipulatum deductam ac promissam, vique ipsa ac potestate, una est eademque & simplex obligatio, quæ in singulis in solidum activè & passivè consistit. Unde existunt duo obligationis duorum reorum propria, quæ hoc §. commemorantur.

Solidum singulis debetur, & singuli in solidum] Hoc primum est hujus obligationis proprium, quod & singulis reorum stipulandi solidum debetur, & singuli reorum promittendi solidum debent: ac proinde illi singuli solidum exigere, & hi singuli in solidum conveniri possunt, *l. 2. l. 3. §. 1. hoc. tit. l. si*
1 *rem 31. §. 1. de novat.* Cæterum circa reos promittendi novella Justiniani constitutione *de reis promitt. 99.* vetus jus hactenus mutatum videtur, ut jam unus è duobus debendi reis in solitum à creditore conventus petere possit, uti divisa actione pro parte tantum conveniatur, neque aliter cum effectu cum eo agi possit, quam si correus ejus vel absens sit, vel non solvendo, aut ille beneficio divisionis renuntiaverit. Sententia communis usuque forensi recepta. *Mynſ. Schneidew. hic. Gomez var. resol. 2. cap. 12. num. 1. Gail. 2. observ. 14. num. 5. Sichard. in l. 2. C. hoc tit. num. 5. Gudelin. & Christin. ubi supra. Grot. 3. intro duct. 3. Moller. 5. semestr. 62.* Ubi post *Jason. & Joan Ronchegall.* excipit, correos debendi testamento constitutos. Sunt tamen nonnulli ex recentioribus, qui putant, *de Novell.* perperam intellectam, atque ab Irnerio *auth. hoc. ita C. hoc titul.* positam esse alieno loco: non enim de correis debendi in *d. Novell.* agi, sed de mutuis fidejussoribus, quibus jure veteri beneficium divisionis, quod cæteri fidejussores habent, non competebat, *l. 11. princ. eodem.* Argumento utuntur inscriptione Græca, περὶ ἀλληλεγγύων, qua voce non duo rei, sed mutui fidejussores significentur. Ego verum cum Cujacio existimo, eodem nomine à Græcis appellatos esse & correos simplices, eo quod & ipsi conditione obligationis quidam quasi fidejussores esse videantur, *l. vir uxori 17. §. ultim. ad sen. Vell.* quod & Constantinus observavit in Lexico, & sententia ipsius Novellæ non obscurè confirmat. Planè, secundum generalem consvetudinem Antvverpiæ inter mercatores observatam, *d. Novell.* locum non habet in foro mercatorum, sed potest creditor alterum ex duobus reis in solidum convenire, & ad solutionem totius constringere. *Decisione 49. Curiæ Hollandiæ.*

Vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo] Alter reorum stipulandi accipiendo, alter reorum promittendi solvendo; quibus verbis breviter indicatur jus singulorum id obligatione tollenda, quod est alterum in hac obligatione singulare. Sed operæ pretium est, paulo latius ad hanc rem proponi, & in utroque reorum genere, quale id jus sit, separatim exquiri. Duobus reis stipulandi hoc in summa hic tributum est, ut singulis eorum jus sit, promissorem liberare; & liberare quibuscumque modis creditor, cui aliquid debetur, debitorem suum potest. Et igitur si uni pecunia soluta sit, ex hac caussâ promissor ab altero quoque hac obligatione liberabitur, *hoc* 2
text. Sed & citra solutionem quicumque modi sunt, quibus actio aut ipso jure tollitur, aut per exceptionem submovetur, modo vim solutionis habeat, si quo ex his unus promissorem liberaverit, non à se tantum eum liberabit, sed à cæteris quoque, totamque tollet obligationem: veluti si promissori acceptum tulerit, *l. 2. hoc tit.* si novandi animo alium reum ab eo acceperit, *l. si rem 31. §. 1. de novat.* idemque est, si jusjurandum tulerit, *l. in duobus 28. princ. de jurejurand.* nam & jusjurandum loco solutionis cedit, *l. jusjurandum 27. eodem titul.* item si unus pecuniam sibi à promissore oblatam sine justa causa accipere recusarit, eaque postea sine culpa promissoris deperdita sit: per *l. qui decem 72. princip. de solution.* Paciscendo vero ne à promissore petat, correo non nocet; quoniam pacto non operatur ultra personas, inter quas interpositum est, nec remissio quicquam commune habet cum exactione, *l. si unus 27. in fin. pr. junct. §. 4. vers. ante omnia de pact.* His porro consequens est, quod traditur, *l. 2. hoc tit.* etiam unius ex reis stipulandi petitione totam tolli obligationem; quod sic explicatur in *d. l. 31. §. 1. de novat.* unum judi-

judicio petentem totam rem in litem deducere: & apertius in *l. 11. §. sic evenit 21. de legat. 3* unum ex pluribus reis credendi agendo occupare & totum consequi: ut proinde necesse sit jus alterius consumi. Hinc responsum est, si unus ex duobus reis stipulandi semel egerit, alteri promissorem offerendo, pecuniam nihil agere, *l. ex duobus 16. hoc tit.* Ex contrario quoque sic jus est in duobus reis promittendi, ut unus solvendo alteri prosit, *hoc text. l. 3. in fin. eod.*
3 Proinde & acceptum rogando, *l. 2. eod. l. si ex pluribus 16. de accept.* item novando seu alium debitorem dando, per *l. si pro uno 20. ad sen. Vell. ubi Cujac. 8. ad African.* & jurando, *l. in duobus 28. de jurejurand.* Non autem paciscendo, nisi fortè paciscentis intersit, puta propter communionem, quia socii sunt, aut si nominatim quoque correo suo paciscatur *l. & haredi. 21. §. ultim. cum 4. ll. seqq. de pact.* Sed nec adversus unum ex correis debendi instituta petitione alter liberatur, utique post constitutionem Justiniani, *l. ultim. C. de fidejuss.* nam inter veteres de hac re non convenisse in eadem constitutione, cum Justinianus indicat, tum arguunt hi loci, *l. 1. §. sive apud 43. depos. l. 8. §. 1. de legat. 1. l. amissi. 52. §. ultim. de fidejuss. l. reos C. eodem collati cum l. decem 116. illic, non enim sunt duo rei, de verb. oblig. l. si per imprudentiam 51. §. ultim. de evict.* Illud semper constitit, unum ex reis promittendi non posse ex alterius persona compensationem objicere, *l. 10. hoc tit.* neque moram unius alteri nocere, *l. mora 32. §. ult. de usur.* id est, non efficere, quominus re postea perempta & teneatur, qui moram fecit, & liberetur, qui non fecit: quæ fusius explicantur à D. Donello ad
4 *tit. C. de duob. reis cap. 7. & 2. seqq.* Quid si unus ex pluribus debendi reis conventus integrum debitum creditori exsolvat, habebitne eo nomine adversus cæteros actionem? Si meram strictamque juris rationem sequimur, non habebit; etiamsi ad solos correos totum creditum pervenerit, nisi creditor, quod facere cogitur, offerenti solutionem actiones suas cesserit: de quo consule Sichard. in *l. si divisa 13. C. locat.* Cæterum æquius & benignius est, ei qui ita solvit, etiam citra cessionem in correos actionem (subsidiariam negotiorum gestorum) accommodari, vel in solidum, si nihil ad eum pervenit, vel pro ea parte, quæ ad alios pervenit, *l. 2. C. hoc tit.* Ita visum interpretibus communiter, & sæpè judicatum est, testibus *Ant. Fabro C. suo hoc tit. defin. 1. Christin. vol. 3. decis.* 114. *& vol. 4. decis. 178.* contra quam tamen sententiam disputat idem *Ant. Faber.* 11. *conject. 6. & seqq.* Sanè *d. l. 2.* commodè accipi potest de correis sociis, eo quod pecunia dicitur communiter mutuo accepta. Ex converso, an unus ex reis stipulandi, qui totum exegit, partem cum altero communicare cogatur, tractat *Bart. in l. reos 11. hoc tit. n.* 9. *Wesemb. parat. eod. n. 7.* Concludunt autem, non cogi, nisi vel socii sint, vel ita convenerit, vel natura obligationis & rei id ferat, *arg. d. l. 11. hoc tit. l. in lege 62. ad leg. Falcid. l. qui hominem 34. §. 1. de solut.*

TEXTUS.

De stipulatione pura, & de die & conditione.

2. Ex duobus reis promittendi, alius purè, alius in diem, vel sub conditione, obligari potest: nec impedimento erit dies aut conditio, quo minus ab eo, qui purè obligatus est, petatur.

NOTA.

2. *Vel sub conditione obligari potest*] Dummodo eadem res sit in cujusque persona, & causa eadem, *l. 9. §. 1. l. 15. eod.* ut tempus idem sit aut locus solutionis, non est necesse, *l. 7. d. l. 9. §. ultim. eod.* Obiter nota duos reos credendi & debendi etiam aliis contractibus constitui posse, denique & testamento, *d. l. 9. prac. l. 1. §. 43. & 44. depos. l. 8. §. 1. de leg. 1. l. 5. C. si cert. pet.*

COMMENTARIUS.

1 *Imparis causa susceptionem impedire duorum reorum obligationem: at quæ in modo, tempore, loco imparitas est, non impedire.*

2 *Duos reos credendi aut debendi etiam citra stipulationem constitui posse.*

Duo rei debendi ita constitui non possunt, ut res diversæ in eorum obligatione versentur, *l. si id 15. hoc tit.* nec ita ut imparem unius ejusdemque rei obligationem suscipiant, aut potius imparem causam, puta ut alter culpam præstet, alter non præstet, *l. 9. §. 1. eod.* At vero ut eodem modo uterque obligetur, necesse non est: sed potest alius purè, alius in diem vel sub conditione obligari, ut ex Florentino *l. 7. eod.* hic refert Justinianus. Nimirum ubi impar causa suscipitur, imparitas obligationis perpetuo durat: quæ vero à modo & tempore est imparitas, eà veniente die aut existente conditione tollitur, atque ita obligatio reduci potest ad paritatem: ita *Joan. Fab. & Cantiunc. hic.* Sed nec loci solutionis diversitas impedit, quo minus duorum rerum contracta obligatio & par ab utroque causa suscepta intelligatur, *d. l. 9. §. ult.* Obiter monendi sumus, duos reos credendi aut debendi non tantum verbis stipulationis constitui, quanquam id usitatius est, sed aliis

quoque contractibus, & denique etiam testamento. Credendi, veluti, si duo eandem rem deponant, aut commodent, aut decem dent mutuo hac lege, ut is qui accipit, eorum singulis in solidum obligetur: quod in deposito indicat *Ulpian. l. 1. §. sed si duo 44. depos.* Testamento, si testator eandem rem eandemve summam duobus leget disjunctim, hoc modo, *Titio vel Mævio decem dato, arg. l. 8. §. 1. de legat.* 1. Debendi, veluti, si quis eandem rem apud duos deposuerit, utriusque fidem in solidum secutus; vel eandem rem duobus similiter commodaverit, *d. l. 9. in pr. hoc tit. in l. 1. §. si apud 43. depos.* Sic etiam ejusdem pecuniæ mutuo datæ plures rei debendi fiunt, si omnes se constituant ejus pecuniæ debitores, *l. 5. C. si cert. pet.* & testamento, si ita scriptum sit, *L. Titius hæres meus, aut Mævius hæres meus, decem Sejo dato, d. l. 8. §. 1. de legat.* 1. nam exemplum, quo Papinianus utitur *d. l. 9. in fin. pr. hoc tit.* huc non pertinet, nisi eo casu, quo apertè testator voluit, ut singuli hæredes solidum debeant: quod ex initio ejus loci intelligitur, *add. Don. ad hunc tit. c. 12.*

TITULUS XVIII.

D. lib. 45. t. 3.

De stipulatione Servorum.

TEXTUS.

An servus stipulari possit.

Servus ex persona domini jus stipulandi habet. Sed & hæreditas in plerisque persona defuncti vicem sustinet: ideoque quod servus hæreditarius ante aditam hæreditatem stipulatur, acquirit hæreditati, ac per hoc etiam hæredi postea facto acquiritur.

NOTÆ.

EX PERSONA DOMINI] Servi jure civili pro nullis habentur, *l. 32. de reg. jur.* & quasi non sint, *l. propem. eod.* Theod. Hermopol. *lib. 7. tit. 6.* *ὁ δοῦλος παρὰ τοῖς νόμοις ἀπρόσωπός ἐστι τουτέστιν οὐδὲ δοκεῖ ζῆν, ἢ ὑπεῖναι.* Cæterum ex persona dominorum *χαρακτηρίζονται*, ut ait Theoph. id est, *personantur*, ut Gloss. Gr. Lat. Hinc est, quod etiam cum servis testamenti factio est, *l. 31. de hær. inst. V. sup. eod. tit.* & quod jus stipulandi habent, ut hic.

PERSONAE DEFUNCTI VICEM] *l. 34. l. 61. de acq. rer. dom. V. sup. §. 2. de hær. inst.*

COMMENTARIUS.

Quod à servo aut cum servo gestum est, id ex persona servi valere jus civile non patitur: quippe quo jure servi pro nullis habentur, *l. quod attinet 32. de reg. jur.* Sed tamen ex persona dominorum æstimantur: quod eleganter Theophilus his verbis Græcè expressit, *Οἱ οἰκέται ἀπρόσωποι ὄντες ἐκ τῶν προσώπων τῶν οἰκείων δεσποτῶν χαρακτηρίζονται.* Ex quo est, quod etiam cum servis testamenti factio sit, ut & hæredes institui & legatum iis relinqui possit: de quo non uno loco *lib. 2.* item quod jus stipulandi habent, ut ex eorum stipulatione obligatio & actio domino acquiratur, perinde ac si ipse sibi stipulatus esset, & vox servi vox domini sit, sicut vox filii vox patris, *§. si quis 4. & §. post mortem 12. inf. de inut. stip.* Quæ tamen res non impedit, quominus inter servum, & qui cum eo contrahit, nascatur obligatio naturalis, *l. 4. de obl. & act.*

Hæreditas in plerisque persona defuncti vicem] Quoniam dixit, servum ex persona domini jus stipulandi habere, videri poterat, servum hæreditarium inutiliter stipulari, utpote qui dominum non habet. Huic igitur objectioni occurrens ait, hæreditatem jacentem personæ vicem sustinere & interim pro domino esse: quod etiam identidem à veteribus traditum est, *l. 13. §. 1. ad leg. Aquil. l. 15. de interr. in jure fac. l. mortuo 22. de fidejuss. l. hæreditas 34. l. hæreditas 61. de acq. rer. dom.* Ait, *persona defuncti vicem sustinet*, uti etiam supra *§. 2. de hæred. inst.* & disertè Jurisconsulti in *l. non minus 31. §. 1. de hæred. inst. l. in eo 33. in fin. & l. seq. de acq. rer. dom.* Pomponius tamen contra scripsit, hæreditatem personam sustinere hæredis, *l. novatio 24. de novat.* Sed hanc pugnam alibi tollimus sub *d. §. 2. de hæred. inst.* Ait, *in plerisque*: nimirum quia quædam sunt, in quibus hæreditas vice personæ fungi non potest, quæ proinde nec hæreditati per servum hæreditarium acquiri queunt: qualia sunt, quæ factum operamve personæ desiderant; hæc enim constat in rem inanimem, qualis est hæreditas, non cadere. Hujus generis res est hæreditas: etsi enim servus hæreditarius rectè hæres instituitur, tamen quia sine jussu domini hæreditatem adeundo nihil agit, hæres expectandus est, *l. 10. §. 1. d. l. 61. de acquir. rer. dom.* Ejusdem generis est ususfructus: ususfructus consistere non potest, nisi sit persona, quæ fruatur, *d. l. 61. §. 2. quand. dies ususf. leg.* & ideo servus hæreditarius inutiliter usumfructum stipulatur, *l. usufructus 26. hoc tit.*

TEXTUS.

Cui acquirat. De persona, cui stipulatur. De stipulatione impersonali.

1. Sive autem domino, sive sibi, sive conservo suo, sive impersonaliter servus stipuletur, domino acquirit. Idem juris est & in liberis, qui in potestate patris sunt, ex quibus causis acquirere possunt.

NOTA.

Et quibus causis] Repetenda hîc est distinctio peculii filiorumfam. tradita & explicata *sup. §. 2. per quas pers.*

COMMENTARIUS.

Servus stipulando domino acquirit, non tantum si ipsi domino dari stipuletur, verum etiam si sibi aut conservo suo: quinimo etsi impersonaliter seu indefinitè non comprehensa persona, puta hoc modo, *Centum dare spondes? l. 1. l. 15 hoc tit.*

In liberis, qui in potestate] Filiifam. ex iis causis, ex quibus patri acquiritur, id est, ex causa profectitii peculii, item adventitii quoad usumfructum, stipulantis, eadem ratio est, quæ servi, patri ut ex his causis acquirat, propter jus scilicet potestatis, quod hactenus simile herili, *l. stipulatio ista 38. §. hi qui 6. & §. alteri 17. l. quodcumque 45. pr. & fin. de verb. obl. inf. quod cum eo, qui in al. pot. in pr.* Repetenda hic est distinctio peculii filiifa. tradita & explicata *§. 1. sup. per quas pers. cuiq. acq.* Planè, si filius nominatim patri stipuletur, hoc casu etiam ex causa adventitii peculii patri in solidum acquiret: quippe quacumque ex causa ita stipulatur, patri acquirit, non sibi: per se enim sibi acquirere non vult, per patrem non potest. *Don. ad d. l. 38. §. alteri, 17. n. 25.*

TEXTUS.

De stipulatione facti.

2. Sed quum factum in stipulatione continebitur, omnimodo persona stipulantis continetur; veluti si servus stipuletur, ut sibi ire agere liceat: ipse enim tantum prohiberi non debet, non etiam dominus ejus.

COMMENTARIUS.

Proponitur hic per modum exceptionis regulæ initio positæ, quod, cum servus factum in stipulationem deducit, idque (quod subaudiendum esse exemplum subjectum ostendit) in suam personam confert, in hac stipulatione persona servi, non domini, consideretur. Cæterum revera nihilominus valet & subsistit hæc stipulatio ex persona domini: quippe cui obligatio & facti illius emolumentum quæritur; jusque servum jubendi facere, puta ire agere, pro commodo suo, & cui commissa stipulatione actio in id, quod sua interest, competit. Itaque dicendum est, hactenus tantum in hujusmodi stipulatione personam servi spectari, ut ipse solus, non etiam dominus ejus, ex mente promissoris facti illius exercitium habere debeat, *d. l. 38. §. hi qui 6. & seq. de verb. obl.* Atque hoc sensu alibi dictum est, ea quæ facti sunt, non transire ad dominum, *l. qui hæredi 44. pr. de cond. & dem.*

Ire agere liceat] In hac stipulatione non jus, sed factum versatur; ideoque persona servi tantum comprehensa intelligitur, ut is solus ire agere prohiberi non debeat, non etiam dominus ejus, *d. l. 38. §. 6. v. cum vero*, quanquam servus non ibit aget pro arbitrio suo, sed pro domini, cui illa stipulatione jus quæritur servum transmittendi. Quod si servus viam, vel iter, vel actum ad fundum domini stipuletur, etiamsi servi, non domini persona comprehensa sit, domino jus eundi agendi acquiret: quoniam ea stipulatione non simplex factum, sed jus servitutis continetur, per *l. 17. hoc tit.*

TEXTUS.

De servo communi.

3. Servus communis stipulando unicuique dominorum pro portione dominii acquirit: nisi jussu unius eorum, aut nominatim alicui eorum stipulatus est: tunc enim soli ei acquiritur. Quod servus communis stipulatur, si alteri ex dominis acquiri non potest, soliaum alteri acquiritur: veluti si res, quam dari stipulatus est, unius domini sit.

NOTA.

Unius domini sit] Aut si servitutem ad fundum stipuletur, cum unus duntaxat vicinum fundum habeat, *l. 7. in fin. l. 17. eod.*

COMMENTARIUS.

Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro patribus, utique indivisis, ut intellectu magis, quam corpore partes habeant.

Et ideo si quid stipulatur, vel quaqua alia ratione acquirit, omnibus acquirit pro ea parte, qua domini sunt, verbi causa, si unus duas partes, alter tertiam duntaxat habeat, illi commodum stipulationis pro duabus partibus acquiretur, hunc pro una, *l. 5. l. 7. hoc tit.* Sed tamen non est hoc perpetuum. Nam primum interest, utrum hoc modo servus communis stipuletur, *Dominis meis dare spondes?* an expressis propriis dominorum nominibus ita, *L. Titio & G. Sejo dare spondes?* nam priore quidem stipulatione partes dominicæ debentur, ex posteriore vero viriles. Quoniam dominorum vocabula pro demonstratione habentur, *l. si communis 37. hoc tit.* Sed & tres hi casus hic excipiuntur; si jussu unius ex dominis stipuletur; si uni tantum; si res in stipulationem deducta ad unum tantum pertinere potest: placetque, his casibus uni illi acquiri in solidum, *d. l. 5. cum aliquot seqq. l. 17. l. si ex re 28. §. 3. eod.* Est & quartus casus ejusdem naturæ, si stipuletur ex re unius, *l. si alienus 19. junct. d. l. 28. §. 1. eod.* Extra has causas sive sibi quid dari stipuletur, sive impersonaliter, pro partibus dominicis acquirit. Atque hæc etiam ἀναλόγως ad eum servum transferenda sunt, in quo plures usumfructum habent; item ad hominem liberum & servum alienum, qui à pluribus bona fide possidentur, quatenus scilicet hi ex causa operarum suarum aut re fructuariorum bonæve fidei possessorum stipulantur, *l. 19. cum l. seq. l. 24. l. 32. & l. seq. §. 1. eod. vid. sup. §. 4. per quas pers. cuiqu. acq.*

Jussu unius] Ac proinde hoc casu etiamsi non nominatim ei, qui jussit, stipulatus fuerit, nihilominus tamen huic soli acquiret. Sunt enim hæc duo distincta membra, ejusdemque potestatis est stipulatio jussu unius facta, cujus facta uni nominatim citra jussum. Sed quid si jussu contempto stipuletur alteri nominatim? Apud veteres utri acquireret, dubium fuit: sed Justinianus *inf. §. ult. per quas pers. obl.* ait, se hanc controversiam decidisse pro eo, qui jussit. Extat constitutio ejus in *l. ult. C. per quas pers. nob. acq.*

TITULUS XIX.
De divisione stipulationum.

Ratio ordinis. Unde sumpta divisio hic proposita: eaque ad bimembrem revocata.

PRÆCESSERE duæ stipulationum divisiones. Quarum prima ducta est à diverso contrahendi modo; unde aliæ puræ, aliæ in diem, aliæ conditionales, *§. 2. sup. de verb. obl.* altera à diversitate materiæ, rebus scilicet & factis, quæ in stipulationem deducuntur; unde aliæ dandi, aliæ faciendi, *§. ult. d. tit.* Profertur hic & tertia ex *l. 5. eod.* quod aliæ sint judiciales, aliæ prætoriæ, aliæ communes tam judiciales quam prætoriæ, aliæ conventionales: quæ tamen species non ideo sic distinguuntur, quod postrema à cæteris differt conventione, sed quod origine & conventionis causa; ut appareat, distinctionem hanc sumptam esse à causis efficientibus. Nam etsi nulla est stipulatio, quæ non habeat conventionem: non omnes tamen ita habent, ut inde primum nascantur, sed solæ conventionales; unde etiam hoc nomen acceperunt. Potest hæc divisio commode revocari ad bimembrem, ut dicamus, stipulationum quasdam esse necessarias, quasdam voluntarias. Necessarias, quæ invitis pro auctoritate prætoris aut judicis injunguntur: voluntarias, quæ concipiuntur ex voluntate atque arbitrio contrahentium; quæ veteribus dictæ sunt conventionales, eo quod ex sola conventione partium fiunt, *d. l. 5. pr. vers. conventionales.*

TEXTUS.
Divisio.

Stipulationum aliæ sunt judiciales, aliæ prætoriæ, aliæ conventionales, aliæ communes tam prætoriæ, quam judiciales.

1. Judiciales sunt duntaxat, quæ à mero judicis officio proficiscuntur: veluti de dolo cautio, vel de persequendo servo, qui in fuga est, restituendove pretio.

NOTÆ.

Aliæ Judiciales, aliæ Prætoriæ] Ex Pomp. *l. 5. de verb. obl.*

Veluti de dolo cautio] Puta in actione in rem vel quod metus causa: nam judex in restituenda re, qua de agitur, caveri jubet dolum malum abesse, *l. 20. l. 45. de rei vind. l. 9. §. 5. & 7. quod met. ca.* & parere recusantem condemnat in id quod adversarii interest.

COMMENTARIUS.

1 *Usus stipulationum judicialium, & in his officium judicis.*
2 *Exempla harum stipulationum, & quædam non allegata in textu.*

QUæ à mero judicis officio] Mero, id est, solo. Quod additum in definitione, ut removeantur commu-

communes: nam prætoriæ etiam eo omisso satis excluduntur. Igitur judiciales stipulationes sunt, quæ à judicis officio proficiscuntur, seu quas judex pro officio suo interponi jubet: ac proinde his locus non est nisi post litem contestatam: nam tum demum judex quis esse incipit, *l. un. C. de lit. cont. l. 1. C. de judic.* Officium judicis scimus positum esse tum in eo, ut de re in judicium deducta cognoscat, tum ut de ea re sententiam ferat, aut convictum condemnando, aut non convictum absolvendo, *l. qua de re 74. de judic. l. 9. C. eod. l. 1. de re jud.* Ergo si quis judex lite contestata jubeat aliquid pro officio caveri, & parere recusantem condemnet in id, quod adversarii interest, aut reum absolvat, sciamus, hoc proficisci ab officio judicis, stipulationesque jussu ejus interpositas judiciales nominari, etiamsi prætor sit, aut alius magistratus, qui de causa cognoscit: quippe cum in eo non magistratus, sed judicis pedanei partibus fungatur. Alio sensu, atque hoc loco, judiciales dicuntur in *l. 5. de prat. stipul.* nimirum, quæ propter judicium interponuntur, ut id ratum sit; seu judicii futuri stabiliendi causa, ut judicatum solvi, & ex operis novi nuntiatione; quæ species sunt prætoriarum. 3 Stipulationum judicialium duæ species hic afferuntur, de dolo cautio in actione in rem vel quod metus causa: nam judex in restituenda re, de qua agitur, caveri jubet, dolum malum abesse, *l. praterea 20. l. si homo 45. de rei vind. l. 9. §. Julianus 5. & §. ex hoc 7. quod met. ca.* item de servo persequendo & reddendo, qui in fuga est, *l. servo legato 64. §. ult. de legat. 1. l. item si 14. §. quod si homo 11. quod met. ca.* Sunt & multæ aliæ, veluti quæ interponuntur officio judicis familiæ erciscendæ, *l. & puto 16. l. haredes 25 §. contra 10. famil. ercisc.* itemque officio judicis addicti vindicationibus servitutum, *l. 7. l. 12. si serv. vind.* & aliis actionibus.

Textus.

De prætoriis.

2. *Pratoria sunt, qua à mero pratoris officio proficiscuntur; veluti damni infecti, vel legatorum. Pratorias autem stipulationes sic audiri oportet, ut in iis etiam contineantur adilitia; nam & ha à jurisdictione pratoris veniunt.*

Commentarius.

1. *Unde cognoscant stipulationes pratoria, earum usus & varia exempla.*
2. *Quibus in causis locus adilitiis, & mendum è textu sublatum.*
3. *Distinctio judicialium & pratoriarum; qua alias nunc minus conspicua, ad usum fori hodiernum accommodata.*

A *Mero pratoris officio*] *A mero.* Hoc ad judiciales excludendas supervacuum: sed additum hic itidem, ut excludantur communes. 1 Ab officio prætoris proficisci dicuntur, quæ à jurisdictione veniunt. Hoc ex eo cognoscemus, si extra judicium cautio injungatur, & adversus recusantem procedatur remediis magistratus propriis, puta missione in possessionem bonorum ejus, aut denegatione jurisdictionis. Igitur quod hoc loco scriptum est, & *l. 1. §. 2. de stip. prat.* cautiones, quæ præstantur ex causa damni infecti & legatorum servandorum, stipulationes esse prætorias, id hinc intelligi mus recte dici, quoniam extra judicium injunguntur, & nisi caveatur, mittitur adversarius in possessionem bonorum ejus, qui non cavet, *l. 7. de damn. inf. tit. ut leg. nem. cau. & tit. ut in poss. leg.* Similiter cautiones judicatum solvi, & ratam rem haberi, hinc cognoscimus esse prætorias, ut scriptum est in *l. 1. §. 1. & 2. de prat. stip.* quia & ipsæ lite nondum contestata exiguntur, *§ si vero 5. inf. de satisdict. l. Pomponius 40. §. pen. de procur* & qui illam præstare recusat, eum prætor non admittit ad alienam defensionem, *§. 4. & 5. inf. d. tit.* qui hanc, ei denegatur alieno nomine agere volenti actio, *§. 3. d. tit. l. mutus §. pœna 4. de procur.* Ejusdem generis est & cautio fructuaria: nam si ususfructus nomine non caveatur, denegatur petitio aut retentio usufructus, *l. 7. usufr. quemadmod. cau.* Plures recenset D. Cujac. in *l. 5. de verb. obl.*

Contineantur etiam adilitia] Ædilitiæ sunt, quibus venditor cavet de morbis & vitiis rerum venalium, puta *rem morbosam non esse, servum fugitivum non esse, erronem non esse,* & de cæteris, quæ edicto ædilium curulium promittuntur, *l. 1. & passim, de adil. edict. l. si ita quis 31. & l. seq. de evict.* Hæ stipulationes omnes proficiscuntur à mero ædilis officio, quia jubet ædilis eas interponi sine ullo judicio ac nisi interponantur, venditorem non condemnat, sed actionem adversus eum dat ad redhibendum intra duos menses, vel quanti emptoris interfit, intra sex menses, *l. si venditor 28. de adil. edict.* in quo licet agnoscere ædilis, quatenus ædilis est, id est, magistratus & jus dicentis auctoritatem, *l. 1. de jurisd.* 2

A jurisdictione pratoris] Vox *pratoris* abest à *l. 5. de verb. obl.* unde totus hic locus ad verbum descriptus est: & expungendam censeo cum Russard. Baron. Conr. Cujac. Hotom. Etenim ædilitiæ stipulationes non possunt dici venire à jurisdictione præto-

prætoris, cum veniant à jurisdictione ædilium; quod expressit Theophilus; sed quod de prætoriis tanquam principali specie stipulationum honorariarum dicitur, id etiam ad ædilitias recte refertur, quoniam & hæ ab officio jus dicentis veniunt, communemque cum prætoriis originem & causam habent, videlicet jurisdictionem magistratus. Neque aliud Justinianus hic, aut Pomponius in *d. l. 5.* sentiunt. Hodie hæc prætoriarum & judicialium stipulationum distinctio minus conspicua est, postquam judices à magistratu dari desierunt, idemque nunc judex, qui prætor seu magistratus. Distinguunt vero nunc interpp. inter officium judicis nobile, quod est judicis, qua magistratus est, & quod vi jurisdictionis atque imperii sui exercet; & mercenarium, quod est ejusdem, qua judex, & nudæ notionis, subserviens actioni institutæ. Itaque prætoriæ stipulationes etiamnum sunt & dici possunt, quæ extra judicium aut ante litem contestatam interponi jubentur propter cogendi remedia, *l. 4. de jurisd.* judiciales, quæ post litem contestatam instituti judicii promovendi causa.

Textus.
De conventionalibus.

3. *Conventionales, sunt quæ ex conventione utriusque partis concipiuntur; hoc est, neque jussu judicis, neque jussu prætoris, sed ex conventione contrahentium: quarum totidem sunt genera, quot (pene dixerim) rerum contrahendarum.*

Commentarius.

Ex *conventione utriusque partis*] Pomponius ex conventione reorum, *l. 5. hoc tit.* Ex conventione autem sic accipe, ex conventione sola: nam & cæteræ stipulationes ex conventione partium constant: at non inde solum proficiscuntur, sed prima earum causa est auctoritas jubentis. Unde existit & hæc differentia, quod prætoriæ stipulationes ex ipsius prætoris, conventionales ex mente contrahentium interpretationem accipiunt, *l. 1. §. ult. l. in prætoriis 9. de præt. stip.* & quod in prætoriis, si quid addi, vel detrahi, vel mutari oporteat, id jurisdictionis prætoriæ sit; in cæteris contra, *l. in conventionalibus 52. de verb. obl. l. 1. §. ult. de stip. prat.*

Quot rerum contrahendarum] Id est, obligationum seu negotiorum, quæ contrahi possunt. Et ideo necesse non fuit ullam conventionalium stipulationum exempli causa proferre, ut factum in superioribus, quæ non æque notæ & usitatæ. Illud (*pene dixerim*) tantum modestiæ causa additum videtur: nullum enim omnino negotium inter homines contrahitur, super quo stipulatio non recte interponatur.

Textus.
De communibus.

4. *Communes sunt, veluti rem salvam fore pupillo (nam & prætor jubet rem salvam fore pupillo caveri, & interdum judex, si aliter hæc res expediri non potest) vel de rato stipulatio.*

Notæ.

4. Et praetor jubet rem salvam] Et quidem regulariter: unde etiam hæc cautio inter prætorias numeratur, *l. 1. §. de stip. prat.*

De rato stipulatio] Hæc est, quæ exigitur à procuratore alieno nomine actionem postulante; quæ & ipsa prætoria fere est, *l. 1. §. 2. de stip. prat.* Cæterum si in lite contestanda omissa sit, & postea, certum esse cœperit falsum esse procuratorem, recte judex hanc satisdationem ab eo exiget, per *d. l. 1. C. de ord. jud.* Addit Pomp. *l. 5. de verb. obl.* & stipulationem duplæ; qua sc. venditor cavet *rem vitiosam non esse,* &c. *l. 32. de evict.* assidua dicitur *l. 31. § 10. de ædil. ed.* & hæc interdum jussu judicis interponitur, interdum imperio ædilis, *d. l. 5. de verb. obl.* Caute hîc legendus Th.

Commentarius.

1 *Cur duas stipulationes hic propositas Ulpianus prætorias, & quo sensu quasdam communes appellet.*
2 *Rem pupilli salvam fore quando prætor cavere jubet, quando judex, Et Theophilus notatus.*
3 *Idem quæritur de stipulatione rem ratam haberi.*
4 *An stipulatio dupla, & quando communis.*

Stipulationes communes sunt, quæ rebus ita exigentibus interdum auctoritate prætoris aut ædilis interponuntur, interdum jubente judice, *d. l. 5. in pr. vers. communes.* Hujus generis duæ hîc commemorantur, cautio rem pupilli salvam fore, & rem ratam dominum habiturum. *Ulpianus l. 1. §. 2. de stip. prat.* Utramque hanc inter prætorias numerat, nimirum ex potiori, & eo, quod regulare est, rem æstimans. Quod & nos consideravimus *sup. §. 2.* Apud Pomponium *d. l. 5.* refertur tertia ejusdem generis, stipulatio duplæ: neque plures, quod sciam, quæ quidem communes eo, quo diximus, sensu appellentur, occurrunt. Longe enim aliter, atque hoc loco, communes accipiuntur ab Ulpiano *l. 1. de stip. prat.* nimirum ex prætoriis illæ, quæ & judicii constituendi firmandique causa interponuntur, & simul cautio-

cautionales sunt, ut instar actionis habeant; quales sunt, quæ fiunt judicio sistendi causa, *d. l.1.* §.3.

Rem salvam fore pupillo] Hæc stipulatio regulariter jussu prætoris interponitur nullo interveniente judicio aut causæ cognitione; & ni caveat tutor pignoribus captis aut mulcta indicta coërcetur, *sup. de satisd. tut. pr. junct.* § *pen. l. 1. de adm. tut.* quorum nihil est judicis; qui nudam duntaxat notionem habet,
2 *l. 5. de re jud. junct. l. 4. de jurisd.* Sed finge, debitorem pupilli conventum à tutore post litem contestatam demum inter moras judicii cognovisse non satisdedisse tuto em, atque ad hanc exceptionem confugere: utique audiendus erit, *l. 3. C. de tut. qui sat. non ded.* & officio judicis injungetur stipulatio. Quippe quæ propria magistratus sunt & jurisdictionis, si de his principaliter agatur: ea si in judicium per consequentiam inciderint, ad judicis cognitionem & officium pertinere incipiunt, *l. 1. C. de ord. jud.* Aperte autem hic lapsus est Theophilus, bonus alioqui & non contemnendus interpres; qui dum probare cupit, stipulationem rem pupilli salvam fore aliquando judicialem esse, pro judiciali attulit exemplum prætoriæ, ejus nimirum, quæ ante litem contestatam interponi jubetur ab eo, qui de ea re in jus aditus est. Quo casu non potest non esse prætoria, cum eo tempore nullum adhuc judicium, nullus judex sit. Eundemque errorem mox iterum errat in explicatione cautionis de rato. Quod ideo monendum putavi, quia plerique decepti auctoritate viri satis habent, lectorem, tanquam in re explorata, ad eum remittere.

Si aliter hac res expediri non potest] His verbis, *hac res,* perspicuum est non intelligi cautionem, sed judicium seu rem, de qua judicio contenditur. Cautio enim semper per prætorem expediri potest, si ab eo postuletur: judicium vero non semper, nisi jussu judicis cautio interponatur.

Vel de rato stipulatio] Stipulatio de rato seu ratam rem haberi, ea est, quæ exigitur à procuratore alieno nomine actionem postulante. Hæc itidem
3 regulariter jussu prætoris atque ante litem contestatam interponitur. Cæterum si in lite contestanda omissa sit, & postea certum esse cœperit, eum qui tanquam procurator expertus est, falsum procuratorem esse, recte postulante adversario hanc judex satisdationem ab eo exigit. Nam quod dicitur, in *l. Pomponius 40. §. pen. de procur.* lite semel contestata procuratorem ad cautionem ratihabitionis non compelli, id in re incerta, ubi de mandato non plene constat, & aliqua pro procuratore præsumptio est, locum habet, quo scilicet casu ante litem contestatam etiam reo invito cum cautione admitteretur, *l. 1. C. de procur.* Neque obstat regula de exceptionibus dilatoriis, quales sunt procuratoriæ, post litem contestatam non opponendis, *l. 4. C. de jurisd. l. 13. C. de procur.* quippe quæ fallit, quando dilatoria eam vim habet, ut nullos reddat omnes actus judicii. Cujusmodi inter alias est exceptio falsi procuratoris, *l. licet 24. C. de procur. ubi Sichard. num. 2. & 3. Gail. 1. obs. 47. n. 2.* Pomponius *d. l. 5. de verb. obl.* communium stipulationum numero adscribit & stipulationem duplæ; eamque ait vel ab judice venire, vel ab ædilis edicto, id est, interdum judicis jussu interponi, interdum imperio ædilis. Nam ut edictum ædilium publicum hic interpretemur, neque verba Pomponii patiuntur, quia illud non est unius ædilis, sed plurium; *l. 1. & passim. de ædil. edict.* neque sententia; quod manifeste arguit præcedens definitio prætoriarum. Quando igitur hæc stipulatio communis? An cum ob evictionem interponitur? minime. Hæc enim petitur actione ordinaria, semperque judicialis est, nunquam ædilitia, *tot. tit. de evict.* Sed est præter vulgarem illam ob evictionem & alia, quæ ob eas causas petitur, de quibus edicto ædilium cavetur, puta rem vitiosam non esse, morbosam non esse, &c. *l. quia dicitur 32. de evict.* stipulatio *assidua* ab Ulpiano appellatur, *l. quod si nolit 31.* §. *quia assidua 20. de ædil. edict.* De his rebus qui sibi duplam promitti postulat, is adversario recusante aut agit ex empto præcise ad duplam, qua parte judicialis est; aut redhibitoria, & hic est ædilitia, quia post litem contestatam nunquam interponitur. *Don. in d. l. 5. pr. n. 27. & 28.* 4

TITULUS XX.

C. lib. 8. t. 39.

De inutilibus stipulationibus.

Continuatio. Quot modis accidat, ut inutilis sit stipulatio.

HACTENUS visum, quomodo verborum obligatio recte contrahatur, stipulationesque utiliter concipiantur. Sequuntur contraria, ea videlicet, quæ stipulationem vitiant, eamque inanem atque inutilem reddunt. Quarum quidem rerum tractatio etsi ad cæteras quoque conventiones & obligationes pertinet; non male tamen hoc loco instituitur, ut in argumento communi; quippe cum, ut initio *tit. de verb. obl.* dictum est, stipulationes inventæ sint cæterarum conventionum & obligationum firmandarum gratia; & ideo fere novissima parte cujusvis negotii subjici soleant. Ut vitiosa sit atque inutilis stipulatio, multis modis accidit. Quædam enim inutiles sunt propter materiam seu rem in obligationem deductam:

ductam: quædam propter defectum causæ efficientis, aut qualitatem personæ stipulantis promittentisve: aliæ propter vitium formæ & adjectionum. Quæ fere summa est eorum, quæ hoc tit. explicantur. Ex his autem casus fit, ut stipulatio ipso jure sit inutilis, ita ut nec actionem producat. Quibusdam etiam modis fit, ut inutilis sit non ipso jure, sed ut ex ea agens exceptione submoveatur, *inf. de except.*

TEXTUS.

De his quæ sunt in commercio.

Omnis res, quæ dominio nostro subjicitur, in stipulationem deduci potest, sive ea mobilis sit, sive soli.

NOTA.

DOMINIO SUBJICITUR] Id est, subjici potest, aut solet, ὑποπίπτειν δύναται. Th. verba enim in disciplinis potentialiter accipiuntur.

COMMENTARIUS.

Dominio nostro subjicitur] Id est, subjici potest. Nam & ea, quæ nondum in dominium nostrum pervenerunt, atque adeo quæ nondum sunt, in stipulationem deduci possunt; veluti frumenta, quæ in herbis sunt, fructus fundi, partus ancillæ, *l. interdum 73. l. ubi autem 75. §. illud 4. de verb. obl. §. ea quoque 7. sup. de legat.*

Sive mobilis sit, sive soli] Potuit adjungi *sive ea corporalis sit, sive incorporalis*: nam & jura in stipulationem recte deducuntur, veluti ususfructus & servitutes prædiorum, §. *1. sup. de usufr.* §. *ult. sup. de serv. præd.* Quin etiam non modo res in stipulationem utiliter deducuntur; verum etiam facta, ut superius docuimus sub §. *ult. de verb. obl.*

TEXTUS.

De his quæ non sunt.

1. At si quis rem, quæ in rerum natura non est, aut esse non potest, dari stipulatus fuerit, veluti Stichum, qui mortuus sit, quem vivere credebat, aut Hippocentaurum, qui esse non possit, inutilis erit stipulatio.

NOTÆ.

1. AUT ESSE NON POTEST] Particula disjunctiva *aut* posita videtur pro conjunctiva, ut interdum solet, *l. 53. de verb. sign.* Nam v. c. fructus futuri recte in stipulationem deducuntur, *l. 73. de verb. obl.*

HIPPOCENTAURUM] Lucret. *lib. 5.* Sen. *Epist. 25.* Cic. *2. de nat. Deor. Quis*, inquit, *Hippocentaurum fuisse credat?* Plinius tamen fuisse tradit *lib. 7. cap. 3.*

INUTILIS ERIT STIPULATIO] *d. l. 1. § 9. de obl. & act.* adeo ut nec æstimatio debeatur, nec pœna eo nomine promissa committatur, *l. 69. l. 103. de verb. obl.*

COMMENTARIUS.

1 *Canones, qui observandi circa materiam stipulationum: tum consectaria inde deducta.*
2. *Quid si in stipulatum deducta res, quæ esse desiit.*
3. *Quid si quæ nec est, nec unquam fuit: ubi de Hippocentauris.*

Hoc §. *& seq.* docetur, quibus modis fiat, ut inutilis sit stipulatio propter id; quod in eam deductum est. Quæ res ut perfectius intelligatur duo hi canones prius nobis observandi sunt. 1. Ut valeat stipulatio, necesse esse, ut id quod in eam deductum est, dari aut fieri per rerum naturam aut leges possit. 2. ut intelligatur, quid illud sit, & quam utilitatem afferat stipulatori. Hinc jam apparet, duobus modis in universum fieri; ut ratione materiæ inutilis sit stipulatio, si dari fierive natura aut jure non potest, quod promissum est, *l si stipuler, 35. de verb. obl.* eoque pertinet regula juris *l. impossibilium 185. de reg. jur.* si propter incertitudinem non potest intelligi, quid sit, & quam habeat utilitatem, *l. triticum 94. l. ita stipulatus 115. d. tit.* Quando in stipulatione faciendi hoc accedit, videbimus *inf. sub §. quod turpi 23.* Rerum, quæ dari non possunt, tria fere sunt genera; quæ non sunt in rerum natura nec esse possunt; quæ commercio sunt exemptæ; quæ stipulatoris sunt propriæ, *l. 1. si id quod 9. & §. seq. de obl. & act.* De primo genere agitur hoc §. de reliquis §. *seq.* Incertitudinis, quæ stipulationem vitiat, exempla habemus in *d. l. triticum 94. & d. l. ita stipulatus 115. pr. de verb. obl.* 1

Quod in rerum natura non est] Primum genus rerum, quæ dari non possunt, ac proinde inutiliter in stipulationem deducuntur, earum rerum est, quæ non sunt, nec esse possunt in rerum natura. Id iterum in duas abit species. Nam harum rerum aliæ fuerunt, sed desierunt esse; aliæ sine fuerunt quidem unquam. Illarum numero sunt, homo mortuus, ædes deustæ, 2
&c. *l. 1. §. si id quod 9. de obl. & act. l. homo 69. de verb. obl.* Quod autem harum rerum stipulationem inutilem esse dicimus, hoc eo maxime spectat, ut intelligamus, nec æstimationem earum deberi, *l. liber homo 103. de verb. obl.* §. *4. sup. de legat.* nec pœnam eo nomine promissam committi, *d. l. si homo 69. de verb. obl.* Plane, si res, quæ dari poterat, ab initio in obliga-

obligationem deducta, culpa debitoris dari posse desierit, aut si is in re præstanda moram fecerit, placet creditorem eas res, quamvis extinctas, utiliter adhuc stipulari, *l. inter stipulantem 83. §. pen. eod.* quoniam culpa & mora debitoris obligationem perpetuant, *l. si ex legat. 23. l. si servum 91. §. 3. eod.*

Hippocentaurum, qui esse non possit] Exemplum
3 rerum, quæ ita non sunt, ut nec unquam fuerint. Cic. *2. de nat. Deor. Quis*, inquit, *Hippocentaurum aut Chimæram fuisse putat? Lucret. lib. 5.*

Sed neque Centauri fuerint, neque tempore in ullo
Esse queat duplici natura & corpore bino
Ex alienigenis membris compacta potestas.

Stoici apud Senecam Epist. 58. *In rerum*, inquiunt, *natura quadam non sunt. Et hæc autem, quæ non sunt, rerum natura complectitur, quæ animo succurrunt, tanquam Centauri, Gigantes, & quicquid aliud falsa cogitatione formatum habere aliquam imaginem cœpit, quamvis non habet substantiam.* Plinius tamen *lib. 7. cap. 3.* testatur, Claudium Cæsarem scribere, Hippocentaurum in Thessalia natum eodem die interisse. *Et nos*, inquit, *principatu ejus allatum illi ex Ægypto in melle vidimus.* Cæterum ut hoc verum sit, tamen quia portenta & monstra hæc sunt, etiam naturæ quodam peccato genita, eorum ratio nulla ducitur. Centauri, qui idem & Hippocentauri dicti, populi fuere Thessaliæ juxta Pelion montem, anteriore corporis parte (ut Poëtæ fabulantur) hominum, posteriore equorum effigiem referentes. Fabulæ occasionem præbuit, quod Centauri primi equitarunt, non sine horrendo vicinorum populorum spectaculo, à quibus primum conspecti equis insidentes, crediti sunt habere membra partim humana, partim equina. Item Indis occidentalibus patrum nostrorum memoria evenit.

TEXTUS.

De his quæ non sunt in commercio.

2. Idem juris est, si rem sacram, aut religiosam, quam humani juris esse credebat, vel publicam, quæ usibus populi perpetuo exposita sit, ut forum, vel theatrum; vel liberum hominem, quem servum esse credebat; vel cujus commercium non habuerit, vel rem suam dari quis stipuletur. Nec in pendenti erit stipulatio ob id, quod publica in privatam deduci, & ex libero servus fieri potest, & commercium adipisci stipulator potest: sed protinus inutilis est. Item contra, licet initio utiliter res in stipulatum deducta sit, si tamen postea in aliquam eorum causam, de quibus supra dictum est, sine facto promissoris devenerit, extinguitur stipulatio. At nec statim ab initio talis stipulatio valebit, Lucium Titium, cum servus erit, dare spondes? *& similia. Quæ enim natura sui dominio nostro exempta sunt, in obligationem deduci nullo modo possunt.*

NOTÆ.

Humani juris esse credebat] Et multo magis si sciebat eam humani juris non esse, arg. *l. 31. de obl. & act.*

Nec rem suam dari] *l. 82. de verb. obl. l. 1. §. 10. de obl. & act.* cui consequens est, nec pretium rei ex ea stipulatione deberi. Sed pretium rei meæ recte stipulor, & rem meam mihi restitui, *d. l. 82.*

Protinus inutilis] Protinus, id est, statim, ἐξ ἀρχῆς Huc pertinet regula, *Quod initio vitiosum est, &c. l. 29. de reg. jur.*

Licet initio utiliter] *l. 51. l. 83. §. 5. de verb. obl.* sunt hæc exempla regulæ, quæ definit, etiam ea, quæ recte gesta sunt, resolvi, si in eum casum inciderunt, à quo non poterant incipere, *l. pen. §. ult. eod. l. 11. de servit.*

Sine facto promissoris] Secus est, si facto aut culpa promissoris res commercio exempta *d. l. 83. §. 5.* aut postquam moram in ea præstanda fecisset, *l. 23. l. 91. pr. & §. 3. eod.*

Quæ natura sui] Aliud juris est in his, quo per accidens non possunt acquiri, puta quia stipulatoris sunt, *31. de verb. obl.*

COMMENTARIUS.

1 *Genera rerum, quæ non sunt in commercio.*
2 *Etiam earum rerum, quarum nullum omnino commercium est, stipulationem prorsus inutilem esse.*
3 *Quid si stipulator sciat, rem non esse in commercio.*
4 *Quid si ille ignoret, promissor sciat.*
5 *Quando earum rerum, quæ secundum quid extra commercium, stipulatio utilis aut inutilis.*
6 *De stipulatione rei nostræ.*

7 *Ampliatio regulæ initio posita.*
8 *Ampliatio secunda.*
9 *Quid si columna promissa facto alieno ædibus juncta.*
10 *Dissensio veterum circa casum, quo res initio recte promissa, deinde commercio exempta, postea rursus dari posse cœpit.*
11 *Restrictio ampliationis secundæ.*
12 *Ampliatio tertia, ejusque restrictio.*

SEcundum genus rerum, quæ dari non possunt, est earum, quæ sunt quidem in rerum natura, sed non
1 sunt in commercio hominum. Hujus autem generis quæ sunt, earum quædam conditione sua & absolute commercio exemptæ, ut res divini juris, publicæ, homo liber: quædam certo respectu: qui vel est in rebus ipsis, cum alioqui natura sua sint in commercio: quales sunt verbi causa columnæ, marmora ædificiis juncta: vel in personis contrahentium, puta si vel stipulator, vel promissor commercium non habeat, cum alii habeant. Sunt enim quædam quorundam hominum commerciis exempta, ut prædia Ecclesias habentia hæreticis, mancipia Christiana iisdem & Judæis, *l. si quis 10. C. de hæret. tit. C. ne Christ. manc. hæret.* Enim vero non omnia hæc stipulationem vitiant eodem modo, quædam nec vitiant, estque in singulis, quod seorsum considerandum.

2 *Si rem sacram, &c.*] Quarum rerum nullum omnino commercium est, eæ in stipulationem deductæ perinde eam vitiant, ut illæ, quæ non sunt, nec esse possunt in rerum natura, *l. 1. §. si id quod 9. de obl. & act. l. si stipulor 35. l. inter 83. §. sacram. 5. l. liber homo 103. de verb. obl.* Quamobrem neque hoc casu magis, quam superiore, aut æstimatio debebitur, aut pœna promissa peti poterit, *d. l. liber homo, l. si homo 69. eod. l. cum servum 39. §. ult. de legat. 1. §. 4. sup. de legat.* quod etiam hoc ipso satis significatur, quod ejusmodi stipulatio dicitur esse inutilis, idemque juris hic esse, quod foret, si res promissa nec esse posset in rerum natura. Neque enim inutilis stipulatio dici potest, ex qua aliquid debetur, & maxime si pro re debeatur æstimatio. Diversum omnino est, si quis ædem sacram aut locum religiosum ædificari stipulatus fuerit: hic enim in stipulationem deducitur, quod & natura fieri potest, & jure facere licet, *l. stipulatio 38. §. ult. de verb. obl.*

3 *Quam humani juris esse credebat.*] Eodem modo mox, *quem servum esse credebat.* Uti & §. præced. *quem vivere credebat.* Et similiter Gajus *l. 1. §. si id quod 9. de obl. & act.* An ergo si sciebat stipulator rem esse divini juris, hominem liberum esse, &c. valebit stipulatio? Quidam putaverunt, valere, saltem ad hoc, ut stipulator consequatur quod sua interest, ne frustra ea verba hic & apud Gajum expressa videantur. Sed recte Wesembecius respondet, verba ista addita esse, propterea quod in ignorante major est causa dubitandi, an non saltem æstimatio, aut id quod interest, peti possit: in sciente enim vix esse potest; quoniam tum non modo ratione materiæ; verum etiam causæ efficientis, seu propter defectum consensus, harum rerum stipulatio nullius momenti est, *arg. l. non solum 31. de obl. & act.* & maxime si etiam promissor sciverit, *l. domum 57. §. ult. de contr. empt.* Sed quid si solus stipulator conditionem rei ignoret, promissor sciat, an non saltem propter dolum promissoris dabitur stipulatori actio in id, quod sua interest deceptum non esse? Adhuc dicendum videtur, non dari; siquidem in locis omnibus, ubi de stipulatione rerum, quæ in commercio non sunt, agitur, simpliciter pronuntiatur, inutilem eam esse & nullius momenti. Emptionis alia causa est: nam etsi nec emptio hominis liberi, loci sacri aut religiosi, hactenus teneat, ut res ipsæ debeantur aut peti possint: tamen si hæc pro privatis aut profanis veneant, & inter ignorantes id fiat, aut duntaxat venditor sciat, emptor ignoret, placet emptionem eatenus saltem consistere, ut emptor actione ex empto vel pretium recipiat, vel consequatur, quod interfuit ejus, ne deciperetur, *l. 4. l. qui officii 62. §. 1. l. liberi 70. de contr. empt. §. ult. inf. de empt. & vend.* Plane, si ex causa onerosa stipulatio interposita sit, putarem cum Joan Fab. in casu proposito nomine doli adversus promissorem agi posse. 4

Quæ usibus populi] Quæ in usu publico habentur. Additum ad differentiam eorum, quæ sunt in pecunia seu patrimonio populi aut Principis, *l. 6. l. pacta 72. §. ult. de contr. empt.* quæ quidem & ipsa publica dicuntur, *l. quod in littore 14. de acq. rer. dom. l. bona 15. cum 2. seqq. de verb. sign.* nimirum propter personam possidentis: cæterum usu & jure, quo habentur, privata sunt atque in commercio, *l. 2. §. hoc interdictum 4. ne quid in loc. publ.*

Cujus commercium non habuerit] Etiam earum 5
rerum, quæ secundum quid extra commercium sunt, stipulatio inutilis; sed non semper. Inutilis, si vel propter rem impedimentum objiciatur, veluti si quis ea stipuletur, quæ ædibus juncta sunt: quoniam ea eximi & præstari Senatus vetuit, *l. cætera 41. de legat. 1.* Et igitur cum etiam hoc casu res ipsa non debeatur, nec debebitur rei æstimatio, quæ promissa non est, quod tamen non puto esse perpetuum, sed exemplo legati, harum rerum aliquando etiam ex stipulatione æstimationem peti posse, *d. l. cætera, § si ædibus 4.* vel propter personam stipulatoris, quod ille rei commercium non habet, veluti si Judæus mancipium Christianum dari stipuletur: hoc enim casu non magis utilis stipulatio, quam si res simpliciter atque in totum commercio exempta sit, *hoc text. l. multum*

tum 34. de verb. obl. Quod si stipulator commercium habeat, licet promissor non habeat, placet stipulationem valere, *d. l. 34.* quippe posteriore hoc casu præstatio rei non est promissori impossibilis. Nam etsi ipse rem, quam promisit, habere, possidere non potest: nihil tamen prohibet, quominus eam sic comparet, ut non sibi habeat, sed statim ei præstet, cui jus est eam habere, *arg. l. aliud 71. de verb. sign.* atque eadem hac ratione defenditur legatum rei, cujus hæres commercium non habet, modo legatarius habeat, *l. mortuo 49. §. sed Proculus 3. de legat. 2.* de quo plura scripsimus *ad §. non solum 4. sup. de legat.*

6 *Vel rem suam*] Tertium genus rerum, quæ dari nobis non possunt, sunt res nostræ: quod enim nostrum est, id nobis dari aut amplius nostrum fieri non potest, *§. sic itaque 14. inf. de act.* Nemo igitur rem suam sibi dari utiliter stipulatur, *l. nemo 82. de verb. obl. l. 1. §. nec minus 10. de obl. & act.* Cui item consequens est, nec pretium rei ex ea stipulatione deberi. Sane rem nostram nobis restitui, tum etiam pretium rei nostræ nobis dari, utiliter stipulamur, *d. l. nemo.* Sed & rem furtivam dominum à fure recte stipulari placet, modo tanquam furtivam stipuletur, *l. scire 29. §. ult. de verb. obl.* cujus rei ratio petenda ex *d. §. sic itaque, inf. de act.*

Nec in pendenti, &c.] Sequuntur aliquot ampliationes, quæ tamen non pariter ad omnes superiores species pertinent.
7 Prima significatur hoc vers. & apud Paulum *l. inter 83. §. sacram. verb. quamvis sacra profana fieri, &c. de verb. obl.* estque hæc, quod etsi res sacra profana, publica privata, homo liber servus factus sit, nihilomagis stipulatio vires habeat aut sumat, vetante nimirum regula Catoniana, quod initio vitiosum est, tractu temporis convalescere. Quæ regula ad stipulationes quoque translata est, *arg. l. cætera 41. §. 1. de legat. l. quod initio 22. de reg. jur.* Ergo nec si stipulator postea rei commercium nactus fuerit, stipulatio convalescet; nec si sua res stipulatoris esse desierit, *hoc text.* nec si juncta ædibus postea fuerint separata, *d. l. cætera, §. 1.*

Licet initio utiliter, &c.] Ampliatio secunda.
8 Non solum inutilis est stipulatio, in quam ab initio res, quæ commercio exemtæ sunt, aut alias dari non possunt, deducuntur, sed etiam si quid recte atque utiliter promissum postea in talem causam sine facto promissoris devenerit, placet stipulationem extingui, & dissolvi obligationem, licet ab initio recte contracta sit; ut puta, stipulatus sum rem profanam aut Stichum mihi dari, ea res postea sacra, aut Stichus liber esse cœpit sine facto promissoris, placet eum liberari, & satis esse, quod eventu præstatio facta sit impossibilis, *d. l. inter, §. sacram. vers. nam & cum, l. is qui 51. de verb. obl.* Suntque hæc exempla regulæ, quæ definit etiam ea, quæ rectè gesta sunt, resolvi, si in eum casum inciderunt, à quo non poterant incidere, *l. 11. de servit. l. pen. §. ult. de verb. obl.* vid. notata sub *§. ex contrario 14. sup. de legat.* Eadem ratione & stipulatio rei alienæ perimitur, si res antequam traderetur, ex alia causa jam facta sit stipulatoris: sed hoc ita, si utraque causa fuerit lucrativa, non si altera onerosa, *d. l. inter §. 6. l. omnes debitores 17. de ob. & act.* rationem diversi juris reddidi sub *§. si res 6. sup. de leg.* Quid si columna promissa facto alieno juncta sit ædibus? Non putarem, 9
hoc casu stipulationem evanescere, *l. cætera 41. §. si duobus 4. de legat. 1.* De illo inter veteres non convenit si res initio rectè promissa, deinde commerciis 10
hominum exempta, rursum mutata conditione cœpit dari posse, veluti si servus liber factus in servitutem reciderit, an obligatio, quæ semel sublata fuit, restituatur. Celsus censuit restitui, magisque esse, ut propter impedimentum interveniens cessasse videri debeat obligatio, quam penitus extincta fuisse. Sed hæc Celsi sententia admissa non est, crebriusque placuit, obligationem non restitui, utpote semel penitus sublatam: quemadmodum enim homo mortuus vitæ restitui non potest, ita nec in perpetuum extinctam obligationem posse resuscitari, *d. l. inter. §. sacram. vers. nec revocamus l. qui res 98. §. aream. 8. de solut.* quibus locis etiam Celsi argumentis occurritur. Eadem dissensio & circa servum legatum interim manumissum, & postea servum iterum factum, inter Celsum & alios fuisse videtur; *l. si chorus 79. §. ult. de legat. 3. junct. l. servus 27. §. 1. de adim. legat.* quos tamen locos distinctione conciliare nititur *Don. in d. l. inter. §. sacram. n. 8.*

Sine facto promissoris] *d. l. inter §. 5.* Additum 11
ideo, quoniam si per promissorem factum sit, ut res dari posse desierit, veluti si servum promissum manumiserit, locum promissum religiosum aut publicum fieri passus sit, non extinguitur stipulatio, nec magis debitor liberatur, quam si servum promissum occidisset. Itaque ne dolus aut culpa ejus adversario noceat, cum res ipsa præstari non possit, præstabitur æstimatio. Idemque est, postquam debitor in re præstanda moram fecit, ea perempta aut commercio exempta sit: quoties enim aut culpa, aut mora debitoris intervenit, placet obligationem continuari, id est, ex eo tempore perinde perpetuo eum teneri, ac si res adhuc extaret, *l. 23. l. servum 91. pr. & §. 3. de verb. obl.*

Lucium Titium cum servus erit] Ampliatio ter- 12
tia. Rem commercio exemptam non tantum purè inutiliter stipulamur, sed etiam sub conditione, licet nominatim in eum casum nobis caveamus, si dari posse cœperit. Itaque improbata est etiam hujusmodi stipulatio, *illum, cum servus erit, dare spondes?* item, *eum locum, cum ex sacro profanus esse cæpe-*

cœperit, dare spondes? nimirum quia nec præsentis temporis obligationem recipit, & ea duntaxat, quæ natura sui possibilia sunt, in obligationem deduci possunt. Sed & mali ominis causa istiusmodi stipulationem detestamur, quoniam non solet ea mutatio contingere sine interitu civitatis, quod Paulus *d. l. inter.* §. *sacram.* & Pomponius *l. si in emptione 34.* §. *2. de contr. empt.* declarant sub persona liberi hominis sub conditione promissi. Enimvero hæc ampliatio pertinet duntaxat ad stipulationes earum rerum, quæ absolutè & natura sua commercio exemptæ sunt, ad eas res non pertinet, quæ cum per se sint in commercio, nunc tamen non sunt propter impedimentum aliquod extrinsecus accedens & temporarium. Etenim ea, quæ ædibus juncta sunt, sub conditione stipulari non prohibemur, cum & sub conditionem legari possint, *d. l. cætera 41.* §. *1. de legat. 1.* Sed nec pertinet ad stipulationem rei nostræ. Quippe & hanc sub conditione rectè stipulamur, ut stipulatio teneat, si tempore existentis conditionis nostra non sit, *l. si rem. 31. l. existimo 98. de verb. obl. d. l. cætera 41.* §. *1. de legat. 1. l. existimo 61. de contr. empt.* Neque enim quominus hoc fiat, aut regula Catoniana impedit, quæ ad conditionalia non pertinet; *d. l. cætera* §. *1.* aut vitium rei, quod nullum est; potestque ea, mutato interim domino nobis præstari, nec incivile est hanc mutationem expectare. Non caruit tamen hæc sententia dubitatione, ut apparet ex *d. l. existimo de verb. obl.* Illud ei adversari videtur, quod etiam conditionales stipulationes ex præsenti vires accipere traditur *l. ususfructus 26. de stip. serv.* & generaliter in omni stipulatione id tempus spectari, quo contrahimus, *l. filiusfam. 78. de verb. obl.* Sed hoc rectè dicitur, cum de persona stipulantis agitur, aut ejus, cui inde acquiritur: ad res, qui in stipulationem deducuntur, non pertinet. Ut enim statum capiat stipulatio, necesse est eum, qui stipulatur, sive purè stipuletur, sive sub conditione, stipulandi capacem esse: eademque ratio ejus, cui ex stipulatione acquiri volumus. At rei, quæ usibus hominum non exempta in stipulationem deducitur, præstatio & obligatio in eventum differri potest, ut ante illum eventum neque peti possit, neque quicquam debeatur, *l. cedere diem 213. de verb. sign.* sed tantum spes sit, debitum iri, quam in hæredem transmittamus, §. *sub conditione sup. de verb. obl.*

TEXTUS.

De facto vel donatione ulterius.

3. Si quis alium daturum facturumve quia promiserit, non obligabitur, veluti si spondeat Titium quinque aureos daturum. Quod si effecturum se, ut Titius daret, sponderit, obligatur.

COMMENTARIUS.

1 *Cur qui alium daturum, &c. promittit, neque ipse se, neque alium obliget.*
2 *De eo, qui se curaturum promittit, ut alius det.*
3 *Interdum qui factum alienum promittit, etiam sine expressione istorum verborum obligari: & moribus hodiernis semper.*

Qui alium daturum aut facturum promittit, neque ipse obligatur, neque alium obligat. Cur alium non obliget, ratio manifesta est, quia nemo ex contractu alterius obligari potest, *l. 3. C. ne ux. pro mar.* Cur ipse non obligetur, duæ causæ sunt: una, quia non consentit, ut det aut faciat: altera, quia etsi proponamus eum dare aut facere velle, tamen verbis id non promittit: quorum utrumque per se solum ex regulis communibus stipulationum satis est ad impediendam verborum obligationem. De se igitur quemque promittere oportet, si eum obligari volumus, *d. l. inter 83. in pr. de verb. obl.* Sed an non saltem hactenus eum, qui alium daturum aut facturum promisit, obligari dicimus, ut curare debeat, ut ille alius det, aut faciat? Dicendum est, ne hactenus quidem eum obligari: alioqui stipulatio hæc non esset inutilis; sed factum alienum utiliter promitteretur, contra, quam in universum definit Hermogen. *l. sicut. 65. de fidejuss.* & Ulpian. *l. stipulatio. 38. in pr. de verb. obl.* 1

Qui effecturum se] Aut *se curaturum*, ut alius det, *d. l. inter. 83. pr. eod.* quippe hac stipulatione non tam factum alienum, quam proprium promissoris continetur, qui ob id in tantum tenebitur, quantum ut alter daret, curaturum se promisit, per *l. si hæres 73. de legat. 1.* aut si promiserit curaturum se, ut alius aliquid faciat, tenebitur in id, quod stipulatoris intererit. Communiter receptum tradit Wesembecius, promissorem liberari, si omnem diligentiam adhibuerit ad rem conficiendam, nec profecerit, quasi hoc solum promisisse intelligatur; ut proinde non aliter conveniri possit, quam si negligentia, aut culpa ejus arguatur, allegans *Bart. cons. 236. Boer. decis. n. 16. Schurff. cons. 15. cent. 1.* textus tamen omnes indistinctè loquuntur, *vid. D. Bronch. 4. assert. 40. Ant. Fab. Cod. for. de contr. stipulation. defin. 10.* 2

3 Interdum sanè qui factum alienum promittit, obligatur, quamvis verbis non exprimat, *se effecturum* aut *curaturum*, &c. quasi tacitè id actum videatur considerata qualitate negotii; veluti si quis promittat, certam personam pro se fidejussuram esse; *l. qui autem*

autem 14. §. 2. de pec. const. item si procurator, de cujus mandato dubitatur, promiserit, rem ratam dominum habiturum, *tot. titul. rat. rem. hab.* Estque posterior hæc stipulatio prætoria: ac proinde, ut reliquæ ejusdem generis, legem & interpretationem recipit de mente prætoris, *l. in conventionalib. 52. de verb. obl. l. 9. de stip. præt.* Similia exempla occurrunt in *l. stipull 38. in pr. l. quotiens 81. l. inter 83. pr. de verb. obl.* in quibus omnibus promissor sub alieni facti promissione etiam de suo promittere intelligitur. Qui promisit, *se facturum*, ut decem dentur, ipse dari cogitur, nec liberatur dando expromissorem, *l. si hæres 73. de legat. 1.* At qui *curaturum se*, ut decem dentur, promisit, placet eum liberari alium reum locupletem dando, *l. ult. §. 1. de reb. cred. l. illa stipulatio 67. §. 1. de verb. obl.* Curare enim non tantum numerare est, sed etiam delegare alium, qui adnumeret. Facere dandi significationem in proposito habet. *Cujac. ad d. l. 67.* Nostris & multorum aliorum moribus, qui factum alienum promittit, tacitè intelligitur promittere se curaturum aut effecturum ut alius det aut faciat. *Grot. 3. introduct. cap. 3. Goris advers. tract. 3. cap. 3. n. 10.* convenienter æquitati juris Canonici. *Covar. in cap. quamvis de pact. in 6. p. 2. §. 5. n. 1. Cyprian. hic cens. Belg.*

TEXTUS.

De eo in quem confertur obligatio, vel solutio.

4. *Si quis alii, quam ei, cujus juri subjectus est, stipuletur, nihil agit. Planè solutio etiam in extraneam personam conferri potest: veluti si quis ita stipuletur,* mihi aut Sejo dare spondes? *ut obligatio quidem stipulatori acquiratur, solvi tamen Sejo, etiam invito eo, rectè possit, ut liberatio ipso jure contingat: sed ille adversus Sejum habeat mandati actionem. Quod si quis sibi & alii, cujus juri subjectus non sit, dari decem aureos stipulatus est, valet quidem stipulatio. Sed utrum totum debeatur stipulatori, quod in stipulatorem deductum est, an vero pars dimidia, dubitatum est. Sed placuit, non plus, quam dimidiam partem ei acquiri. Ei vero, qui juri tuo subjectus est, si stipulatus sis, tibi acquiris: quia vox tua tanquam filii intelligitur in his rebus, quæ tibi acquiri possunt.*

NOTÆ.

4. QUAM EI, CUJUS JURI SUBJECTUS] patri sc. aut domino, *l. 38. §. 17. l. 45. de verb. oblig. sup. de stip. serv. & inf. per quas pers. nob. obl.*

NIHIL AGIT] Nec sibi acquirit, quia hoc actum non est; nec alteri, quia hoc repugnat fini omnium obligationum, *d. l. 38. §. 17. & inf. eod. §. 18. l. 11. de obl. act.*

ETIAM INVITO EO] Stipulatore sc. Cæterum hæc potestas adjecto solvendi, lite contestata intercidit, *l. 16. de fidei. l. 57. §. 1. de solut.* aut statu ejus in causam deteriorem mutato, *l. 38. d. t.* junct. *l. 56. §. 2. de verb. obl.* nec ipse petere, nec novare, nec acceptum ferre potest: quia obligatio soli acquiritur stipulatori, *l. 10. de solut.*

VOX TUA TANQUAM FILII] Patris & filii persona penè eadem, *l. ult. C. de impub. & al. subst.* Est enim filius veluti portio patris. Arist. 1. *magn. mor. 34.*

QUAE TIBI ACQUIRI POSSUNT] Non ergo si quid pater stipuletur ex causa castrensis peculii *l. 39. de verb. obl.* aut si factum in personam filii conferat, *l. 130. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Qui alteri stipulatur, emit, conducit, &c. nec sibi nec alteri obligationem acquirere.*
2 *Quæ cautiones hic adhibendæ.*
3 *An tabellarii stipulando alteri acquirant: & quid juris hodie.*
4 *Quibus in causis admissum, ut alteri ex conventione alterius utilis actio detur, præter casus n. 2.*
5 *Quid stipulatio solutione in alium collata tribuat stipulatori.*
6 *Quid adjecto solutionis causa.*
7 *Quid permittat promissori, & quem liberationi modum faciat.*
8 *Quid si adjectus statum mutaverit.*
9 *Quid juris, si quis conjunctim sibi & alteri stipuletur, tum ratione reorum, tum adjecti.*
10 *An in contractibus locus sit juri accrescendi.*
11 *De patre stipulante filio sive quem in potestate habet, sive emancipato.*

QUemadmodum nemo alium daturum facturumve promittens aut ipse obligatur, aut alium obligat; ita nec alteri stipulando aut sibi aut alteri obligationem acquirit, *l. stipulatio 38. §. alteri 17.* 1

de Verb. obl. l. 3. C. d. contr. stip. §. alteri 18. *inf. hoc tit.* Non sibi, quia hoc actum non est, nec persona ejus stipulatione comprehensa: non alteri, quia repugnat fini stipulationum & obligationum; utpote quæ ad hoc omnes comparatæ sunt, ut unusquisque acquirat sibi, quod sua interest: ut vero alteri detur, nihil interest nostra, *d. l. stipulatio § alteri.* Neque hoc ad stipulationes tantum pertinet, sed ad cæteras quoque conventiones, *§. pen. sup. per quas person. l. si ita* 126. *§. 2. Vers. respondit, de Verb. obl. l. solutum* 11. *§. pen. de pign. act. l. quo tutela* 73. *in fin. de reg. jur.* In summa; ut Paulus scribit, *quæcumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona initium sumant*, id est, ut nunc vulgo loquuntur, nisi in persona nostra radicentur, *inanem actum nostrum efficiunt: & ideo*, inquit, *neq; stipulari, neque emere, Vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus, l. quæcumque* 11. *de obl. & act.* Verum hic cautiones quædam adhibendæ sunt.

2 Primum enim quod dicitur, neminem stipulando alteri obligationem aut actionem acquirere posse, de persona extranea intelligendum est, & sic temperandum, nisi ille alter, in quem stipulatio confertur, fictione juris eadem persona cum stipulatore habeatur: quo in numero sunt tum ii, quorum in potestate sumus, tum hæredes nostri. Planè enim, quod servus domino, filiusfam. patri stipulatur, ejus obligatio & actio omnis domino aut patri acquiritur, *hoc text. in pr. d. l. stipulatio in §. alteri, l. quodcumque* 45. *de Verb. obl. sup. tit. de stip. serV. & inf. per quas pers. nob. obl.* Sed & hæredibus nostris paciscendo & stipulando quidvis acquirimus, *d. l. stipulatio §. sed si* 12. *& §.* 14. *de Verb. obl. l. actus* 33. *de pact.* nec tantum cum nobis simul & hæredibus nostris stipulamur, sed etiam cum hæredibus solis; utique jure novo ut actio ab hæredibus incipiat, *l. unic. C. ut action. ab hæred.* Deinde etsi ex aliena stipulatione non acquiritur alteri actio directa: sunt tamen quædam personæ, per quas ratione officii acquiritur alteri actio utilis. In hoc genere sunt, tutor, curator, actor civitatis: nam si tutor pupillo, curator adolescenti, actor civitati quid dari aut fieri stipulentur, placet, pupillo, adolescenti, civitati utilem actionem dari, *l. 5. §. penult. de pec. constit.* In eadem causa est & procurator militis, *l. si pecuniam* 26. *de reb. cred.* item magistratus in cautione pro pupillo à tutoribus aut adrogatore exigenda. Et non solum magistratus ipse ex his causis pupillo rectè stipulatur, sed etiam alium adhibere potest, puta servum publicum, aut si videtur, quemvis liberum hominem, qui idem pupillo stipuletur, *l. 1. §. si magistratus* 11 *& §. exigere* 15. *de magistrat. conV. l. non aliter* 18. *de adopt. l. 2. & 3. rem pup. salV. for.* Adhæc ex stipulatione procuratoris tribus ex causis domino utilis actio datur. 1. si ex re domini stipuletur, *l. quod procurator.* 68. *de procurat.* 2. si domino præsente, *l. si procuratori* 79. *de Verb. obl.* 3. si utilitas id exigat, nec aliter domino res salva esse possit. Receptum id primum in contractu institoris, *l. 1 in fin. l. 2. de instit. act.* inde eadem conditione translatum ad contractus procuratoris, *l. 13. §. si procurator* 25. *de act. empt. l. 5. de prat. stipulat. l. damni* 18. *§. ult. de damn. infect.* Quæsitum de tabulariis, seu, ut nunc vulgo appellantur, notariis publicis, an etiam hi civibus absentibus rectè stipulentur, iisque obligationem acquirant. 3

Quod omnino negandum est, si quidem de jure civili Romanorum quæratur: quippe quo jure nec servus publicus id potuit, nisi in duabus illis, quas dixi, causis, ac magistratu jubente stipulationem interponi. Si vero de jure hodierno, ubique ferè locorum invaluit error veterum interpretum, receptumque ut notarii aliis rectè stipulentur, & stipulando actionem acquirant. De eo tamen nondum satis convenit, an ex hujusmodi stipulatione aliave conventione notarii alteri absenti jus aliquod acquiratur ante ratihabitionem, *Vid. Tesaur. decis.* 70. *Fachin.* 8. *contr.* 51. *Christin. Vol.* 3. *decis.* 34. *& Vol.* 4. *decis.* 177. *&* 209. ubi etiam quærit, an, persona quoque non publica alteri stipulari possit secundum dispositionem juris Canonici, *c. quoties cordis quæst.* 7. Sanè non obstat jus naturæ aut gentium, quominus alteri etiam extraneo rectè quid bet stipuletur, ut ei volenti & promissum acceptanti obligatio & actio acquiratur. Imo id juri naturæ benè congruit, neque nihil mea interest per me alterum beneficio affici. *Grot. 2. de jur. bell. & pac. cap.* 11. *num.* 18. & ideo moribus horum temporum id passim obtinet. *GræneV. de legib. abr. ad §. 18. inf. hoc tit. & ibi. cit. Cyprian. cons. Belg. ad §. 3. sup.* 4

Postremo etiam illud in quibusdam causis admissum est, ut alteri ex pactione & stipulatione alterius actio utilis quæratur, si pactio adjecta sit actui naturali; ut puta rem alienam, quam apud se quis habebat, alteri commodavit, aut apud eum deposuit ea lege, ut is eam domino restitueret; aut alienos nummos alicui dedit, ut domino solverentur: ex his causis placet domino utilem actionem commodari, depositi, condictionem dari, *l. penult. C. ad exhib. l. si ita* 126. *§. 2. de Verb. obl.* Item si quis suos nummos alieno nomine mutuos dederit velut alienos, ei cujus nomine dati sunt, condictio acquiritur, *l. 9 §. pen. de reb. cred. d. l. si ita §. 2. de Verb. obligat.* Similia exempla sunt in *l. 6. C. de cond. ind. l. 13. de pign. action.* Postremo etiam affectioni personarum conjunctæ cum favore causæ hic aliquid tributum, *l. Gajus* 45. *solut. matrimon. l. 7. C. de pact. conV.* rigorque juris posteriorum Impp. constitutionibus nonnihil mitigatus est, *l. 3. C. de donat. quæ sub mod.*

Solutio

Solutio etiam in extraneam personam] Quod vetat regula juris alteri stipulari, in hanc sententiam vetat, ne stipulando, alteri acquiratur. Cæterum si eo spectet stipulatio, & obligatio soli acquiratur stipulatori, jus autem sit promissori, etiam alteri solvere, quominus ad hunc effectum utiliter persona extranea inseratur, regula non prohibet. Atque hoc est, quod hic dicitur, solutionem etiam in extraneam personam conferri posse.

Mihi aut Sejo dare spondes] Conferri in alium solutio seu potestas alteri solvendi fieri promissori intelligitur, si quis disjunctim ita stipuletur, *Mihi aut Sejo decem dare spondes?* ac proinde utilis hæc stipulatio in utriusque persona censetur; in persona stipulantis ad acquisitionem obligationis, in persona adjecti ad solutionem, *l. eum qui 56. §. 2. l. ultim. §. 3. de verb. oblig. l. si mihi 23. de fidei. l. 9. l. 10. de solut.* Sed age consideremus separatim, quid hæc stipulatio tribuat stipulatori, quid Sejo adjecto, quid denique promissori: tot enim sunt,
5 ad quos ea pertinere potest. De stipulatore hoc loco & *d. l. ultim. §. 3. de verb. oblig.* traditum est, ei soli ex hujusmodi stipulatione obligationem acquiri: & acquiritur citra dubitationem totius summæ in stipulationem deductæ, ut solida decem ei debeantur, non pars duntaxat. Neque enim quia decem duobus stipulatus est, ideo summa inter eos dividitur. Divideretur, si conjunctim stipulatus esset sibi & Sejo, de quo mox plura. Qui vero disjunctim decem sibi aut alii dari stipulatur, apertè stipulatur decem solida utrique; nec persona adjecti impedire potest, quominus in id totum, quod sibi quoque stipulatus est, obligationem
6 & actionem acquirat. At ex contrario Sejo adjecto ex stipulatione proposita nihil debetur: quippe cui nihil ex conventione aliena acquiri potuit. Itaque Sejus neque petere potest id, quod in stipulatum deductum est, neque promissorem ullo suo facto liberare, *l. 5. §. 1. de const. pec. l. 10. de solut.* non fidejussores aut pignora accipere, *l. si mihi 23. de fidejuss. l. is qui 33. de pign.* denique nec pecunia ei suo nomine constitui potest, *d. l. 5. §. 1. de pec. const.* Solummodo ad hoc utilis hæc stipulatio in persona Seji adjecti, ut solutam ex causa stipulationis pecuniam accipere possit, eoque facto promissor liberetur. Cum vero omnis adjecto solvendi facultas promissoris causa constituta sit, videndum etiam quid hic promissori tribuatur ad liberationem. Promissori in summa hoc tribuitur, ut etiam adjecto solvere possit, eaque solu-
7 tione ipso jure liberetur, ut hic expressum est. Et quamvis partem solverit stipulatori, nihilominus tamen reliquum rectè dabit adjecto, *l. cum decem 71. pr. de solut.* Hoc amplius etiam invito & prohibente stipulatore solvendo adjecto liberatur: nimirum quia certam conditionem habet stipulatio, quam immutare stipulatori non licet, *l. 12. §. pen. de solut. l. 16. de fidejuss.* Sed neque promissori ad solutionem obstat adjecti conditio. Stipulatus quis est sibi aut Sticho Sempronii servo dari: soli servo sine voluntate domini rectè solvitur, *l. 9. de solut.* Stipulatus quis est sibi aut pupillo placet promissorem etiam sine tutoris auctoritate pupillo solvendo liberari, *l. 11. d. tit.* Hoc ideo, quia dum adjecto solvitur, ipsi creditori solvi videtur, cum nihil intersit, jubeam te alicui solvere, an ab initio stipulatio ita concepta sit, *l si ita 59. eod.* Cæterum & solutionis verbum & certæ personæ adjectio apertè liberationi modum facit, quem excedere non licet, uti in mandatis accidit. *l. 6. mandat.* ut proinde facultas hæc duabus rebus contineatur, certo facto promissoris, ut solvat videlicet, & certa persona, in qua hæc veluti conditio impleri debeat: si quid horum servatum non fuerit, placet factum promissori ad liberationem non prodesse. Et primum igitur nihil agit promissor cum Sejo adjecto paciscendo, sive paciscatur Sejus se non petiturum, sive obligationem novare instituat, sive pecuniam promissori acceptam ferat, *l. 10. de solut.* Habet quidem acceptilatio vim solutionis, habet & novatio, omnisq; conventio liberandi debitoris causa interposita, sed tum solummodo cum à creditore proficiscuntur, cujus solius est debitorem liberare. Adjectus vero creditor non est. Deinde nihil agit promissor, si alii solvat, quam adjecto: nam neque personam adjecti, quæ à stipulatore electa & probata est, egredi potest: in tantum ut etsi persona servi adjecta sit, nec domino rectè solvatur, nisi ex voluntate servi, *l. 9. l. Stichum 95. §. nam si 7. de solut.* Ad rem nihil pertinet, quod quæcumque per servum acquiruntur, ea acquirantur domino: nam persona aliena hic non adjicitur, ut vel ipse quicquam vel alius per eum acquirat. Eadem ratione si pupilli vel furiosi persona adjecta sit, nec tutori vel curatori dando liberatur, nisi pecunia in rem eorum versa sit, *d. l. 95. §. 7.* & quia adjectus procuratori similis est, nec hæredi ejus rectè solvitur; quippe cum mandatum morte finiatur, *l. cum quis 55. de verb. obl.* Cæterum omnis adjecto solvendi potestas lite cum stipulatore contestata intercidit, *l. 16. de fideic. l. si quis 57. §. 1. de solut.* Hoc ideo, quia judicio nova contrahitur obligatio, & prioris novatio fieri intelligitur, prout actori commodum fuerit, *l. 3. §. idem scribit. de pecul. l. aliam. 29. de novat.* Illud ex senten- 8
tia contrahentium placuit, ut ita demum adjecto rectè solvatur, si in eodem statu maneat, quo erat, cum stipulatio interponeretur, quasi hæc conventio tacitè stipulationi insit, *si in eadem causa maneat.* Itaque si vel in adoptionem se dederit, vel deportatus sit, aut servus factus, non rectè ei solvitur, *l. cum quis 38. princ. de solut.* Planè, si ad meliorem causam pervenerit, puta si ex servo liber, ex filiofam. sui juris factus fuerit

fuerit, dicendum est, adhuc ei solvi posse, *argument. d. eum qui 56. §. 2. de Verb. obl. add. Donell. l. 55. ad titul.* ubi refellit Cujacium contra sentientem atque alios vellicantem, ostenditque esse aliquid proprium ususfructus in specie, quæ proponitur à Papiniano in *l. Stichum. 95. §. qui usumfr. 6. de solut.*

Adversus Sejum habeat mandati actionem] Hoc idem traditur à Scævola in *l. Julianus 131. §. 1. de Verb. obl.* & ideo receptum est, quia alia actio deficit, & adjectus instar procuratoris est. Verum enim procuratorem non esse, imo ne procuratorem quidem esse satis constat, *l. 12. §. 1. & 2. seq. de solut.* Cæterum stipulator ut plurimum adjecto mandare solet, ut solutionem accipiat.

Si quis sibi & alii] Hac stipulatione recepta, *Mihi aut Titio dare spondes?* qua placet solutionem saltem utiliter in Titium conferri, quæsitum est, propter similitudinem conceptionis, num idem sufficiatur conjunctim stipulando, *Mihi & Titio decem dari.* Sed diversa hic omnia constituta sunt tum in persona stipulatoris, tum in persona adjecti. Ad stipulatorem
9 quod attinet, hoc interest inter priorem stipulationem & hanc posteriorem, quod ex illa tantum, quantum promissum est, stipulatori debetur, ex hac dimidium duntaxat, *l. si mihi 110. de Verb. obl. & hoc text.* Cur vero tam variè: nimirum propter diversam vim orationis disjunctivæ & conjunctivæ: quippe hujus vis est, ut pro numero personarum summa stipulatione comprehensa dividatur, illius non item. Cum enim disjunctim quis stipulatur sibi aut Titio decem dari, non attribuit hanc summam pluribus, sed uni tantum, si alteri non detur. Quæ autem summa uni attributa est, ea non potest dici enumeratione personarum divisa. At cum stipulor conjunctim mihi & Titio decem dari, eodem tempore & simul stipulor eandem summam mihi & Titio: ut perinde sit, ac si dixissem, *Mihi & Titio simul decem dabis?* id est, mihi quinque, & Titio quinque. Atque hoc est, quod Julianus ait, una decem communiter in hac stipulatione comprehendi, *l. eum qui 56. prac. de Verb. obl. fac. l. cui. fundus 56. de cond. & dem. l. reos 11. §. 1. de duob. reis.* Hinc etiam efficitur, ut etiamsi non pecunia, sed certum corpus stipulatione comprehensum sit, non amplius tamen quam pars debeatur, ut rectè censet Bachovius contra Hotomannum, *fac. d. l. si mihi 110. de Verb. obl.* Planè, si res in stipulatum deducta divisionem non recipiat, aut ejus sit conditionis, ut adjecto acquiri non possit, magis est, ut persona ejus pro supervacuo adjecta habeatur, *arg. l. 5. comm. prad. §. ult. sup. de stip. serv.* Quod etiam in emptione & venditione receptum est, sed alia ratione, nempe quia unum pretium pro re tota constituitur; & injuria afficeretur venditor, si res pro parte tantum vendita intelligeretur, *l. fundus 64. de cont. empt.* De Titio adjecto nihil nominatim à veteribus definitum legimus. Cæterum hoc posito in hac specie, *Mihi & Titio decem dabis?* stipulatorem videri tantum quinque sibi stipulari, reliquum Titio, satis intelligitur, Titio nec ullam obligationem, utpote extraneo, acquiri, nec ei quicquam à promissore rectè solvi; cum non solutioni, sed obligationi persona illius applicata sit.

Non plus quam dimidiam partem] Uti ex stipulatione proposita obligatio in solidum stipulatori non acquiritur, ne quod extraneo inutiliter stipulatus est, partem ejus augeat: *l. si mihi 110. de Verb. obl.* ita nec in totum inutilis est, sed pro parte tantum, ne quod sibi utiliter stipulatus est, inutili adjectione vitietur, *l. 1. §. pen. eod. cap. utile, ✠. de reg. jur. in 6.* Hinc vulgo colligunt jus accrescen- 10
di inter conjunctos non habere locum in contractibus, nisi aut causa onerosa aut res individua sit. *Gomez. 1. resolut. cap. 10. & ibi citati num. 1. & seqq.* Quod tamen insubtiliter dicitur. Nam de jure accrescendi non rectè disputatur, nisi actus in utriusque persona ab initio consistat, ut concurrentes singuli partem petere possint, uno autem deficiente totum ad alterum pertineat, ut fit, cum duo ad eandem hæreditatem vocantur, aut cum duobus eadem res conjunctim legatur, *§. si eadem 8. sup. de legat.* At in contractibus persona conjuncti facit, ut actus aut pro parte nullus sit, aut ut perinde sit habendum, ac si omnino adjectus non esset, totumque negotium ad alterum solum pertineret, *add. Duar. lib. 1. de jur. accresc. c. 15. Bronchorst. 2. assert. 60. D. Swanenb. de jur. accresc. c. 8.*

Qui tuo juri subjectus est] Interdum qui verbis stipulatur, vi ipsa sibi stipulari intelligitur, sibique actionem acquirit: idque toties accidit, quoties stipulantis pecuniariter interest alteri dari: de quo dicemus *inf. sub §. sed et si 19.* Pertinent huc dominus 11
& pater, qui filium in potestate habet, quos placet servo & filio rectè stipulari, *hoc text. l. dominus 39. l. eum qui 56. §. 3. l. quod dicitur 130. de Verb. obl. l. 2. C. de contr. stip.* nempe quia servo aut filio dari domini aut patris interest: quoniam quod servo aut filio ex illa stipulatione datum erit, id statim domino aut patri acquiritur. Ait, *Tuo juri subjectus.* Ergo si filio emancipato pater stipuletur, non idem probandum est, *l. si genero. 26. C. de jur. dot.* Sed nec ipsi filio emancipato ex stipulatione patris obligatio ulla aut actio acquiritur, *d. l. si genero.* Nec obstat *l. quodcumque 45. §. 2. de Verb. oblig.* nam illud duntaxat ex eo loco rectè colligitur, quibus in causis pater filiæ emancipatæ stipulari potest, in his etiam huic filiæ rectè stipulari post mortem suam, ut utilis actio filiæ detur. At hoc tantum receptum in causa dotis, cum pater dotem & quidem à se profectam stipulatur red-

di

di filiæ, cujus nomine data est, *l. Gajus 45. solut. matr. l. 7. C. de pact. conv.* Neque vero uteretur Jurisconsultus exemplo filiæ, si pariter filio quoque emancipato, & quidvis liberis omnibus pater rectè stipularetur. *Donell. ad l. stipulatio ista. 38. §. alteri. 17. n. 60. de verb. obl.*

Vox tua tanquam filii] Patris & filii, quem in potestate habet, eadem persona, eadem vox esse dicitur, §. *post mortem 12. inf.* sed observetur, hoc dici cum hac adjectione, cum per filium patri acquiritur, *hoc text.* Quod si pater filio stipuletur, quod consistat in persona filii, nec ad patrem redire possit, hic non eadem vox patris & filii habetur, nec magis utilis est stipulatio, quam si cuivis extraneo stipulatus esset. Hinc improbata primum hæc stipulatio, si pater stipuletur factum, quod in personam filii conferatur, puta ut ei ire agere liceat, *l. quod dicitur 130. de verb. oblig.* Deinde & illa, si stipuletur quidem filio id, quod juris sit, sed quod leges ei acquiri non permittunt, *l. dominus 39. eod. & hoc text.* veluti si quid stipuletur filio ex causa castrensis peculii, aut adventitii, quod patri nullo modo acquiratur: nam ubi ususfructus patri quæritur, saltem usque ad quantitatem ususfructus eum actionem habiturum existimo; quia hactenus ejus interest.

Textus.

De interrogatione & responsione.

5. Præterea inutilis est stipulatio, si quis ad ea, quæ interrogatus fuerit, non respondeat, veluti si quis decem aureos à te dari sibi stipuletur, tu quinque promittas, vel contra: aut si ille purè stipuletur, tu sub conditione promittas, vel contra: si modo scilicet id exprimas, id est, si cui sub conditione vel in diem stipulanti tu respondeas, præsenti die spondeo. *Nam si hoc solum respondeas,* Promitto: *breviter videris in eandem diem vel conditionem spopondisse. Neque enim necesse est in respondendo eadem omnia repeti, quæ stipulator expresserit.*

Notæ.

5. Si quis decem, &c. tu quinque vel contra] Tota hæc verborum conceptio non est planè inutilis, sed pro ea summa duntaxat, quæ vel interrogationem vel responsionem excurrit: quoniam cum in majori summa semper insit minor, hactenus quoque aptè responsum hîc intelligitur, *l. 1. §. 4. l. 83. §. 3. de verb. obligat.* Similiter si quis de una re interrogatus, promittat & eam & plures conjunctim; aut de pluribus conjunctim, ex his unam, placet promissorem saltem obligari in eam rem, de qua & interrogatus est, & respondit, *d. l. 1. §. 5. d. l. 83. §. 4.*

Commentarius.

1 *Interrogationis & responsionis congruentia unde æstimanda.*
2 *Quid juris, si diversitas responsionis versetur circa rem aut quantitatem, & n. 4. & 7.*
3 *Quid si circa qualitatem seu formam stipulationis, & n. 6.*
5 *Ad quam speciem pertineat definitio l. 1. §. 3. in fin. de verb. obl.*
8 *Quid si impersonaliter respondeatur.*

AD conficiendam stipulationem constituendamque obligationem verborum non satis est respondentem illico respondere, sed etiam necesse est, ut respondeat congruenter ad interrogationem: alioqui inutilis est stipulatio, auctore Justiniano in *pr. hujus §.* Interrogationis & responsionis congruentia non tam ex verbis, quam ex re & sententia verborum æstimanda est. 1 Nam qui idem respondet, de quo interrogatus est, & respondet eodem modo seu servata eadem qualitate interrogationis, congruenter respondere intelligitur, etsi non eadem lingua respondeat; veluti si Latinè interrogatus, respondeat Græcè, §. *1. sup. de verb. obl. l. 1. §. ult. eod.* Similiter qui stipulanti denarios ejusdem quantitatis aureos spondet, obligatur, ut qui aptè ad interrogatum responderit, *l. quæ extrinsecus 65. §. 1. eod.* Sed & qui ita interrogatus, Dabis? respondet, quid ni? rectè respondisse intelligitur, & obligatio constituta, *d. l. 1. §. 2.* Denique non est necesse verba stipulatoris omnia in respondendo repetere, *hoc text. in fin.* Qui vero aut non idem respondet, aut respondet alio modo seu mutata forma aut qualitate stipulationis, is non intelligitur respondisse convenienter interrogationi, atque in ea causa est, ut non obligetur. Cæterum ad vim obligationis multum interest, utrum quis non idem respondeat, an alio modo: id est, utrum diversitas responsionis versetur circa rem aut quantitatem in stipulationem deductam, an circa stipulationis qualitatem. Cum in re ipsa dissentit responsio, non quidem quando respondetur plane aliud, 2 veluti pro Sticho Pamphilus, (nam isto modo nullam omnino contrahi obligationem convenit) sed cum respondetur plus aut minus, placet non in to-

tum stipulationem esse inutilem, sed tantum quate-
nus plus aut minus est in responsione aut interroga-
tione; idque sive certa summa sive certa corpora in
stipulatũ deducta sunt. Itaq; si stipulanti mihi decem,
tu viginti respondeas; aut ex contrario, si viginti sti-
pulanti, respondeas decem; non in totum inutilis
est stipulatio, sed pro ea summa duntaxat, quæ alterius
vel interrogationem vel responsionem excurrit: nam
in decem utique & utroque casu obligationem con-
tractam, diserte scribit Ulp. *d.l.1.* §. *si stipulanti 4. de
Verb. obl.* Similiter si quis de re una interrogatus
promittat & eam & plures conjunctim, veluti si de
Sticho interrogatus, Stichum & Pamphilum spon-
deat; aut ex converso de pluribus rebus conjunctim
interrogatus, puta de Sticho & Pamphilo, unum ex
his promiserit; non in totum vitiatur obligatio, sed
placet promissorem saltem obligari in eam rem, de
qua interrogatus est, & respondit, *d.l.1.* §. *sed si 5.* ne-
que nova stipulatoris approbatio efficit, ut in totum
hæ stipulationes valeant; & quatenus consistunt,
etiam sine ea consistunt, *l. inter,* §. *item si 4. eod.* §.
quoties 17. inf. eod. At cum quis mutata stipula-
3 tionis qualitate aliter respondet, quam interrogatus
est; quod fit, cum vel simpliciter interrogatus re-
spondet se daturum sub conditione vel in diem; vel
sub conditione aut in diem interrogatus respondet
purè, id est, sic ut expresè dicat se statim daturum:
hic evenit, ut in totum nulla contrahatur obligatio,
qua tamen in specie hæc exceptio probata est, nisi
diversitas responsionis illico placuerit stipulatori. Vi-
deamus autem quam rectè hæc omnia dicantur. Il-
lud extra controversiam est, si de decem interrogatus
respondeas viginti, non esse contractam obliga-
tionem in viginti, quia de viginti interrogatus non
es; quod significat Ulpian. *d. l. 1.* §. *4.* cum ait *o-
portere congruere summam.* At quid si mihi illico
4 placeat responsio tua? Ajo, nihilo magis te in vigin-
ti obligari: etenim natura stipulationis, quæ interro-
gationem præcedentem desiderat, non patitur, ut in
id, de quo interrogatus non es, obligatio contraha-
tur, quantumvis promissio tua mihi placeat. De
eo quæritur, an ex hujusmodi stipulatione saltem
tenearis in decem. Et ait Ulpianus *d. l.* obligatio-
nem saltem in decem esse contractam; idemque es-
se &, si me viginti interrogante, tu decem respon-
deas. Sed utrum hoc ita demum, si responsio tua
mihi confestim placeat, ut quidam existimaverunt, an
etsi non placeat? Ajo, etsi non placeat: hoc enim e-
videnter demonstrat ratio Ulpiani; *Licet enim,* in-
quit, *oportet congruere summam: attamen mani-
festum est, viginti & decem inesse:* quasi dicat, di-
versitas responsionis in decem hic nulla est, sed sum-
ma interrogationis & responsionis saltem in decem
optimè convenit: quod si verum est, frustra deside-
ramus aliam stipulatoris approbationem, *fac. l. inter.
83.* §. *3. de Verb. obl.* Idem multo magis dicendum 5
est, si plures res conjunctim aut in interrogationem
aut in responsionem deducantur: nam tunc plures
sunt stipulationes invicem distinctæ, tot videl. quot
sunt res expressæ: quarum stipulationum cum illæ u-
tiles sint, in quibus ad interrogatum responsum est,
per alias inutiles vitiari non debent, *d. l. 1.* §. *5. l. sci-
re. 29. d. l. inter. 83.* §. *4. l. quod dicitur. 86. eod.*
Atenim Jurisconsultus *d. l. 1.* §. *3. in fin.* sic genera-
liter definit; *Cum adjicitur aliquid, aut detrahitur
obligationi, semper probandum est, vitiatam esse ob-
ligationem, nisi stipulatori diversitas responsionis
illico placuerit.* Nego, hanc definitionem ad eam
speciem pertinere, cum stipulanti res plures aut pau-
ciores spondemus, quam stipulatus est. Nam ubi plu-
res sunt stipulationes separatæ, ibi una neque adjici
alteri rectè dicitur, quia nunquam cohærent; neque
detrahi, quia prius in altera non fuit. Sed neque per-
tinet ad eam speciem, cum major aut minor summa
promittitur, quam stipulatione comprehensa est: satis
enim est, ad stipulationem idem respondere, de quo
interrogatus est, etiamsi in partem, (dummodo cer-
tam & divisam) non autem ad omnia respondeas, *l.
1.* §. *4.* Quo igitur pertinet? Ad speciem illam alte-
ram, cui & subjicitur, cum scilicet respondetur mutata
interrogationis forma, conditione aut die obligationi
adjecta vel detracta; quo casu alias in totum vitiare-
tur stipulatio, sive plus sive minus promittatur: quo-
niam neutiquam congrua illa responsio, quæ aliam
formam & qualitatem obligationis facit. Cæterum 6
quia hic circa rem ipsam nulla est in interrogatione
& responsione diversitas, placet approbationem stipu-
latoris de qualitate responsionis efficere, ut post eam
perinde habeatur, ac si ad interrogatum congruenter
responsum esset; atque ut Jurisconsultus *d. loc.* ait,
quasi alia contracta esset stipulatio: ex quo rectè et-
iam hoc colligitur, hanc approbationem efficere, ut id
quoque, quod plus hic promissum est, debeatur. *D.
Tulden. comm. hoc tit. cap. 2.* Conditio etiam tunc
obligationi adjici aut detrahi intelligitur, cum quis
de una re interrogatus disjunctim plures promittit,
aut de pluribus disjunctim interrogatus unam ex his.
Ut ecce, si quis de Pamphilo interrogatus, Pamphi-
lum aut Stichum respondeat, hic qui pure interroga-
tus est, obligationi adjicit conditionem, Pamphilum
sub conditione spondens, si Stichum non dederit. Et
ex converso si stipulanre me Pamphilum aut Sti-
chum, tu unum daturum te spoponderis; hic obli-
gationi conditionem detrahis, pure promittens quod
ego sub conditione stipulatus sum, ac proinde utro-
que casu fit, ut stipulatio in totum sit inutilis, quia
neutro respondetur servata stipulationis forma, *d. l.*

83. §.

83. §. 2. d. l. 1. §. 3. In summis vero etiam hic, quod minus recte sponderi intelligitur, *d. l. 83. §. 3.* Fuse *Don. ad d. l. 1. §. 3. 4. 5.* sed melius ad *l. scire 29. eod. sub fin. Gomez. 2. resol. 10. num. 4.* Hodie postquam vis pacti & stipulationis exæquata est, non usquequaque hujus subtilitatis ratio habetur.

Tu quinque promittas, vel contra] Ostendimus ex Ulpiano, *l. 1. §. 4. de verb. obl.* cum quis majorem aut minorem summam spondet, quam de qua interrogatus est, non in totum vitiari obligationem, sed valere saltem in summam minorem: quoniam hactenus apte atque ad interrogandum responsum
7 est. Non est existimandum, id negare Imperatorem, cum hic ita proponit, *inutilem esse stipulationem, si quis ad ea, quæ interrogatus fuerit, non respondeat;* & ad hoc declarandum tali exemplo utitur, *Si quis decem à te sibi dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contra.* Sufficit enim ad probandum quod proposuit, esse in hoc exemplo stipulationem, in qua ad interrogatum responsum non est, & hanc stipulationem hactenus esse inutilem: quod & verum est. At ex eo non sequitur, inutilem esse totam istam conceptionem, *Decem aureos mihi dare spondes? Quinque dare spondeo.* Nam cum in quinque, quæ manifestum est decem inesse, responsio cum interrogatione conveniat, utique saltem in quinque etiam valere debet proposita stipulatio, juxta sententiam Ulpiani, & vel secundum hanc ipsam Justiniani propositionem. Auctorem Institutionum, quæ Gaji nomine inscribuntur, *lib. 2. tit. de obl. §. 10.* sive is Anianus fuit, sive quis alius, nihil moror. Plane alia ratio est contractuum onerosorum, in quibus quid vicissim præstandum est, veluti in emptione & locatione, ubi qui decem pro pretio aut mercede requirit, si quinque ei promittantur, pro dissentiente in totum habetur, ne præjudicium ei fiat, *l. si decem 52. locat. Gomez. 2. resol. c. 10. n. 4. D. Bronch. 4. assert. 37.*

Ille pure stipuletur, tu sub conditione promittas, vel contra] Exemplum stipulationis, quæ ideo inutilis, qui respondetur mutata obligationis forma, adjecta scilicet aut detracta conditione: cujusmodi stipulationem prorsus inutilem esse paulo ante probavimus, nisi diversitas responsionis illico placeat, ex *l. 1. §. 3. de verb. obl.* quanquam hoc omissum hic à Compositoribus, ut & alia, in quibus hoc genus discrepat à superiore. Sciamus igitur, alterum cum altero secundum quid tantum comparari.

Neque enim necesse est, &c.] Non est necesse, ut respondens verba stipulationis omnia repetat, sed simpliciter respondendo, *Spondeo aut Promitto*, responsio ad universam conceptionem atque ad omnia interrogata refertur, §. *quoties 17. inf.* nam ut stipulator verba concepit, & quasi prævivit, ita respondisse intelligitur. Quid si interrogatus *Dabis?* respondeat impersonaliter, *Dabitur?* Puta, recte atque ad interrogatum responsum videri debere, *arg. d. l. 1. §. 2. de verb. obl.* neque obstat *auth. si quando. C. de const. pecun.* ubi Justinianus cavet, ne obligetur de pecunia constituta, qui ita dicit, *Satisfiet tibi.* Nam in constituto nulla præcedit interrogatio, ad quam verba ista referantur. *Alciat. 2. parerg. 18. Don. in l. 5. §. 1. n. 4. & seq. de verb. obl.* 8

Textus.

De his qui sunt, vel habent in potestate.

6. Item inutilis est stipulatio, si vel ab eo stipuleris, qui tuo juri subjectus est, vel si is à te stipuletur. Sed servus quidem non solum domino suo obligari non potest, sed ne quidem ulli alii: filii vero familiarum aliis obligari possunt.

NOTÆ.

6. Vel ab eo, qui tuo juri] Ratio est, quia nemo sibi ipsi obligari potest, *l. 11. de leg. 1.* aut secum ipse agere, *l. 16. de fur.* Dominus autem & servus, pater & filius in iis, quæ juris sunt, & domino ac patri acquiri possunt, vice unius personæ funguntur, *§. 4. sup. eod.* fac. *l. 7. de obl. & act. l. 4. de jud.* Utique tamen naturalis saltem obligatio in proposito nascitur, §. *1. tit. prox. l. 38. de cond. ind.*

Filiifam. aliis obligari possunt.] Servi naturaliter tantum ex contractibus obligantur, *l. 14. l. 43. de obl. & act.* quia quod ad jus civile attinet, pro nullis habentur, *leg. 32. de reg. jur.* τοῖς δούλοις οὐκ ἔστι μετουσία πολιτείας. Liban. *dec. 16.* At filiifam. extra patrem & causam mutui etiam civiliter, ut reliqui cives, *l. 39. de obl. & act. l. 57. de jud. l. ult. §. 2. de verb. obl.*

Commentarius.

Qui stipulatur ab eo, quem in potestate habet, cujusve ipse est in potestate, nihil agit: cujus rei ratio petenda ex eo, quod superius diximus *sub §. 4. hoc tit.* quod dominus & servus, pater & filius in iis, quæ juris sunt, & domino ac patri acquiri possunt, eadem persona censentur. Nemo enim sibi ipsi obligari potest, *l. 11. de legat. 1. l. hæres 21. §. 3. de fidejuss.* Et quidem ad producendam obligationem civilem, de qua hic agitur, sive dominus à servo, sive pater à filio stipuletur, obligationem saltem natura-

 lem

lem nasci, argumento est, quod fidejussor acceptus tenetur, §.1. *tit. seq. l. si quis 56. §.1. de fidejuss.* Sed si servus à domino, filius à patre stipuletur, placet nec fidejussorem acceptum teneri, *d. l. si quis* §. *ult.* Et an igitur hoc posteriore casu ne naturalis quidem obligatio nascitur? Omnino, *l. si dominus 64. de cond. ind.* sed hic fidejussor acceptus ideo non tenetur, quia si qua sic hic esset fidejussoris obligatio, ea acquireretur domino aut patri.

Tuo juri subjectus] Igitur à sensu contrario pater à filio emancipato, aut filius emancipatus à patre si stipuletur, utilis est stipulatio. Idemque probandum est, si stipulatio ad bona filii castrensia pertineat; quippe cum in his filiusfam. vice patrisfam. fungatur, *l. 2. de sen. Mac. l. 4. de jud.* Et quidni idem quoque dicamus de bonis adventitiis, quorum plenam filius proprietatem habet? *arg. Nov. 117. cap. 1.* & hodie simpliciter, quoniam ἰσότης illa una cum veteris patriæ potestatis effectu exolevit.

Filii vero familiarum aliis obligari possunt] Inter servum & filiumfam. hoc interest, quod servus non tantum domino, sed nec ulli alii ex contractu civiliter obligari potest, *l. serv. 14. de obl. & act.* Filius autem familias extra patrem & causam mutui tanquam patremfam. omnibus aliis obligatur, *l. filiusfam. 39. eod. tit. vid. inf. tit. quod cum eo, qui in alien. potest.*

Textus.

De muto & surdo.

7. *Mutum neque stipulari neque promittere posse, palam est: quod & in surdo receptum est: quia & is, qui stipulatur, verba promittentis, & is, qui promittit, verba stipulantis audire debet. Unde apparet, non de eo nos loqui, qui tardius exaudit, sed de eo, qui omnino non audit.*

Commentarius.

Cum stipulatio confici non possit, nisi utroque loquente, & altero interrogante, altero ad interrogatum respondente, palam est, neque mutum neque surdum ad verborum obligationem pertinere: non mutum, quia loqui non potest: non surdum, quia verba stipulantis audire, & proinde ad interrogata respondere nequit. Non enim sufficit ad hanc obligationem constituendam, per literas aut interrogari aut respondere, sed verba utrinque intervenire & lingua nuncupari necesse est, *l. 1. pr. de verb. obl. l. 1. §. pen. & ult. de obl. & act.* Enimvero quod mutus & surdus per se facere non possunt, ut aut stipulando sibi acquirant, aut promittendo obligentur, id efficere possunt per servum, si quid eorum illum facere jubeant, *d. l. 1. in pr. de verb. obl.* Etenim quod servus stipulatur, id domino volenti recte acquirit, cui etiam nullo ejus jussu præcedente acquireret, atque adeo invito, *§. item, vobis sup. per quas person.* Si quid jussu domini promittat, placet dominum obligari quod jussu, *d. l. 1. in fin. pr. de verb. obl. l. 1. quod juss. §. 1. inf. quod cum eo, qui in al. potest.* At quomodo jubebunt? nutu, per nuntium, per epistolam. Qui surdus tantum est, etiam verbis jubere potest.

Qui omnino non audit] Scribit tamen alibi Justinianus, neminem tam surdum esse, quin audiat, si quis supra cerebrum ejus loquatur, *l. discretis 10. C. qui testam. fac.* Ego autem puto, commentum hoc esse, ut & alterum illud, quod idem eodem loco affirmat, fieri posse, ut is, qui surdus natus est, articulatam vocem edat, *vid. Plin. lib. 10. natur. hist. cap. 69.*

Textus.

De furioso.

8. *Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit, quod agit.*

Commentarius.

Verbis fieri stipulatio dicitur, non quod sine consensu solis verbis fiat, sed quod sine verbis non fiat solo consensu. Semper enim illud manere debet, nullam obligationem, quæ quidem ex contractu fit, sine consensu constitui, *l. 1. §. conventionis 3. de pact.* Proinde quicunque animum habent voluntatis & judicii expertem, hi non magis ex stipulatu, quam ex quovis alio contractu obligari possunt. In hoc genere sunt furiosi, mente capti, prodigi, infantes. Furiosum nullum negotium contrahere aut gerere posse natura, manifestum est, *l. 1. §. furiosus 12. de obl. & act. l. si à reo 70. §. 4. de fidejuss. l. 5. de reg. jur.* Ea res facit, ut nec accedente curatoris auctoritate obligetur, *d. l. 5. de reg. jur.* Prius enim est, ut quid agi aut geri intelligatur, quam ut curator dici possit, quod agitur, aut geritur, probare. De furioso quod dicitur, id intelligendum est etiam ad mente captum pertinere, qui furore non corripitur; quoniam non alia ratione in furioso locum habet, quam quia mente caret, sive ut hic scriptū est, *quia non intelligit, quod agit.* In eadem causa cum furioso est & prodigus seu

is cui

is cui bonis interdictum est, verum cum de eo obligando agitur duntaxat. In acquirendo enim dissimilitudo est. Quippe furiosus nullum negotium recte gerit, neque quo obligetur, neque quo obligationem sibi acquirat, *d. l. 1. §. 12. de obl. & act.* At prodigus stipulando aut aliter contrahendo sibi acquirere potest, licet promittendo non obligetur, non magis quam furiosus, *l. 6. de verb. obl.* neque alio pertinet comparatio furiosi aut prodigi in *l. furiosi 40. de reg. jur.* Obiter hic illud admonendi sumus, quod furiosus gessit in intermissione furoris, ratum haberi, neque ullum negotium antea recte gestum furore postea interveniente perimi, *§. 1. sup. quib. non est perm. fac. est. l. 9. Cod. qui test. fac. & ibi DD.*

TEXTUS.

De impubere.

9. Pupillus omne negotium recte gerit, ita tamen ut, ubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur tutor: veluti si ipse obligetur: nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest. Sed quod diximus de pupillis, utique de iis verum est, qui jam habent aliquem intellectum. Nam infans, & qui infantiæ proximus est, non multum à furioso distant: quia hujusmodi ætatis pupilli nullum habent intellectum. Sed in proximis infantiæ propter utilitatem eorum benignior juris interpretatio facta est, ut idem juris habeant, quod pubertati proximi. Sed qui in potestate parentis est impubes, ne auctore quidem patre obligatur.

NOTÆ.

INFANS] Infantem dicimus usque ad annum septimum, *l. 1. §. 2. de adm. tut. l. 18. C. de jur. del.* qua ætate plene absolvitur integritas loquendi. Macrob. 1. *in S. S. 6.*

INFANTIAE PROXIMUS] Qui septennium egressus adhuc consistit intra annum decimum & dimidium, aut pupilla intra annum nonum & dimidium.

NE AUCTORE QUIDEM PATRE] *l. ult. §. 2. de verb. obl.* sicut nec ex contrario auctore patre sibi acquirere potest. Pupilli alia ratio, cujus è re est, saltem tutore auctore obligari posse, cum ipse vicissim sibi alios obliget.

COMMENTARIUS.

1 *Gradus ætatis pupillaris, & quamdiu quis infans habeatur.*
2 *Proximus infantiæ quis dicatur, & quando ita appellari desinat, vocarique incipiat pubertati proximus.*
3 *Iterum de infante & infantia proximo.*
4 *De proximis pubertati; & an non saltem naturaliter sine tutoris auctoritate obligentur.*
5 *De obligatione puberum minorum 25. annis.*
6 *Cur placeat impuberem ne patre quidem auctore obligari.*

Pupillus omnia tutore auctore recte agit, quædam etiam sine eo. Tutore auctore tam se aliis, quam alios sibi obligare potest: sine tutoris auctoritate se quidem aliis non obligat, sed alios sibi, & in universum conditionem suam meliorem facere potest etiam sine tutoris auctoritate, *l. 9. de auct. tut.* qua de re dictum *lib. 1. tit. de auct. tut.* Cæterum quod ita generaliter alibi definitur, id hoc loco docemur non pertinere ad pupillos omnes seu cujuslibet ætatis; verum ad eos tantum qui jam habent aliquem intellectum. Quinam illi ex pupillis sint, postea intelligetur. Ætatis pupillaris tres sunt partes sive gradus. Est infans; est infantiæ proximus: est proximus pubertati. Infans dicitur, quasi fandi impos. Atque hæc duo idem valent, infans, & qui fari non potest: sicut ex converso per eum, qui fari potest, significatur infante major, *l. 1. §. 2. de adm. tut. l. servo 65. §. pen. ad Trebell. l. 1. §. huic proximus 13. de obl. & act. l. mulier 70. de verb. obl. l. 6. rem pup. salv. for. l. 5. de reg. jur.* At enimvero sciendum est, jure nostro infantiam non usu & naturali facultate loquendi, sed ætate æstimari. Is enim jure habetur & definitur infans, qui minor est septem annis, *l. infanti 18. Cod. de jur. delib. d. l. 1. §. 2. de adm. tut. l. 14. de sponsal.* Etsi enim qui septem annos nondum natus est, natura fari potest, tamen jure id facere non posse existimatur; quoniam quid loquatur, non intelligit. Proximus infantiæ dicitur, qui 2
septennium nuper superavit, ἑπταετής, septuennis. Macrobius 1. *in S. S. cap. 6. anno septimo plene absolvitur integritas loquendi.* Quando autem hoc nomine pupillus appellari desinat, & vocari incipiat pubertati proximus, non est satis exploratum; tum quia id jure expresse definitum non reperitur; tum quia in eo definiendo mire variant interpretes. Alii enim terminum proximitatis infantiæ faciunt annum duodecimum completum, *Pet. Fab. ad d. l. 5. de reg. jur. Ravard. ad l. pupillum 111. eod.* Alii 3
annum

annum decimum tertium, *Hotom. hic. Robert. 2. recept. lect. 17.* Quibus pubertati proximus dici incipit, qui vel decimum tertium vel decimum quartum annum attigit. Cujacio, cui ad pubertatem semestre deest, *17. obs. 4.* Accursius ad hunc loc. & in *l. 1. de novat.* censet, totum reliquum tempus, quod infantiam sequitur usque ad pubertatem, dividendum esse in duas partes æquales, ut qui consistat intra priorem, hic sit infantiæ proximus: qui hanc egressus consistat intra posteriorem, is dicatur proximus pubertati; quia revera huic sit proximior, quam infantiæ. Itaq; pupillũ proximum infantiæ eum haberi, qui septem annis major consistat adhuc intra annũ decimum & dimidium: qui excessit, esse proximum pubertati. Pupillam autem infantiæ proximam eam esse, quæ infantiam egressa, consistat intra annum nonum & dimidium: quæ eam ætatem excessit, esse pubertati proximam. Idem censent *Bart. & Castr. in d. l. 1. de novat.* communemque hanc esse sententiam testantur *Decius ad d. l. pupillum, de reg. jur. Vigl. in § testes, sup. de test. ord. Gomez. 3. resol. 1. n. 57. Schneid. ad pr. sup. de auct. tut. n. 12. & seq.* Sunt denique, qui judicis potestati & arbitrio hoc committendum existimant, ut is non tam ex ætate, quam captu & astutia impuberis æstimet, qua ætate vel infantiæ vel pubertati proximus sit habendus; ut & alias fieri consuevit in iis, quæ certo jure definita non sunt, *l. 1. §. ult. de jur. delib.* In qua sententia jam olim fuit *Joan. Fab. hic, & Salic. ad l. 7. C. de pœn.* eamque probant *Dec. Vigl. citatis loc. Coras. 6. misc. 23. Covar. de matr. p. 2. c. 5. n. 7. Menoch. 2. arbitr. c. 57. n. 20. & seqq. Goedd. de contr. stip. c. 7. n. 185. & seqq. Philipp. Matth. ad l. fere 108. n. 39. & seq. de reg. jur.* In hac autem varietate propius à vero abesse videtur opinio communis, quam etiam Gomez. *ubi sup.* in judicando & consulendo sequendam censet. Et vero cum tempus, quod infantiam sequitur usque ad pubertatem, in duas ætates divisum sit, in eam, quæ proxima est infantiæ, & quæ proxima pubertati, quarum in computanda altera retro, in altera porro eatur, hoc ipso & in illa terminus ad quem, & in hac terminus à quo satis jure definitur, nimirum justa temporis illius medietas.

3 *Infans & infantia proximus non multum à furioso*] Infans in his, quæ animo & affectu geruntur, non multum à furioso distat, ut qui non magis intelligat, quod agitur, aut affectu acquirendi ducatur, quam furiosus. Proinde nec cum tutoris auctoritate quicquam gerere potest, nec contrahendo obligari, aut obligationem sibi acquirere. Illud tantum utilitatis causa receptum est, ut infans tutore auctore possit incipere possidere, judiciumque infantis in re, quæ facti magis, quam juris est, suppleatur auctoritate tutoris, *l. 1. §. 3. l. quamvis 32. §. ult. de acquir. possess. l. 3. C. eod. Don. 5. comm. 11.* Quod de infante, idem etiam de infantiæ proximo hic dicitur, nullum eum habere intellectum: in *l. 9. de acq. hær.* dicitur nihil scire aut discernere: alibi non intelligere, quod agitur: *l. 1. §. huic proximus 13. de obl. & act. l. 6. rem pup. salv.* actum rei non intelligere, *l. 5. de reg. jur.* Cæterum cum & hic, & iisdem illis locis proditum sit, eum qui infantiæ proximus est, & stipulari & promittere, & hæreditatem adire, omniaque tutore auctore non minus recte agere posse, quam qui proximus sit pubertati, quantumvis id benigne receptum sit, comparatio hæc infantis & infantiæ proximi cum mica salis accipienda est, quod ille scilicet nullum omnino intellectum habeat, hic nullum perfectum; ille omnino non intelligat, quod agitur, hic non omnino. Nam si nec proximus infantiæ ullum intellectum haberet, ne tutore quidem auctore quicquam agere posset, neque illa interpretationis benignitas magis in hoc admittenda esset, quam in infante. Denique non alia ratione receptum est, ut septennio major idemque infantiæ proximus sponsalia contrahere, item sine auctoritate tutoris incipere possidere queat, quam quod ea ætas jam aliquem intellectum habere credatur, ut diserte testantur Jurisconsulti *l. 14. de sponsal. l. 1. §. furiosus, de acq. poss. l. quamvis 32. § ult. eod. tit.*

Idem Juris, quod pubertati proximi] Ut scilicet stipulando aut aliter contrahendo sibi obligationem acquirere, & cum tutoris auctoritate omnia recte gerere possint, *l. 5. de reg. jur.* Quod cum illis benigniter præstitum dicatur, *l. 1. §. huic proximus 13. de obl. & act. l. 9. de acq. hær. & hoc text.* sciamus, in aliis adhuc differentiam manere; veluti quod qui tam impubes est, ut adhuc infantiæ sit proximus, expers doli & injuriæ habeatur, quorum & pœnæ capax est pubertati proximus, *l. pupillum 111. de reg. jur. l. 5. §. pen. ad leg. Aquil. l. 3. §. 1. de sepulch. viol. l. impuberem 23. de furt. l. 13. §. 1. de dol. mal. Gomez. 3. resol. 1. num. 57.* Et cum infantiæ proximus, cum remoto tutore de eo obligando agitur, in eadem plane causa cum infante & furioso, tanquam nullum intellectum habens, ponatur, de pupillo pubertati proximo quæri intelligitur, cum quæritur an non saltem pupillus ex contractu sine tutoris auctoritate initio naturaliter obligetur. De quæstione quid habendum sit videamus. Et posito eo, quod pupillus, qui pubertati proximus est, jam intelligere, quod agitur, velle & consentire natura potest, neminem dubitare oportet; quin ex conventione sua naturaliter obligetur. At pupillum, qui ejus ætatis sit, actum rei intelligere, ac proinde consentire posse, satis probant hic textus & supra citati loci, in quibus hoc solo intuitu infantiæ proximus separatur à proximo pubertati; quod ille non intelligat, quod agitur, hic 4

hic intelligat; ille doli expers sit, hic capax. Nam quod generaliter de impuberibus omnibus Justinianus pronuntiat, nullum esse eorum animi judicium, §.1. *sup. quib. non est perm. fac. test.* id quidem recte etiam dicitur de pubertati proximis sed in re de qua ibi agitur, dispositione testamentaria; in qua merito majus & solidius judicium requiritur, quam in ullam partem pupillaris ætatis cadere posse creditur. Sed & nonnullis locis expresse traditum est, pupillum (intellige semper adulto proximum) sine tutoris auctoritate contrahentem naturaliter obligari, ut in *l. cum illud 25.* §.1. *quand. dies leg. l. si pupillus 21. ad leg. Falc. l.* Stichum *95.* §. *2. de solut.* Idemque & effecta huic obligationi jure civili tributa arguunt; veluti quod fidejussor acceptus pro eo, quod pupillus promisit, teneatur; *l. si pupillus* 127. *de verb. obl.* quod præcedens obligatio, pupillo eam citra tutorem in se suscipiente, novetur *l.1. in fin. de novat.* Ex quo corruit distinctio eorum, qui eo demum casu pupillum sine tutore naturaliter ex contractu obligari statuunt, cum locupletior factus est. Nemo enim ex promissione sua, aut susceptione alienæ obligationis unquam fit locupletior. Deinde si ex gestu aut contractu sine tutoris auctoritate locupletior factus sit pupillus, non naturaliter tantum, sed etiam civiliter obligatur ex constitutione D. Pii, ut actio in eum, in quantum locupletior factus est, detur, *l.3.* §. *pupillus 4. de neg. gest. l.5. pr. &* §.1. *de auct. tut.* de quo casu non potest intelligi *d. l.* 127. *de verb. obl. ubi vid. Don. num.* 11. Quod vero id, quod pupillus ita debet, compensari aut solutum retineri non potest, non eam rationem habet, quod nulla vere hic subsit obligatio: sed quod personæ pupilli hoc tributum est, ne obligatio ei noceat. Plane, quoniam effectus naturalis obligationis, quæ ex conventione nascitur, potissimum cernitur in jure compensandi & soluti retinendi, *l. 6. de compens. naturales 10. de obl. & act.* in persona autem pupilli obligatio eundem effectum non habet; inde fit, ut pupillo sine tutoris auctoritate cōtrahente sic aliquando loquantur Jurisconsulti, tanquam ne natura quidem isto modo obligaretur, *l. quod pupillus 41. de cond. ind. l. pupillus 59. de obl. & act.* habita inquam ratione personæ pupilli, in cujus gratiam & favorem propter debilitatem consensus obligationi vis omnis detracta est, quatenus ipsi nocere possit: non autem considerata conditione obligationis, quasi nulla omnino subesset: alioqui ne accessiones quidem admitteret, aliisve prodesse aut nocere posset. Si quis adhuc scrupulus hæret, eum eximere poterunt, quæ de naturali obligatione disputamus *sup. ad rubr. de oblig. 5. & tract. de pact. c. 14.* Multo magis promittendo jure naturali obligantur puberes minores 25. annis. Quippe qui si curatorem non habent, etiam jure civili ex conventione sua obligentur, ita ut captis necessaria sit in integrum restitutio. Enimvero si curatorem acceperint, consensum ejus adhibere debent, alioqui nulla jure civili ex eorum contractu obligatio nascitur, *l. 3. C. de in int. rest. min.* cui è diametro obstare videtur *l. puberes 101. de verb. obl.* nisi dicamus, verbum *suis* in *d. l.* generalem tantum respectum curatorum & adultorum, tanquam correlatorum, exprimere. Modestinus haud dubie Græce sic scripsit, *ἔφηβοι οἱ ἄνευ κουρατόρων*, &c. Quod autem quidam eum locum restringunt ad sponsalia aut nuptias, oppido quam ineptum est. DD. *in d. l. 3. & in d. l. 101.* mire variant in horum locorum conciliatione, *vid. d. c. 14. de pact.* Ubi *num. 16.* probo sententiam Tim. Fabri *anniverf. disput. 9.* verba *d. l. 101. puberes sine curatoribus suis, &c.* sic interpretantis, absentibus curatoribus suis; puberes alibi versantes sine curatoribus, quos habent, &c. non utique sine eorum consensu, sed præsentia: ut intelligamus, hoc inter impuberes puberesque interesse, quod tutor in ipso negotio præsens esse, & statim auctor fieri, debeat; *l. 9.* §. *penult. de auct. tut.* curatoris autem consensus etiam postea accedens, atque ejus etiam, qui præsens non fuit, sufficiat.

Ne auctore quidem patre obligatur] Absurdum videri potest, quod hic Justinianus & Jurisconsultus in *l. ult.* §. *2. de verb. obl.* tradunt, impuberem filiumfam. quamvis infante majorem ne auctore quidem patre obligari, cum pupillus ex quo fari posse cœperit, obligetur auctore tutore. Sed sciendum, tutoris & 5 patris, pupilli & impuberis, qui in potestate est, dissimilem esse rationem. Pupillus non tutori, sed sibi acquirit, placetque eum etiam sine tutoris auctoritate contrahendo alios sibi obligare: quo fit, ut ad utilitatem pupilli pertineat, ut & ipse invicem saltem tutore auctore obligari possit: cum alioqui nemo facile cum eo contracturus sit. At qui in potestate patris est, non sibi, sed patri acquirit; non ad suam, sed ad patris utilitatem contrahit: ut proinde nunquam è re impuberis in potestate constituti esse possit, vicissim obligari. Ideoque cum pater auctor esse non possit, ut filius sibi acquirat, placet nec auctorem esse posse, ut filius obligetur. Quod si patri videbitur, è re sua esse obligari, ipse promittat. Plane, cum pater, non ut pater, sed ut legitimus administrator bonorum filii adventitiorum consideratur, auctoritatem filio impuberi accommodare potest, *l. si infanti 18. in fin. Cod. de jur. delib. l. ult.* §. *sin autem 4. in fin. C. de bon. qua lib. &c.* Et ita utimur.

TEXTUS.

TEXTUS.

De conditione impossibili.

10. *Si impossibilis conditio stipulationibus adjiciatur, nihil valet stipulatio. Impossibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento est, quominus existat; veluti si quis ita dixerit,* Si digito cœlum attigero, dare spondes? *At si ita stipuletur,* Si digito cœlum non attigero, dare spondes? *pure facta obligatio intelligitur, ideoque statim peti potest.*

NOTÆ.

CUI NATURA IMPEDIMENTO] Huic similis est, quæ legibus ac bonis moribus contraria, *l. 15. de cond. instit. l. 26. & seqq. de verb. obl.*

SI DIGITO COELUM NON ATTIGERO] Hæc stipulatio non continet conditionem impossibilem, sed ἀναγκαῖόν τι. Nam cujus affirmatio est impossibilis, ejus negatio est necessaria. Aristot. περὶ ἑρμ. *cap. pen.* consentiunt JCti, *l. 7. & 8. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Cujus affirmatio impossibilis, ejus negatio necessaria.*

EX defectu causæ efficientis seu consensus contrahentium est, quod hic docemur, stipulationem nullius momenti esse, quæ concepta est sub conditione impossibili: nam qui sub conditione quid promittit, is se obligari non vult prius quam conditio extiterit: unde fit, ut si defecerit conditio constetque, jam amplius eam existere non posse, nihil actum aut promissum videatur. Idem ergo & maxime evenire necesse est, cum stipulatio facta est sub conditione impossibili; quippe quam jam nunc statim certum est defecisse, cum natura existere non possit. Neque hoc solum in stipulationibus, *l. 1. §. item 11. de obl. & act. l. 7. l. stipuler. 35. de verb. obl.* sed in cæteris quoque conventionibus locum habet; siquidem in omni contractu & pactione voluntas contrahentium aut paciscentium spectanda, qui procul dubio nihil agi existimant, cũ cõventioni apponitur ea conditio, quam sciant esse impossibilem, *l. non solum 31. de obl. & act.* Aliud juris est in ultimis voluntatibus, quarum favore impossibilis conditio sub colore mendi detrahitur, & pro non scripta habetur, *l 1. de cond. inst. vid. sup. §. impossibilis 10. de hær. inst.*

Cui natura impedimento est] Impossibilis conditio proprie est, quæ in eum casum confertur, cujus eventus natura prohibetur. Cæterum & eam non inepte impossibilem dixeris, quæ turpis est, & legibus ac bonis moribus contraria: quoniam nec illud fieri posse credendum est, quod leges & boni mores fieri prohibent, *l. filius 15. de cond. inst.* & sub tali quoque conditione facta stipulatio æque nullius momenti est, *l. generaliter 26. cum seq. l. si stipuler 35. §. 1. l. stipulatio 61. l. continuus 137. §. cum quis 6. de verr. obl.* De turpi stipulatione separatim agitur inferius §. *quod turpi 26. hoc tit.*

Si digito cœlum non attigero] Impossibilitas conditionis non ex re, quæ in ea est, sed ex eo, quod de ea re fieri debet, æstimanda est. Nam quod fieri debet, si per rerum naturam fieri non potest, conditionem habet impossibilem: sin potest, possibilem: quod si etiam fieri non potest, quin eveniat, necessariam. Itaque hæc stipulatio, *Si digito cœlum non attigero, dare spondes?* non continet conditionem impossibilem, ut prior illa in faciendum concepta, *Si digito cœlum tetigero:* sed necessariam, & quam certum est extituram esse. *Thom. in 4. distinct. 29. art. 3. q. 3.* Nam cujus affirmatio est impossibilis, ejus negatio est necessaria, ex regula Dialecticorum. *Aristot. de interp. cap. pen.* Ex quo porro intelligitur, sola verborum figura hujusmodi stipulationes conditionales esse, revera non esse, sed puras, *l. 9. §. 1. de novat.* ubi Jurisconsultus scribit, eum qui sub conditione stipulatur, quæ omnino extitura est, pure stipulari videri. Et vero absurdum esset, aut suspendi obligationem, aut petitionem differri ea conditione, quæ hoc ipso revera jam extitit, quod non potest non existere. Recte igitur hic ait Justinianus, si talis conditio inseratur stipulationi, *Si digito cœlum non attigero*, pure contractam obligationem intelligi, & protinus ex ea agi posse. Consentiunt Jurisconsulti in *l. 7. & l. 8. de verb. oblig.*

TEXTUS.

De absentia.

11. *Item verborum obligatio, inter absentes concepta, inutilis est. Sed cum hoc materiam litium contentiosis hominibus præstabat, forte post tempus tales allegationes opponentibus, & non præsentes fuisse vel se vel adversarios suos contendentibus: ideo nostra constitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad Cæsarienses advocatos scripsi-*

scripsimus; per quam disposuimus, tales scripturas, quæ præsto esse partes indicant, omnino esse credendas, nisi is, qui talibus utitur improbis allegationibus, manifestissimis probationibus, vel per scripturam, vel per testes idoneos, approbaverit, toto eo die, quo conficiebatur instrumentum, sese vel adversarium suum in aliis locis fuisse.

NOTA.

Toto eo die, &c.] Igitur quod dicitur, factum negantis per rerum naturam probationem nullam esse, *l. 23. C. d. t.* non pertinet ad factum, quod tempore & loco circumscriptum est; cujus negatio per indirectum probari potest, *d. l. 14. C. de contr. stip.* Quintil. *lib. 5. c. 6. & 7.* Aristot. Rhet. *ad Alex. c. 14.*

COMMENTARIUS.

1. *Explicatur l. 57. de donat. int. vir. & ux.*
2. *Summa constit. in l. 14. C. de contr. stip.*
3. *Probatio negativa arctata loco & tempore.*

Inter absentes concepta inutilis est] Si stipulatio confici non potest, ut aliquoties dictum est, nisi utroq; loquente & altero alterũ audiente, perspicuum est, absentem non magis, quam mutum aut surdum, stipulationem contrahere posse, *l. 1. pr. de verb. obl. l. 3. C. hoc tit.* Non adversatur Paulus in *l. ea quæ* 1 *57. de don. inter vir. & uxor.* ubi profert epistolam, qua continetur sponsio absenti viro ab uxore absente missa: intelligi enim debet stipulationem antea inter præsentes conjuges interpositam fuisse, ut est lex & conditio stipulationis, cujus inter præsentes interpositæ cautio literis illis uxoris contineatur. Absentes varie pro loco dicuntur: hic sunt, qui invicem audire non possunt, *d. l. 1. de verb. obl.*

Propter celeritatem dirimendarum litium] Cum ex eo, quod non nisi inter præsentes stipulatio fieri potest, occasionem litis caperent homines contentiosi, objiciendo, se vel adversarium suum, quo die stipulatio celebrata dicitur, absentes fuisse, nec satis expeditum esset, actorne stipulationem factam esse affirmans, partium præsentiam, an reus factam negans, suam vel adversarii absentiam probare deberet, Justinianus hujusmodi litium materiam constitutione sua amputavit, quæ extat in *l. optimam 14. Cod. de cont. stip.* Voluit fidem haberi scripturæ, idoneæ 2 nempe ad probandum, qua continetur, partes præsentes fuisse, nisi qui contradicit, manifesto ostendat per scripturam vel testes omni exceptione majores, se vel adversarium toto eo die alibi fuisse, vel, quod eodem recidit, aliqua ejus diei parte tam procul egisse, ut illo tempore in loco, quo instrumentum confectum dicitur, esse non potuerit. Itaque in hoc quidem utile est, locum & diem instrumento inseri. Debet vero illa probatio, sive per instrumentum sive per testes fiat, aliquanto potentior esse scriptura ex adverso prolata, ut judici fidem faciat. Per *l. precibus 18. C. de probat. DD. ad d. l. optimam, C. de contr. stip.*

Scripturas tales esse credendas] Id est, veras esse præsumendum. Quæ tamen præsumptio non est juris & de jure, ut loquuntur, cum adversus eam admittatur contraria probatio: sed juris tantum. Atque hanc pro instrumento præsumptionem interpretes appellant præsumptionem veritatis, eo quod verum esse præsumitur & creditur, quod in instrumento scriptum est, donec contrarium probetur. Est enim pro instrumento & alia præsumptio, quæ dicitur solennitatis. De qua *inf. §. si scriptum 16.*

Toto eo die, quo conficiebatur instrumentum] Facti, quod tempore & loco circumscribitur, negatio probari potest; veluti si, quod me Lugduni promisisse, aut mihi numeratum fuisse dicitur Calendis Januariis, id me promisisse aut mihi numeratum esse negem, quia eo die Romæ fuerim. Nam quod dicitur, factum negantis naturali ratione probationem nullam esse, *l. actor. 23. Cod. de probat. l. 10. Cod. de non num. pec.* id verum est, quatenus solum negat, nec quicquam affirmat præterea. Quod si quis prius aliquid affirmet & probet, unde id, quod negat, per necessariam consequentiam colligatur, hac ratione etiam id, quod negat, probari videtur: quanquam ne sic quidem revera quicquam probat, quatenus negat, sed quatenus affirmat tantum. *D. D. in d. l. actor. Cod. de prob. Duar. cap. 4. de probat. in post. comment. Donell. cap. 4. de probat. Quintil. lib. 5. cap. 6. & 7.*

TEXTUS.

De stipulatione post mortem, vel pridie quam alter contrahentium moriatur.

12. *Post mortem suam dari sibi nemo stipulari poterat, non magis quam post mortem ejus, à quo stipulabatur. Ac nec is, qui in alicujus potestate est, post mortem ejus stipulari poterat: quia patris vel domini voce loqui videretur. Sed & si quis ita stipuletur,* Pridie quam mori-

ar, *vel*, Pridie quam morieris, dare spondes? *inutilis erat stipulatio. Sed cum, ut jam dictum est, ex consensu contrahentium stipulationes valeant, placuit nobis, etiam in hunc juris articulum necessariam inducere emendationem, ut, sive post mortem, sive pridie quam moriatur stipulator, sive promissor, stipulatio concepta sit, stipulatio valeat.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur stipulationes hic propositæ olim pro inutilibus habitæ.*

2 *Qua ratione motus Justinianus jus vetus mutarit.*

1 Olim nemo stipulari poterat post mortem vel suam vel promissoris sibi dari: cujus rei hæc una & vera ratio est, quod ita jus erat, ut obligationes & actiones, quæ non cœperant à defuncto vel contra defunctum, à persona hæredis vel contra eum non inciperent: quasi in his nec defunctum repræsentaret: eandemque ob causam etiam post mortem hæredis aut legatarii inutiliter legabatur, §. *post mort. 35. sup. de legat.* Exceptio hujus regulæ videtur in mandato post mortem, *l. 12. in fin. cum l. seq. mandat.*

Pridie quam moriar] Putaverunt veteres hanc stipulationem, *Pridie quam moriar*, aut *Pridie quam morieris, dabis?* incidere in speciem præcedentem, cum quis post mortem aut suam aut promissoris stipulatur, propterea quod illud pridie certo sciri ac definiri non potest, nisi post reorum mortem. Qua de causa hujusmodi quoque legatum, *pridie quam hæres aut legatarius morietur*, inutile esse censebant, *d. §. post mortem. sup. de legat.*

Placuit nobis, in hunc juris articulum] Justinianus scrupulosam hanc juris veteris subtilitatem sustulit constitutione sua, quæ extat in *l. scrupulosam 11. C. de contr. stip.* ut jam & stipulatio in tempus, post mortem aut in aut ante diem mortis tam stipulatoris, quam promissoris, concepta valeat, & post mortem hæredis vel legatarii, aut pridie quam moriantur, liceat legare. Idem alia constitutione in universum abrogavit regulam juris antiqui, voluitque obligationes & actiones etiam ab hæredibus & contra hæredes incipere posse, *l. unic. C. ut act. ab hær.*
2 In hujus juris mutatione ait se respexisse non ad conceptionem verborum, sed ad sententiam & mentem contrahentium, quasi qui stipulatur, post mortem suam sibi dari, non debeat existimari tam stultus, ut sibi ipsi in id tempus stipuletur, sed hoc perinde sit accipiendum, ac si post mortem suam stipulatus esset hæredi suo, in cujus persona quodammodo adhuc vivere videatur. Unde quidam putaverunt stipulationem pactam in tempus post mortem stipulatoris aut promissoris veteribus ipso genere habitam fuisse pro impossibili, eo quod nec dare mortuus nec accipere possit. Sed hac ratione efficitur, ut & hæc quoque stipulatio, *cum moriar*, vel *cum morieris, dabis?* apud veteres inutilis fuerit, contra §. *ita autem 14. inf. eodem*, & tale legatum, *Hæres meus post mortem suam Titio centum dato*, utile, arg. eorum, quæ notavimus ad calcem §. *loca 5. sup. de verb. obl.* & *ad §. impossibilis 10. sup. de hæred. instit.*

TEXTUS.
De stipulatione præpostera.

13. *Item si quis ita stipulatus erat*, si navis cras ex Asia venerit, hodie dare spondes? *inutilis erat stipulatio*, *quia præpostere concepta est. Sed quum Leo inclytæ recordationis in dotibus eandem stipulationem, quæ præpostera nuncupatur, non esse rejiciendum existimaverit, nobis placuit & huic perfectum robur accommodare, ut non solum in dotibus, sed etiam in omnibus valeat hujusmodi conceptio stipulationis.*

COMMENTARIUS.

Stipulationes hoc modo aut simili conceptæ, *si navis cras venerit, hodie dare spondes?* præposteræ dictæ sunt: quoniam qui ita stipulatur, filiam vult nasci ante matrem, id est, obligationem constitui ante eventum conditionis; quod est ὕστερον πρότερον, cum in omni stipulatione conditionali obligatio ex eventu conditionis pendeat, §. *4. sup. de verb. obl.* Itaque hujusmodi conceptiones, ut futiles, & manifestam contradictionem implicantes, veteribus improbatæ sunt. Unde dubitatum est de stipulatione concepta hoc modo, *si Titius consul factus fuerit, tum ex hac die in annos singulos dena dari spondes?* num & ipsa præpostere concepta videri debeat. Sed præposteram non esse, indicat particula *tum*, quæ refertur ad tempus existentis conditionis, ut tota obligatio & datio à conditione pendeat, licet retro habita

bita ratione præteriti temporis tunc cum conditio extiterit, dari oporteat, *l. hujusmodi 64. de Verb. obl.*

Si navis cras ex Asia] Ita & Th. ἐὰν ἡ ναῦς αὔριον ἔλθῃ ἀπὸ Ἀσίας. Et quamvis quidam codices non habeant verbum *cras*, eo tamen addito clarior fit præposteratio. *Pac.*

Sed quum Leo inclytæ recordationis] Cum præposteræ stipulationes in dotibus à Leone admissæ essent, Justinianus exemplo Leonis provocatus, omnes hujus generis stipulationes valere statuit. Cumque ut valeant, necesse sit aut detrahere conditionem diemve, ut tota pura sit obligatio; aut præsentis temporis mentionem, ut tota sit conditionalis inve diem: posterius Justiniano placuit; ut scilicet perinde valeant, quasi vel in diem vel sub conditione tantum conceptæ essent, ac proinde exactio usque ad diei aut conditionis eventum differretur, *l. præposteri. 25. C. de test.*

TEXTUS.

De stipulatione collata in tempus mortis.

14. *Ita autem stipulatio concepta, veluti si Titius dicat,* cum moriar, dare spondes? *vel* cum morieris, *& apud veteres utilis erat, & nunc valet.*

15. *Item post mortem alterius rectè stipulamur.*

NOTÆ.

14. Cum moriar, cum morieris] Hæ formulæ semper probatæ fuerunt, *l. 45. §. 1. & pen. de Verb. obl. l. 17. de cond. ind.* etiam in legatis, *l. 1. §. 2. l. 79. §. 1. de cond. & dem.* Ulp. *tit. 24. §. 15.* scil. auctores nostri totum illud, quod mori dicitur, vitæ adscribunt, *l. 18. §. 1. de man. test.* Cujac. *3. obs. 34.* qua de re olim quæsitum. Gell. *6. c. 13.*

15. Post mortem alterius] In hac formula, *post mortem Titii dare spondes?* apertè cessat ratio, ob quam placebat stipulationem post mortem contrahentium conceptam non valere: idèoque nunquam improbata fuit.

Commentarius.

Auctores nostri ex sententia quorundam philosophorum (*Vid. Gell. lib. 6. cap. 13.*) momentum moriendi vitæ potius, quam morti dandum censuerunt: cui consequens est, ut etsi quæ in tempus post mortem non rectè conferuntur, rectè tamen conferantur in tempus moriendi. Unde hæ formulæ, *cum moriar*, vel *cum morieris, dare spondes?* semper probatæ fuerunt, *l. quodcumque §. 1. & pen. de Verb. obl.* uti & legatum hujusmodi, *cum hæres morietur, l. hæres 79. §. 1. de cond. & dem. Ulp. tit. de legat. §. post mortem 15.* Neque obstat hic regula juris veteris, quæ vetat actiones ab hæredibus & contra eos incipere: nam cum momentum moriendi non morti; sed vitæ attribuatur, obligatio & actio in casu proposito à defuncto aut contra eum incipere intelligitur, indeque ad hæredem transmitti: quemadmodum & conditiones quædam sunt, quæ extremo vitæ momento implentur, *l. ult. de cond. inst.* add. quæ scripsimus ad §. *post mortem 35. sup. de legat.* Hoc autem jure posito, posse quemque sibi stipulari, cum morietur, admittendum fuit, ut etiam qui in aliena potestate sunt, eodem modo sibi stipulari possint, ut obligatio acquiratur domino vel patri, in quorum erunt potestate, cum morientur, *l. quodcumque 45. §. 1. de Verb. obl.*

Post mortem alterius] Stipulatio quoque hoc modo concepta, *Post mortem Titii dare spondes?* nunquam improbata fuit: nimirum quia & hic cessat ratio, ob quam placebat stipulationes in tempus post mortem contrahentium conceptas non valere. Quæritur autem quid hic futurum sit, si stipulator ante Titium moriatur? Respondet D. Bachovius, spem debitum iri in hæredem stipulatoris transmitti, ut juris est in stipulatione conditionali, *§. 4. sup. de Verb. obl.* Ego vero didici, diem adjectum, quem certum est exiturum esse, etsi ignoretur quando, in contractibus conditionem non facere, neque hujusmodi stipulationes, *cum moriar, cum morieris, cum Titius morietur*, jure conditionalium censeri, ut obligationem differant; sed eundem effectum habere, quem habent conceptæ in diem certum, ut statim in his dies obligationis cedat, & pecunia debeatur, sed peti tantum antequam dies veniat non possit, *§. 2. sup. d. titul. l. 79. de cond. & dem.* Itaque in proposito dicendum est, non nudam spem debitum iri ad hæredem stipulatoris transmitti; sed transmitti debitum ipsum, atque obligationem, quæ stipulatori statim quæsita fuit.

TEXTUS.

De promissione scripta in instrumento.

16. *Si scriptum in instrumento fuerit, promisisse aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione præcedente responsum sit.*

COMMENTARIUS.

PRo instrumento duplex præsumptio est: una, quæ dicitur veritatis, propterea quod verum esse creditur, quod scriptum est, nisi contrarium manifestè doceatur, §. *item 11. sup. eod.* altera, quam appellant præsumptionem solemnitas; quoniam si de re aliqua, quæ certas solemnitates jure desiderat, scriptum sit in instrumento, eam intervenisse, etsi expressum non sit, gestam eam esse adhibitis iis solemnitatibus, quæ jure requiruntur, tamen hoc ipsum intelligitur, omniaque creduntur solemniter acta, *l. sciendum 30. de Verb. obl.* Veluti si scriptum sit in instrumento, promisisse aliquem, perinde hoc haberi placet, ac si scriptum esset, interrogatione præcedente responsum esse, *l. Titia. 134. §. 2. de Verb. obl. l. 1. C. de contr. stip. Paul. 5. sent. 7.* unde hic locus descriptus videtur. Item si scriptum sit, fidejussisse aliquem, præsumitur, id factum rite atque utiliter, interposita scilicet stipulatione, §. *ult. tit. seq.* Cæterum adversus hoc quoque genus præsumptionis contrariam admitti probationem, verius est, *l. jurisgentium 7. §. quod fere 12. de pact. Donell. ad d. l. sciendum 30. de Verb. oblig.*

TEXTUS.

De pluribus rebus.

17. *Quoties plures res una stipulatione comprehenduntur, siquidem promissor simpliciter respondeat,* Dare spondeo, *propter omnes tenetur. Si vero unam ex his, vel quasdam, daturum se spoponderit, obligatio in iis, pro quibus spoponderit, contrahitur. Ex pluribus enim stipulationibus una vel quædam videntur esse perfectæ: singulas enim res stipulari, & ad singulas respondere, debemus.*

NOTÆ.

17. Propter omnes tenetur] Sive universæ verbo collectivo in stipulatum deductæ sint, veluti, *Quadrigam illam dare spondes?* sive nominatim singulæ, veluti, *Stichum, Pamphilum & Erotem dabis?* ubi tot stipulationes sunt, quot species. Ratio est, quia indefinita responsio pro universali valet, §. *5. sup.* add. *l. 29. l. 86. de Verb. obl. l. 32. de evict.*

Pro quibus spoponderit] *l. 83. §. 4. de Verb. obl.* Aliud est, si quis stipulante me Stichum aut Pamphilum disjunctim, unum se daturum respondeat, *d. l. 83. §. 2.* quia ille similis est ei, qui stipulanti sub conditione purè promittit, mutata forma interrogationis, *V. sup. §. 5.*

Et ad singulas respondere] Quarum sc. præstatione adstringi volumus: neque enim indiget hic locus emendatione Hotomanni.

COMMENTARIUS.

1 *Cur cum plures res nominatim in stipulatum deducuntur, dubitatum, an promissor simpliciter respondendo in omnes teneatur.*

2 *Intersse utrum plures res conjunctim an disjunctim in stipulationem deductæ.*

3 *Hotomanni emendatio improbata.*

RES plures duobus modis una conceptione in stipulatum deducuntur: vel nominatim, ut verbis stipulationis singulæ exprimantur, veluti, *Stichum & Pamphilum dare spondes? Decem & quindecim dabis: Servum fugitivum non esse, erronem non esse, furem non esse, spondes?* vel collectim, ut verbo uno generali sive communi res plures significentur, ut, *Summam illam,* aut *Acervum illum pecuniæ dabis? Quadrigam,* aut *Familiam,* aut *Lecticarios dabis?* Illic plures intelliguntur esse stipulationes, tot videlicet, quot sunt summæ aut res in stipulatum deductæ; hic ut una conceptio, ita quoque stipulatio una, *l. scire 29. l. quod dicitur. 86. de Verb. obl. quia dicitur 32. de evict.* Excipe speciem *l. Titia 134. §. ult. de Verb. obl.* De posteriore specie nullum dubium est, quin promissore simpliciter respondente, *Dabo,* obligatio rectè constituta sit. De priore autem dubitari poterat, an una simplex & indefinita responsio promissorem in res omnes quæ expressæ sunt, obligaret: quoniam cum, uti dictum est, plures hic intelliguntur esse interrogationes, plures quoque responsiones ad perficiendam stipulationem requiri videntur. Sed placet unam & hic responsionem sufficere: quippe simpliciter respondendo, *Dabo,* ita promissorem respondere videri, ut stipulator verba concepit, & quasi præivit, §. *præterea sup. eod.* Itaque intelligendum est, etiam in una illa responsione plures esse responsiones. Extat apud Livium *lib. 1.* deditionis Collatinorum hæc formula; *Deditisne vos populum Collatinũ, urbem, agros, aquam, terminos, delubra, utensilia, divina humanaque omnia, in meam populique Romani ditionem? Dedimus.*

In iis pro quibus responderit] Nam ubi plures sunt stipulationes, illæ censentur perfectæ, ad quas responsum est: verbi causa, si ego stipuler Stichum & Pamphilum, tu unum ex his spoponderis, teneris in hunc unum: quia ad unam ex duabus stipulationibus videris respondisse, *l. inter 83. §. 4. de Verb. obl.* Diversa causa est rerum plurium disjunctim in 2
stipulationem deductarum; veluti si stipulante me Stichum

Stichum aut Pamphilum, tu unum te daturum sponderis: hic enim quia mutata qualitate stipulationis respondes, purè promittens, quod sub conditione stipulatus sum, vitiatur tota obligatio, *d. l. inter. §. 2. junct. l. 1. §. 3. eod.* In pluribus tamen summis hic quod minus est sponderi intelligitur, *d. l. inter. §. 3. dixi sup. §. preterea hoc tit.*

3 *Et ad singulas respondere debemus*] Siquidem in res omnes, de quibus interrogati sumus, obligari volumus: alioqui si ad quasdam duntaxat respondeatur, obligatio in his tantum contrahitur, ad quas responsum est; in cæteris manet stipulatio imperfecta atque inutilis: quæ hujus loci sententia est, non usque adeo obscura; ut probare non possim emendationem Hotomanni, qui sic legendum existimat, *non ad singulas respondere debemus.*

Textus.

De pœna adjecta stipulationi, alii dari.

18. *Alteri stipulari (ut supra dictum est) nemo potest. Inventæ enim sunt hujusmodi stipulationes vel obligationes ad hoc, ut unusquisque acquirat sibi quod sua interest: Cæterum si alii detur, nihil interest stipulatoris. Planè, si quis velit hoc facere, pœnam stipulari conveniet, ut nisi ita factum sit, ut est comprehensum, committatur pœnæ stipulatio etiam ei, cujus nihil interest. Pœnam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quod interfit ejus, sed quæ sit quantitas in conditione stipulationis. Ergo si quis ita stipuletur,* Titio dari? *nihil agit. Sed si adjecerit pœnam.* Nisi dederis, tot aureos dare spondes? *tunc committitur stipulatio.*

Nota.

Nihil interest stipulatoris] Pecuniariter sc. Affectioni autem tantum tributum non est, ut propter eam extraneo obligatio acquiratur.

Commentarius.

1 *Etiam inutili stipulationi pœnalem subjectam valere.*
2 *Pœnam committi etiam ei, cujus nihil interest.*
3 *Quantacumque pœna promissa sit, tantam deberi.*
4 *Citramontanorum circa hunc articulum restrictio.*

QVi alteri dari aut fieri stipulatur, neque sibi obligationem aut actionem acquirit, quia sibi stipulatus non est; neque alteri, quia hoc pugnat cum fine stipulationum, omniumque obligationum: quippe quæ ad hoc jure civili constitutæ sunt, ut unusquisque acquirat sibi, quod sua interest: ut vero alii detur, nihil interest nostra, *hoc text. & l. stipulatio 38. §. alteri 17. de verb. obl.* In summa, qui alii dari stipulatur, nihil agit: qua de re dictum copiosè adjectis aliquot cautionibus & praxi horum temporum sub *§. 4. sup eod.* Cæterum quia sæpè ad affectionem & votum nostrum pertinet, alteri, cui cautum volumus, dari, ostenditur hoc loco & apud Jurisconsultum ratio, qua quod alteri stipulando recta consequi non possumus, id obliqua via consequamur, aut certè non minus nobis consulatur. Ea est, ut, si quis alteri dari aut fieri stipulatus, velit hoc fieri, pœnam stipuletur, si ita factum non erit, uti cautum est: sic enim futurum est, ut metu pœnæ promissor faciat, quod promisit, cum si id ita factum non sit, committatur pœnæ stipulatio etiam ei, cujus nihil interest.

Pœnam stipulari conveniet] Tria hoc loco & *d. l. stipulatio, §. alteri,* de pœnali stipulatione statui animadvertere possumus. Primum pœnam utiliter nos posse stipulari etiam tunc, cum stipulatio, cui pœna subjicitur, jure non valet. Deinde pœnam existente conditione deberi & peti posse, etsi stipulantis non intersit id fieri, de quo cautum erat, & cujus non facti nomine subjecta erat pœnalis stipulatio. Postremo quantacumque pecunia pœnæ nomine promissa erit, tantam deberi. Quæ an verè omnia dicantur, videndum est. Adversus primum objici potest, quod pœnæ stipulatio videtur pendere ex priore, cui subjicitur, ejusque esse accessio quædam & sequela, ideoque priore: non consistente & ipsam consistere non posse; cum sine re principali accessione locus esse nequeat. Argumento esse, quod stipulatio pœnæ non committitur, quæ subjecta est stipulationi impossibili, aut rei turpis, *l. stipulatio 61. l. si homo 69. de verb. obl.* Respondeo, verum non est, quod hic assumitur, pœnalem stipulationem esse accessionem prioris, sed æquè atque illa principalis est, ut nihil prohibeat, quominus subjecta pœnalis stipulatio utilis sit, licet prior, cui subjicitur, sit inutilis; cum nunquam una stipulatio, quæ per se utilis esse potest, per aliam inutilem vitietur, *l. 1. §. penult. eodem.* Quod vero impossibili aut turpi stipulationi subjecta pœnæ stipulatio & ipsa inutilis est, non ex eo fit, quod pœnalis stipulatio est accessio ejus, cui

 subjicitur,

subjicitur, sed quia hic eodem vitio, quo prior, laborat. Quippe subjecta impossibili & ipsa impossibilis habetur, turpi subjecta & ipsa turpis, utpote delicti invitandi causa subjecta. Neque vero pecunia dari potest, ut pœna, ubi non præstat promissor, quod natura aut jure præstare non potest, *argum. l. aliud est fraus 131. de verb. sign. Donell. ad d. l. si homo de verb. oblig.* Alterum quod hic discimus, est, quod pœna committatur etiam ei, cujus nihil interest; intellige cujus nihil interest alteri dari aut fieri: utique enim pœnam consequi interest stipulatoris, quam sibi, non alteri stipulatus est. At, inquis, etiam ut alteri detur, potest nostra interesse, utique ex affectione; sic enim scribit Jurisconsultus in *l. 7. de serv. export. Beneficio affici hominem, hominis interest.* Respondeo, propriè id, quod interest, significat, quod nostra interest pecuniariter: sic enim definitur, *quantum nobis abest, quantumque lucrari potuimus, l. 13. ratam rem hab.* Non lucramur, non consequimur, nisi quod pecuniam nostram & patrimonium augeat. Unde intelligimus, abusivè dici interesse nostra, cum ex sola affectione interest: cui affectioni tantum jure tributum non est, ut propter eam extraneo obligationem acquiramus. Postremum est, quod
3 quantacumque pœna fuerit, tanta debeatur & peti possit. Hoc ex eo intelligimus, quod dicitur in pœnali stipulatione non inspici, quod intersit, sed quæ sit quantitas & conditio stipulationis, hoc est, id solum, quanta pecunia in stipulatum deducta sit, & utrum conditio pœnæ extiterit, necne: quorsum, nisi ut si extiterit conditio, ea pecunia, quantacumque sit, præstetur? Igitur etsi duplo, triplo aut etiam quadruplo plus comprehensum sit stipulatione pœnali, quam efficit id, quod alteri dari aut fieri debuit, valebit nihilominus stipulatio. Non enim uti pœnis legitimis certus modus constitutus est, ut ne excedant quadruplum, §. *omnes 21. inf. de actionibus*, ita & conventionalibus: sed has unusquisque voluntate sua sibi imponit, dum pro commodo stipulantis quid, futurum esse paciscitur, *fac. §. ultim. sup. de verb. oblig. l. ultim. de stipul. prat.* Non obstat quod constitutum est, ne promissor ultra duplum periculum subeat, *l. unic. C. de sentent. quæ pro eo quod int. prof.* Quantumcumque enim est, quod in stipulatione pœnali promittitur, simplum tantum est, non duplum, triplum, &c. alterius rei, cum ad id quod interest, aut alterum simplum non referatur. *Donell. lib. de eo quod int. circa fin.* & in *d. l. stipulatio §. alteri n. ult.*
4 Cæterum hanc sententiam Citramontani existimant tunc solum procedere, cum pœnali stipulatione certa quantitas expressa est; secus autem est, si, ut loquuntur, pœna fuerit promissa per nomina multiplicativa, veluti *Tabulam mihi pingere spondes? Si non pinxeris, triplum,* aut *quintuplum dare spondes?* Hic volunt, pœnam reduci ad id, quod interest; quia manifestè ad priorem stipulationem fit relatio, neque aliud triplum aut quadruplum &c. considerari potest, quam simpli ejus, quod in priorem stipulationem deductum fuit; itaque non posse ultra duplum exigi, per *d. l. un. C. de sent. quæ pro eo quod int.* aut certè non posse ultra quadruplum pœnam extendi, per *l. fi. dictum 56. de evict.*

Tunc committitur stipulatio] Id est, tunc committi potest, videlicet si non dederis. Nam committi tum demum stipulatio conditionalis dicitur, cum conditio extiterit, & pecunia deberi cœpta est, §. *sub conditione sup. de verb. obl.*

TEXTUS.

Si intersit ejus, qui alii stipulatur.

19. *Sed & si quis stipuletur alii, cum ejus interesset, placuit stipulationem valere. Nam si is, qui pupilli tutelam administrare cœperat, cesserit administrationem contutori suo, & stipuletur rem pupilli salvam fore, quoniam interest stipulatoris fieri, quod stipulatus est, quum obligatus futurus sit pupillo, si malè res gesserit, tenet obligatio. Ergo & si quis procuratori suo dari stipulatus sit, habebit vires stipulatio. Et si creditori suo quis stipulatus sit, quod sua interest, ne fortè vel pœna committatur, vel prædia distrahantur, quæ pignori data erant, valet stipulatio.*

NOTÆ.

19. Cum ejus interesset] *d. l. 38. §. 20.* Ratio perspicua, quia tum non tam alteri, quam sibimetipsi stipulari videtur, *l. 118. §. ult. eod.* Ideoque & sibi actionem acquirit, non ei, cujus in personam stipulatio collocata.

Si male res gesserit] Alii, *cesserit*, ut & apud Ulp. *d. l. 38. §. 20.* unde hæc transcripta.

Obligatus futurus sit pupillo] Nam qui tutelæ administrationem contutori cedit, non liberatur periculo tutelæ, *l. 3. §. 2. de adm. tut.*

Procuratori suo] Quia procuratori dari potest interesse stipulantis, puta quod procurator pecuniam pro eo exposuit.

COMMENTARIUS.

Cum ejus interesset] Cum dicimus, eum, qui alii dari stipulatur, nihil agere, duo dicimus, nimirum ex ejusmodi stipulatione neque ei, in quem collata

collata est, obligationem ullam acquiri, neque acquiri stipulanti. Prioris patris exceptiones nonnullas protulimus, & casus quosdam, quibus ex stipulatione aliena actio acquiritur ei, in cujus personam stipulatio collata est, *in explicatione* §. 4. *hoc tit.* Hic posterioris partis exceptio proponitur, & tres casus sive exempla proferuntur, quibus is, qui alteri dari stipulatus est, sibi actionem acquirit. Exceptio hic una & generalis est, nisi stipulantis intersit alteri dari, *l. stipulatio* 38. §. *si stipuler.* 20. *de verb. oblig.* cujus exceptionis ratio perspicua & facilis est: quoniam cum nostra pecuniariter interest alteri dari, tum non tam alteri, quam nobismet ipsis stipulari videmur, *liber homo* 118. §. *ult. eod.*

Qui pupilli tutelam administrare] Exemplum primum. Qui tutelæ administrationem contutori cessit, rectè ab eo stipulatur rem pupilli salvam fore, *d. l. stipulatio* §. *si stipuler.* ubi Marcellus ait, valere hanc stipulationem, obligationemque parere stipulatori, quia stipulatoris interest fieri, quod stipulatus est: quippe qui periculum & exitum illius administrationis præstet. Etenim qui tutelæ administrationem contutori cedit, non liberatur periculo tutelæ, sed pupillo, si malè res geratur, obligatus manet, *l.* 3. §. 2. *de admin. tut.*

Si quis procuratori suo] Exemplum secundum. Si quis procuratori suo dari stipulatus est, valet stipulatio: ob eandem scilicet causam, qui procuratori dari potest interesse stipulantis, puta quod procurator pecuniam pro eo exposuerat, quam actione mandati restituere tenebatur.

Si creditori suo] Exemplum tertium. Si quis creditori suo dari stipuletur, rectè stipulatur, cum ejus intersit, puta ne vel pœna, sub qua pecuniam certa die debebat, committatur, vel bona distrahantur, quæ pignori dederat, & propter moram distrahi poterant, *d. l. stipulatio*, §. *unde* 23. *d. l. liber homo* §. *ultim. eodem.* Sunt & aliæ personæ, per quas ratione officii placet etiam alteri actionem utilem acquiri, *vid. sup.* §. 4. *num.* 2. *eod.*

TEXTUS.

De pœna adjecta promissioni facti alieni.

20. *Vice versa qui alium facturum promisit, videtur in ea esse causa, ut non teneatur, nisi pœnam ipse promiserit.*

COMMENTARIUS.

FActi alieni stipulationem inutilem esse, & cur inutilis sit, audivimus *sup.* §. 3. *eod.* Cæterum etiam hic remedium stipulanti in pœna paratum est, qua adjecta si alius non dederit feceritve, committitur stipulatio, ex qua promissor suo nomine rectè cōvenitur. Licet etiam hic quanti ea res est stipulari, *l. stipulatio* 38. §. 1. & 2. *de verb. obl.* Sunt qui promissorem factum alienum sub pœna promittentem excusandum à pœna censent, si omnia humana expertus, ut is, de quo promisit, faceret, nihil promoveat. Sed assentior iis, qui contra sentiunt, *arg. l. sancimus* 26. *C. de fidejuss. d. l. stipulatio* §. 2. & *hujus text.* Quin ob hoc ipsum auxilio pœnæ uti leges suadent, quod alieni facti obligationem inanem reddit præstandi difficultas, ut adeo nec omnino culpa careat, qui promittit, quod prævidere potuit fortè præstitum non iri, *arg. l.* 7. §. 1. *qui satisd. cog.* atque ob hanc ipsam difficultatem promisisse videtur id, quod in potestate sua habet, hoc est, pœnam, *vid. Fachin.* 3. *contr.* 20. *Diod. Tuld. in comm. hic cap.* 5.

TEXTUS.

De restipulantis futura.

21. *Item nemo rem suam futuram, in eum casum, quo sua sit, utiliter stipulatur.*

COMMENTARIUS.

QUemadmodum stipulatio ab initio non consistit, si quis rem suam sibi dari stipuletur, & stipulatio rei alienæ evanescit, si ea res antequam traderetur, ex alia causa jam facta sit stipulatoris: §. 2. *sup. eod.* ita quoque & eadem ratione inutilis est stipulatio rei alienæ concepta in eum casum, quo nostra futura est: quia eo tempore agere, ut nobis detur, non possumus, §. *sic itaque* 14. *inf. de act.* & tralatitium est, actum in id tempus inutiliter conferri, quo purè inutiliter fieret, *l.* 4. *C. de don. ante nup.*

TEXTUS.

De dissensu.

22. *Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor, perinde nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non esset: veluti si hominem Stichum à te quis stipulatus fuerit, tu de Pamphilo senseris, quem Stichum vocari credideris.*

NOTÆ.

TU DE PAMPHILO] Hic non simplex in nomine error est, ut putat Schol. Th. sed etiam in re, quia nec de corpore constitit. Error vero in solo nomine,

mine, cum de persona aut re ipsa constat, de consensu nihil mutat, *l. 32. de verb. obl.* §. *29. sub. de legat.*

Commentarius.

1 *Quando error consensui obstet, aut non obstet.*
2. *Quid si non ipso corpore, sed in materia rei erratum.*

SÆpe jam dictum est, sine consensu utriusque contrahentium nullam obligationem ex contractu constitui, *l. 1.* §. *3. de pact. l. in omnibus 55. de obl.*
1 *& act.* Consensum non esse, etiam error arguit. Quid enim consensui tam contrarium est, quam error, qui imperitiam detegit? *l. si per errorem 15. de jurisd. l. 2. de judic.* Atenim non omnis error consensum non habet. Error aut est in nomine proprio personæ reive, de qua agitur; aut in persona ipsa; aut in re promissa; aut denique in causa promittendi. Primi generis, dum de persona & re ipsa constet, de consensu nihil mutat, *l. si in nomine 32. de verb. oblig.* §. *siquidem 29. sup. de legat. l. 4. C. de testam.* In persona autem qui errat, puta Titio stipulanti promittit, quem putet esse Sempronium, omnino non obligatur, per *d. l. 15. de jurisd. & d. l. 2. de judic. fac. l. 9 pr. de hær. inst.* Non enim simplex hic in nomine error est, sed etiam in re, quia nec de corpore constat. Tantundem est, si erratum sit in re promissa, cum de alia stipulator, de alia promissor senserit; perindeque hic nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non sit, *hoc text. l. inter 83* §. *1. l. continu-*
2 *us 137.* §. *1. de verb. obl.* Quid tamen si non in ipso corpore error sit, sed in substantia rei, aut materia, verbi causa, si quod aurum putabatur, sit æs, aut quod vinum, ab initio acetum fuerit? placet hic valere stipulationem, *l. si id. 22. eod.* quamvis emptio non valeat, *l. 9. in fin. cum l. seq. l. 14. in fin. de contr. empt.* Nimirum stipulatoris, qui nihil vicissim præstat, consensum in corpore error in materia non impedit: emptor autem non potest videri consensisse in pretio; cum utique longè minoris æs, quam aurum, acetum, quam vinum, empturus fuisset. Planè si non in totum in materia erratum sit, etiam emptionem valere placet, ut in specie *d. l. 14. de contr. empt.* Quod si quis in causa promittendi erraverit, cum suo ipsius errore inductus putat se debere, quod non debet, & stipulanti promittit, hic summo quidem jure obligatus erit; sed si conveniatur, exceptione doli mali se defendere potest, *l. si quis 36. de verb. obligat.*

Textus.

De turpi causa.

23. *Quod turpi ex causa promissum est, veluti si quis homicidium, vel sacrilegium se facturum promittat, non valet.*

Commentarius.

STipulationes ex turpi causa interpositæ nullius momenti sunt; veluti si quid homicidii vel sacrilegii faciendi aut facti causa promittatur, *l. generaliter. 26. & l. seq. l. si flagitii 123. de verb. obl.* Nec ea tantum, quæ apertè flagitiosa sunt, in stipulationem deduci non possunt: verum etiam quæ bonis moribus adversantur; veluti si de futura successione contrahitur, *l. stipulatio 61. eod. l. ultim. C. de pact. l. 4. C. de inut. stip.* Quinimo & si quis pecuniam promiserit, ne furtum aut cædem faceret, aut sub conditione, si non fecerit, adhuc dicendum, stipulationem nullius esse momenti; cum hoc ipsum flagitiosum sit, pecuniam pacisci, quo flagitio abstineas, *l. juris gentium 7.* §. *3. de pact.*

Textus.

De morte contrahentium.

24. *Cum quis sub aliqua conditione stipulatus fuerit, licet ante conditionem decesserit, postea existente conditione hæres ejus agere potest. Idem est & ex promissoris parte.*

Nota.

24. Idem est et ex patre promissoris] Ut si pendente conditione promissori quid humanitus contigerit, hæres promissoris existente postea conditione conveniri possit, *l. 57. de verb. obl.* sicut ex converso stipulatore ante conditionem mortuo hæres ejus agere, §. *4. sup. d. t.*

Commentarius.

HIc locus à me expositus est ad §. *sub conditione 4. sup. de verb. obl.*

Textus.

Quando agi potest ex stipulatione.

25. *Qui hoc anno, aut hoc mense dari stipulatus est, nisi omnibus partibus anni vel mensis præteritis, non rectè petet. Si fundum dari stipuleris, vel hominem, non poteris continuo agere, nisi tantum spatium præterierit, quo traditio fieri possit.*

NOTA,

NOTÆ.

25. *Qui hoc anno*] Ex Pompon. *l. 42. eod.* V. *sup.* §. *2. eod.*

Non potest continuo agere] Hoc non ad jus petendi, *d.* §. *2.* sed ad ejus, quod petitur præstationem & executionem obligationis referendum est: quia incivile statim cum sacco venire creditorem, *l. 105. de solut.*

COMMENTARIUS.

DUo hic docemur. Primum est, quod obligatione in diem constituta ante agi non possit, quam totus ille dies præterierit. Alterum quod etiam ei, qui purè quid stipulanti promisit, dandum sit aliquod spatium, intra quod rem tradere & solutionem expedire possit. De utroque dixi ad §. *2. sup. de verb. obl. l. 42.*

TITULUS XXI.

D. lib. 46. t. 1. C. lib. 8. t. 41. Nov. 4.

De fidejussoribus.

Continuatio, & argumentum tituli.

OBligatur quisque aut proprio nomine sive principaliter, aut nomine alieno sive accessoriè, dum scilicet, pro alieno debito se ita obstringit, ut ei accedat manente principali obligato. Eorum, qui sic obligantur, tres sunt species, mandatores, pecuniæ constitutæ rei, fidejussores. Mandator est, cujus mandatu quis pecuniam credit certæ personæ, §. *tua tantum 6. inf. de mand.* Pecuniæ constitutæ reus, qui pecuniam debitam se soluturum constituit nudo pacto, § *de constituta 9. inf. de action.* Fidejussor, qui quod alius debet, fide sua esse jubet, interposita stipulatione. Conjunguntur hi tres in *l. ult. C. de const. pecun. & Nov. 43.* atque in plerisque eodem jure habentur. Hoc loco agitur de fidejussoribus: qui titulus tractationi de verborum obligationibus ideo subjicitur quia fidejussores citra verba & stipulationem non constituuntur, *l. 5.* §. *2. de verb. obl. l. Blanditus 12. C. hoc tit.* Indicatur hic primum obligationis fidejussoriæ finis: deinde objectum, doceturque, quibus obligationibus fidejussor adhiberi possit, & porro permiste, quatenus obligetur, quaque forma constituatur.

TEXTUS.

Cur accipiuntur.

Pro eo, qui promittit, solent alii obligari, qui fidejussores appellantur: quos homines accipere solent, dum curant, ut diligentius sibi cautum sit.

NOTA.

Solent alii obligari] Accessoriè videl. seu reo principali manente obligato: qualis est is, cujus mandatu pecunia creditur certæ personæ, §. *6. inf. de mand.* item qui pecuniam debitam se soluturum constituit nudo pacto, §. *9. inf. de act.* & maximè qui quod alius debet, fide sua esse jubent interposita stipulatione; de quibus solis hic agitur: conjunguntur, *l. ult. C. de const. pec.*

COMMENTARIUS.

1 *Fidejussoris obligationem esse accessionem principalis.*
2 *Fidejussor idem, qui & adpromissor, expromissor alius.*
3 *Sponsores, prades, vades.*

PRo eo, qui promittit, solent alii obligari] Intellige eo, qui promittit, eodemque reo principali manente obligato: alioqui & expromissor pro alio obligari rectè dicitur, qui novandi animo alienam obligationem in se transfert: qui tamen fidejussor non est, ut mox probabitur. Et igitur, cum fidejussor ita pro alio obligetur, ut nihilominus ille alius obligatus maneat, ex eo intelligimus, obligationem fidejussoris esse accessionem quandam alterius obligationis. Unde est, quod nostri sic passim loquuntur, ut dicant, fidejussorem accedere. Quod autem Justinianus ait, *pro eo, qui promittit*, exempli causa dictum est: nam constat, fidejussores omni obligationi accedere posse. 1

Qui fidejussores appellantur] A jussione & fide, ut apparet ex formulis, quas passim legimus. Dicuntur & adpromissores, *l. 5.* §. *2. de verb. obl. l. in omnibus 43. de solut. l. si vero 64.* §. *4. solut. matr.* quia scilicet ad id, quod alius debet, accedentes idem promittunt. Expromissores autem qui dicuntur, fidejussores non sunt, quia idem cum alio non promittunt, nec obligationi alienæ accedunt: sed expromissione fit novatio. Nam expromittere & expromissor in usu juris is dicitur, qui alienam obligationem in se suscipit liberato reo, aut eo nomine non obligato, cum tamen obligari deberet, *l. 7.* §. *servus pactionis 8. de dol. mal. l. qui libertinus 37. in fin. de oper. libert. l. 4. de cond. ca. dat. l. 8. si convenerit 8. ad sen. Vell. l. ult. de senat. Maced.* unde & à fidejussore passim distinguitur, *l. ut res 53. de contr. empt. d. l. 37. in fin. de oper. lib.* & interdum simpliciter reus nominatur, quia solus obligatur qua- 2

si reus principalis, *d. l. 7. §. servus, de dol. mal. d. l.*
3 *64. §. 4. solut. matr.* Veteres, quos nostri fidejussores postea dixerunt, appellabant *sponsores.* Cicero ad *Attic. lib. 1. Tulliola, nostra deliciola, tuum munus flagitat, & me sponsorem appellat.* Et alibi; *De negotio tuo, quod sponsor es pro Pompejo, si Galba consponsor tuus redierit,* &c. Species sponsorum sunt, qui dicebantur *prades,* & item, qui *vades.* Prædes dicti, teste Ascon. Pædiano *Verr. 3. satisdatores locupletes pro re, de qua apud judicem lis est.* Et Festus, *Præs,* inquit, *est is, qui populo se obligat, interrogatusque à magistratu, an præs sit, ille respondet, Præs.* In quem locum Josephus Scaliger sic scribit; *Festus ait, pradem dictum esse, quod interrogatus à populo si præesset respondebat, Præs, supp'e, Sum. Præesse antiquitus significat præsentem esse, παρεῖναι. Unde superest participium Præsens. Quam notationem confirmat Ausonius, qui in ludicro dramate septem Sapientum de Thalete loquens, sic ait, Spondere qui nos, noxa quia præsest, vetat.* Idem Scaliger apud Varronem 5. *de ling.* sic legendum existimat; *Itaque præs, qui à magistratu interrogatus in publicum, an præsest; à quo, & cum respondet, dicitur præs.* Vades autem dicti sunt, auctore Varrone *d. loc. qui pro alio vadimonium promittunt,* id est, sensores judicio aliquem sistendi. Et si fides Ausonio, vades appellati, qui dabantur in rebus criminalibus; prædes, qui in causis civilibus. Sic enim ille in *monosyllab. Idyll. 12. Quis subit in pœnam capitali judicio? Vas. Quid si lis fuerit nummaria, quis dabitur? Præs.* Sed tamen quicunque pro altero vadimonium promittebat, etiam in re pecuniaria, vadem appellatum constat. *Vid. Hering. de fidejuss. cap. 3. n. 43. & τοῦ πάνυ Claris. Salmas. lib. de mod. usur. c. 16.*

Ut diligentius sibi cautum sit] Fidejussores & pignora sponsionum fideique sunt vincula & firmamenta, *l. 9. in fin. de sup. leg. Senec. de benef. 7. 14.*

TEXTUS.

In quibus obligationibus.

1. In omnibus autem obligationibus adsumi possunt, id est, sive re, sive verbis, sive literis, sive consensu contractæ fuerint. Ac nec illud quidem interest, utrum civilis, an naturalis sit obligatio, cui adjicitur fidejussor: adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit, qui fidejussorem à servo accipiat, sive ipse dominus in id, quod sibi naturaliter debetur.

NOTÆ.

1. IN OMNIBUS OBLIGATIONIBUS] *l. 1. l. 2. l. 8. §. 1. l. 16. §. 3. h. t.* etiamsi obligatio ex delicto oriatur, *d. l. 8. §. 5. l. 56. §. ult. l. 70. §. ult. eod.* utique si agatur civiliter: nam si criminaliter agatur ad coercitionem corporalem, fidejussio inutilis est, arg. *l. 13. ad leg. Aq. l. 22. C. de pœn.* Textus autem in *l. 1.* cum *seqq. de cust. reor.* accipiendi de fidejussoribus, qui caveant de reo sistendo, non qui pœnam suscipiant delicti.

AN NATURALIS] *l. 6. in fin. l. 7. l. 16. § 3. h. t.* ut ut arctius hoc casu astringatur fidejussor, quam reus add. Theoph.

COMMENTARIUS.

1. *Fidejussorem pro omni obligatione ex contractu recte intervenire, excepta causa dotis.*
2. *Item pro obligatione ex delicto, quando civiliter agitur.*
3. *Quatenus in criminalibus recipiatur fidejussor.*
4. *Pro qua obligatione naturali interveniens obligetur.*
5. *Quid si obligatio sit mere civilis.*

OBjectum fidejussionis seu materia, circa quam. Cum fidejussoris obligatio sit accessio alterius obligationis, necesse est statui aliquam obligationem, cui fidejussoria accedat; alioqui & hæc non tenebit, *l. 6. in fin. l. fidejussor. 16. l. si sub 29. l. si quis 37. & pass. hoc tit. l. 6. de verb. obl.* unde quoque est, quod is, qui solutionis gratia adjectus est, fidejussorem accipere non potest, scilicet quia reum principalem obligatum non habet, *l. si mihi 23. eod.* Cæterum dum aliqua sit obligatio, non in totum improbata jure civili aut prætorio, cujuscunque ea generis sit, tenet fidejussio, *l. 1. l. 2. l. 6. §. ult l. 7. l. 8. §. 1. & seqq. l. 16. §. 3. eod.* Clarius hoc apparebit ex enumeratione singularum.
Primum earum obligationum, quæ ex 1
contractu aut quasi ex contractu nascuntur, fidejussorem recte accipi, nemini dubium esse potest. Quippe cum ex his pecunia debeatur, aut res pecunia æstimabilis. Una tantum species hic excipitur, obligatio, qua tenetur maritus ad dotem soluto matrimonio uxori restituendam: pro qua obligatione fidejussorem exigi aut accipi constitutiones vetant, ne causa perfidiæ in conjugio generetur, *l. 1. & 2. C. ne fidei. dot. dent. l. 1. Cod. Theod. de fidej. dot.* quamvis recentiorum nonnulli fidejussorem à marito eo nomine ultro datum obligari contendant. *Vid. Fachin. 8. contr. 76. Gail. 2. obs. 84. Ant. Fab. C. suo, d. tit. defin. 1. Ant. Merend. 6. contr. 13. Christin. vol. 3.*
decis. 141. Sed etsi ex delicto oriatur actio, nihilo- 2
minus fidejussor interveniens obligatur, *l. 8. §. sed &*

5. l.

5. l. si quis 56. §. ult. l. si à reo 70. §. ult. hoc tit. utique si ex hac civiliter agatur, & ad pœnam pecuniariam: nam si agatur criminaliter & ad coercitionem corporalem, inutilis est fidejussio; quoniam ejus pœnæ nemo succedaneus est, cujus nulla potest fieri reparatio, & ubi quod quis solvit aut sustinuit, nulla actione repeti, aut in priorem statum reponi potest. Nimirum æquum omnino est, fidejussori ejus, quod pro reo solvit, recuperandi causa actionem mandati dari, ne cui officium suum sit damnosum: at pœnæ corporalis nulla est restitutio; & quid proderit fidejussori, reum eandem pœnam, postea subire? Postremo nemo contrahendo se ad pœnam corporalem obligare potest: quoniam membrorum suorum nemo dominus videtur, *l. 13. ad leg. Aquil.* neque justitiæ ratio patitur, eum, qui non deliquit, pœnam
3 hujusmodi sustinere, *l. sancimus 22. C. de pœn.* Alia vero quæstio est, utrum reus criminis non usque adeo atrocis, qui nondum convictus est, neque satis evidentibus indiciis urgetur, persona alias honesta, in carcerem protinus conjiciendus sit, ut ex vinculis causam dicat, an fidejussores hic recipi possint, non qui pœnam delicti suscipiant, sed qui caveant, de reo sistendo, ut is molestiam carceris interim effugiat. Placet autem, hoc casu rem fidejussoribus committi posse, qui si reum non stiterint, certa pecunia multentur, quanta scilicet vel cautione vel decreto magistratus comprehensa est, aut ex consuetudine inferri solet: alioqui magistratus arbitrabitur. Quod si dolo fidejussorum fiat, ne reus exhibeatur, graviori animadversione extra ordinem coerceri possunt. In quam sententiam sunt textus in *l. 1. l. 2. l. 3. & 4. de custod. & exhib. reor. l. 6. § 3 l. 12. Cod. de*
4 *appell.* Porro non tantum obligationi civili, sed etiam naturali fidejussor adhiberi potest, hoc *text. l. in fin. l. 7. l. 16. §. 3. hoc tit.* licet hoc casu arctius & fortius adstringatur fidejussor, quam reus principalis. Cœterum hoc ita, si naturalis obligatio etiam vim aliquam jure civili habet: nam si ex earum genere sit, quæ juris civilis auxilio penitus destituuntur, nec fidejussor in eam accipi potest; veluti si pro eo, quod prodigus promisit, fidejussor intervenerit, *l. 6. de verb. obl.* Neque obstat, quod Marcellus scribit, eum, qui pro prodigo fidejussit, obligari, *l. 25. hoc. tit.* Obligatur enim suo nomine duntaxat, non alieno; non ut fidejussor, qui accedat obligationi principali, quæ hic nulla est; sed ut principalis reus, & ratione suæ solius promissionis: quippe qui idem promittens, quod furiosus aut prodigus, in quorum persona sciebat obligationem non consistere, donare voluisse videtur. Itaque Marcellus verbo fidejubendi in proposito utens respexit tantum ad nudum fidejubendi actum, & promissionem, quæ de facto præcessit, licet citra ullum juris effectum, *d. l. 6. de verb. obl.* Ita ferme & Accurs. Bart. & DD. vulgo: quanquam alii aliter: *Don. ad d. l. 6. in fin. Revard. 2. var. 9. Robert. 2. recept. lect. ult. Cont. 2. lect. 3. Tyclam. 6. memb. 8.* Quid si obligatio sit mere civilis? Existimo, hoc genus obligationis, ut improbatum jure 5
prætorio, & sine re, atque effectu inutile, *l. nihil interest 112. de reg. jur.* huc non pertinere. Etsi enim summo jure ex nuda civili obligatione agi potest: tamen cum & actio instituta opposita perpetua exceptione elidatur, & tale debitum neque solutum per errorem retineri, neque constitui, neque compensari possit, *l. qui exceptionem 40. de cond. ind. l. 3. §. de pecun. const. l. 14. de compens.* frustra pro eo fidejussor intervenire videtur, *fac. l. si quis 37. hoc tit.* aut certe si fidejussio summo jure teneat, is qui fidem suam interposuit, conventus eadem exceptione, quæ reo principali competit, creditorem repellere poterit. Per *l. 7. §. 1. de except. Bart. in l. 1. n. 3. hoc tit. post Gloss. hic.*

Sive literis] Non adversatur, quod modo diximus, pro obligatione mere civili fidejussorem inutiliter intervenire. Etenim literarum obligatio pro mere civili habenda non est, sed pro mixta seu civili & naturali simul. Quippe mixta obligatio duorum generum est; una vere talis, altera præsumptive: qualis est obligatio judicati, item jurisjurandi ab actore judice deferente præstiti: atque hujus generis etiam ea est, quæ literarum dicitur. Nam si quis chirographo suo confessus est, se pecuniam mutuam accepisse, ea confessio, post silentium biennii, auctoritate juris pro veritate habetur, perindeque is, qui confessus est, ex eo tempore tenetur, ac si revera ei pecunia numerata sit. De quo uberius *tit. seq.*

Utrum civilis] Non civilis nuda, sed mixta, quæ actionem efficacem producit; quæ in usu juris civilis & absolute quoque obligatio vocatur. Idem autem hoc traditur apud Julianum *l. 16. §. 3. hoc tit.*

Pro servo quoque obligetur] Servi ex contractibus naturaliter tantum obligantur, *l. 14. de obl. & act.* At ita obligantur non modo extraneis, sed etiam domino, ut hoc loco docet Justinianus; potestq; dominus in id, quod sibi naturaliter debetur, fidejussorem à servo accipere, *l. si à reo 70. §. 3. eod.* quamvis ex contrario pro eo, quod dominus servo naturaliter debet, fidejussor acceptus non teneatur, *si quis 56. §. 1. eod.* speciali scilicet ratione, quam indicavi *tit. praced. d. §. item inutilis 6.*

Textus.
De herede.

2. *Fidejussor non tantum ipse obligatur, sed etiam hæredem relinquit obligatum.*

COMMENTARIUS.

Satis notum est, obligationes & actiones, quæ ex contractibus veniunt, in hæredes quoque dari, §. *1. inf. de perp. & tem. act. l. 11. l. ex contractibus 49. de obl. & act.* idque etiamsi nulla in contrahendo hæredum facta sit mentio, *l. 13. C. de cont. stip.* Talis autem est obligatio, qua tenetur fidejussor; ac proinde non ipse tantum obligatur, sed etiam hæredem obligatum relinquit, *l. 4. §. 1. hoc tit. l. fidejussoris 24. Cod. eod.* Quod si principalis obligatio ex delicto descendat, tenebitur quidem hic etiam hæres fidejussoris, sed tam diu, quam vivit & tenetur is, qui deliquit: eo vero mortuo, ut fidejussor ipse, ita etiam hæres ejus liberatur, nisi forte ante rei mortem lis contestata fuerit, *d. §. 1. inf. de perp. & tem. act. l. omnes 26. l. sciendum 58. de obl. & act. l. pœnalia 164. de reg. jur. l. 10. §. 2. & ibi Cost al. si quis caut. jud. sist.* Nam quoties principalis obligatio in hæredes debitoris transit, toties etiam fidejussoria transit in hæredes fidejussoris: at principali sublata evanescit & fidejussoria.

TEXTUS.

Si fidejussor præcedat, vel sequatur obligationem.

3. Fidejussor & præcedere obligationem & sequi potest.

COMMENTARIUS.

Et præcedere] Etiam futuræ obligationis fidejussor accipi potest, *l. 6. §. ult. hoc tit.* ita tamen, ut præcedens fidejussoris obligatio tum demum vires capiat, cum & principalis obligatio, cujus illa accessio est, constituta est. Interim vero in pendenti esse obligationem fidejussoris, sciendum est, *l. non quemadmodum 35. de judic.* Neque fidejussorem ante conveniri posse, quam reus debeat, *l. fidejussor 57. hoc tit.*

Et sequi potest] In quo differt fidejussor à mandatore. Nam qui post creditam pecuniam mandat eam credendam, non obligatur, nisi simul suo periculo debitori inducias petat solutionis, *l. 12. §. si post 14. mandat.* Item à pecuniæ constitutæ reo, qui non sequitur, *l. 1. §. 1. de pec. constit.*

TEXTUS.

De pluribus fidejussoribus.

4. Si plures sint fidejussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur. Itaque liberum est creditori, à quo velit, solidum petere. Sed ex epistola divi Hadriani compellitur creditor à singulis, qui modo solvendo sunt litis contestatæ tempore, partes petere. Ideoque si quis ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc cæteros onerat. Sed si ab uno fidejussore creditor totum consequutus fuerit, hujus solius detrimentum erit, si is, pro quo fidejussit, solvendo non sit: & sibi imputare debet, cum potuerit juvari ex epistola divi Hadriani, & desiderare, ut pro parte in se detur actio.

NOTÆ.

Ex epistola D. Hadriani] *l. 26. eod.* Beneficium hoc vulgo divisionis appellatur. Et cæteris quoque accessionibus datum est, *l. ult. C. de pec. const.*

Hujus solius detrimentum] Poterit quidem quod solvit, repetere à debitore actione mandati: sed à creditore partem repetere non potest, nec adversus confidejussores ullam actionem habet, extra quam si tunc cum solvit, actiones sibi cedi à creditore curaverit, aut ea lege solverit, ut postea cederentur, *l. 17. l. 36. l. 39. eod. l. 2. l. 11. l. 14. C. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Circa obligationem plurium fidejussorum nihil mutatum Nov. 99.*
2 *Beneficium divisionis quale sit, & quibus competat. Et num. 6.*
3 *Beneficium ordinis quale, & quid quibus tribuat: & alia remissive.*
4 *Beneficium ordinis non pertinere ad fidejussores judiciales, &c.*
5 *Obligationem plurium fidejussorum non dividi ipso jure, sed ope exceptionis: & quid inter hæc intersit.*
7 *Conditiones, sub quibus beneficium divisionis conceditur.*
8 *Quando opponi debeat exceptio divisionis, quando ordinis.*
9 *Quando locus exceptioni cedendarum actionum.*
10 *Renuntiatione superiora beneficia amitti.*

Plures fidejussores ejusdem rei aut pecuniæ, quæ debetur, singuli in solidum tenentur, sive id nomina- 1

minatim convenerit, sive non convenerit, *l. 3. C. hoc tit.* Neque hoc jus mutatum est *Nov. de reis promittendi. 99.* unde *auth. hoc ita, C. de duob. reis.* Recte enim vulgo recepta hæc sententia est, eam constitutionem, quæ de duobus reis est, ad fidejussores non pertinere. Nam cum plures rei promittendi ejusdem pecuniæ accipiuntur, dubitari potest, qua mente id fiat, utrum sicut solidum verbis, ita re quoque promisisse videantur; an obligationem pro numero personarum dividi existimaverint: cujus dubitationis causam sustulit Justinianus, cavens ne plures promittendi ejusdem pecuniæ aliter in solidum singuli obligentur, quam si nominatim id actum sit. At plurium fidejussorum obligatio nullam talem dubitationem habet. Quippe cum horum singuli promittant id, quod reus habet, & quantum debet. Debet autem solidum. Tenentur ergo plures fidejussores singuli in solidum, & in solidum singuli conveniri possunt.
2 Cæterum hoc beneficium epistola Hadriani Imperatoris illis tributum est, ut si quo tempore lis cum aliquo eorum contestatur, omnes solvendo sint, actio inter eos pro portionibus virilibus dividatur, *l. si plures 26. hoc tit. l. 3. C. eod.* Estque hoc, beneficium, quod vulgo *divisionis* appellatur: competitque non fidejussoribus tantum, sed cæteris quoque accessionibus, puta pluribus, quorum aut mandatu eadem pecunia credita est, aut qui pro alio idem se soluturos constituerunt, *l. ult. C. de pec. const.*
3 Vim beneficii mox latius explicabimus. Novissime & aliud beneficium fidejussoribus tributum constitutione Justiniani *Nov. 4. cap. 1.* unde *auth. præsente, C. hoc tit.* quod tale est, ut sive unus sive plures sint fidejussores, reus principalis prius conveniri atque excuti debeat, quam ad fidejussores perveniatur, nec ante cum his efficaciter agi possit, quam si suum creditor à debitore consequi nequeat. Id autem accidit duobus casibus, si vel absit reus, vel non sit solvendo. Cæterum placet nihilominus priore casu fidejussori postulanti spatium temporis à judice dari, intra quod reum absentem evocet: eo vero spatio elapso, si non venerit reus, lis contra fidejussorem peragitur. Posteriore casu si reus præsens sit, aut evocatus venerit, tum si is solvendo non erit, quatenus solvendo non est fidejussor recte convenitur. Verum cum de eo prius constare debeat, reus ipse primum conveniendus & condemnandus est; deinde facultates ejus excutiendæ, bonaque, quæ erant, vendenda sunt. Hæc Justinian. *d. Nov. 4. cap. 1.* Quod si debitor notorie non sit solvendo, excussio non est necessaria, secundum *Mynſ. cent. 2. obſ. 15. Gail. 2. obſ. 127. n. 14. Menoch. consil. 662. num. 20. Vasq. illust. quæst. p. 1. c. 40. num. 2.* Ubi communem dicit. Beneficium autem hoc humanitatis causa, ut superius, fidejussoribus, item reliquis accessionibus datum, contra conditionem obligationis jurisque veteris constitutionem, quo jure liberum fuisse creditori constat, omisso principali reo fidejussorem convenire, *l. 3. l. 5. Cod. h. t.* Appellatur hoc beneficium alias *ordinis*, alias *excussionis*. Ordinis, propter ordinem conveniendi: excussionis, quia bona rei excutiuntur, ut sciatur, an solvendo sit, nec ne. An huic beneficio locus sit in foro mercatorio, vid. *Fachin. 8. cent. 53. Ant. Fab. C. suo, hoc tit. defin. 3.* Suprema apud nos Curia aliquando censuit, non esse, *decis. 13.* An ei competat, qui fidejubendo simul se debitorem principalem constituit, *Gail. d. lib. 2. obſ. 28. Schneid. ad hunc §. num. 11. Christin. Vol. 5. decis. 214. num. 46.* Illud constat, fidejussores 4
judicio sisti, & judicatum solvi, exceptionem ordinis non habere: quippe hujusmodi stipulatione ex auctoritate prætoris interponuntur, ut judicium ratum sit, *l. 1. de stip. præt.* contra cujus mentem foret, differri executionem judicati, *arg. l. in conventionalibus 52. de verb. obl. Ant. Fab. C. suo, defin. 5. hoc tit. Christin. Vol. 4. decis. 145. n. 7. & Vol. 4. decis. 179. n. 25.* Sed nec ille, qui pro naturaliter tantum obligato intervenit, hoc beneficio uti poterit. *Gail. d. obſ. 27. num. 20.* Consule porro de beneficio ordinis *DD. in auth. præsente, C. hoc tit. Gomez. 2. resol. 13. n. 14. Gail. 2. obſ. 27. & seq. Hering. de fidejuss. c. 27. part. 1. Christin. Vol. 5. decis. 2. n. 14.*

Compellitur creditor à singulis] Etiamsi in fidejussoribus accipiendis convenerit, ut singuli in solidum tenerentur. Quippe hæc conventio conditionem juris & constitutionem non mutat, postquam jure hoc fiat, ut inter fidejussores actio dividatur, *l. 3. in fin. C. hoc tit.* secundum quod Parisiis judicatum refert Papon. *lib. 10. tit. 4. arrest. 23.* Cæterum in hac divisione hoc primum notandum est, di- 5
vidi obligationem inter plures fidejussores non ipso jure, sed per exceptionem duntaxat, *l. inter 26. eod.* Inter quæ multum interest. Nam si ipso jure obligatio divisa esset, id est, si singuli partes tantum viriles ipso jure deberent, in solidum nemo eorum conveniri posset, quantumvis forte aliqui non essent idonei. Quin etsi quis solidum solvisset, partem condicere, tanquam plus debito solutum, non prohiberetur: quod utrumque secus se habere, ostendit hic locus & *d. l. inter, l. si testamento 49. §. 1. in fin. eod.* Deinde non aliter pluribus fidejussoribus auxilium 6
divisionis indulgeri, quam si confidejussores sint; id est, si ut ejusdem summæ, ita ejusdem quoque debitoris sint fidejussores: inter plures diversorum debitorum, licet ejusdem summæ, fidejussores actionem non dividi *l. si à Titio 43. l. si plures 27. §. ult. eod.* Postremo hoc beneficium pluribus fidejussoribus eorum creditorum tantum dari, qui ipsi conventione sua plures fidejussores acceperunt; pluribus fide-

dejussoribus tutorum aut curatorum non competere *l. ult. rem pup. salv. for.* ubi & ratio additur.

7 *Solvendo sunt litis contestatæ tempore*] Duæ sunt conditiones, sub quibus beneficium divisionis fidejussoribus datur. Una est, si fidejussores non negent, se fidejussores esse. Inficiantibus auxilium divisionis dari non placuit, *l. 10. §. 1. hoc tit.* Altera, cujus hic fit mentio, est, si omnes fidejussores idonei, hoc est, solvendo sint, quo tempore lis contestatur, *hoc text. l. inter 51. §. 1. eod.* Quod placet, in hac re spectari tempus litis contestatæ, id eo pertinet, primum ut sciamus, si quis è fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, licet antea solvendo fuerit, id cæteris, qui solvendo sunt, non prodesse, sed, ut in textu dicitur, cæteros onerare. Deinde si omnes proponantur tempore litis contestatæ solvendo fuisse, & postea aliqui minus idonei esse cœperint, quamvis ante sententiam, eam rem ad onus ejus, qui solvendo est, non pertinere, *d. l. inter 51. §. pen.* Illud

8 hic quæsitum est, quando exceptio divisionis opponenda sit, postulandumque, ut actio dividatur. Sed expresse rescriptum ab Alexandro est, id postulari solere ante condemnationem, *l. 10. §. 1. C. hoc tit.* Quo loco manifeste & illi refelluntur, qui negant, hanc exceptionem posse objici post litem contestatam, & qui ajunt, opponi posse etiam post sententiam, *vid. Solic. in d. l. 10. §. 1. n. 5. Sichard. n. 10. & seqq. Don. n. 2. & seqq.* Ordinis vero & excussionis exceptio cum sit dilatoria, ante litem contestatam opponenda est, *vid. Ant. Fabr. C. suo hoc tit. defin.* 38. *Fachin. 8. contr. 52. Christin. vol. 5. decis. 214. & ibi citat.* Dissentit tamen *Gail. 2. obs. 27. n. 3.* contendens, opponi eam posse usque ad conclusionem in causa: quanquam fateatur, omissam ex officio à judice suppleri non posse, *add. D. Jo. à Sande lib. 1. rer. jud. tit. 7. defin. 2.*

Si ab uno fidejussore creditor totum &c.] Si unus ex pluribus fidejussoribus omissa exceptione beneficii divisionis solidum solverit, is quidem à debitore, quod solvit, actione mandati repetere potest, §. *si quis 6. inf. eod.* Cæterum si debitor solvendo non sit, sibi imputet, quod beneficio usus non fit: neque enim vel à creditore partem repetere potest, quia solidum ipso jure debuit, & humanitatem beneficii contempsit: neque ullam actionem habet adversus confidejussores: denique nec pignora persequi potest, quæ creditori obligata erant, *l. ut fidejussor. 39. hoc tit. l. 11. Cod. eod.* Plane potest fidejussor con-

9 ventus desiderare, ut à creditore sibi cedantur actiones adversus confidejussores & possessores pignorum; sed tunc, cum solvit, aut si ea lege solverit, ut sibi postea cedantur. Semel autem pecunia soluta, si in solvendo de cedendis actionibus nihil cautum sit, agere, ut cedantur, non potest, *l. fidejussoribus 17. l. cum is 36. l. ut fidejussor. 39. hoc tit. l. 2. l. 11. l. mandati. 14. C. eod. l. Modestinus 76. de solut.* Quanquam sunt, qui & post solutionem cessionem recte fieri volunt; & ita fere nunc obtinere. *Sande de act. cess. c. 7. n. 11. & seq. Groenew. de ll. abrog. ad d. l. 11. C. hoc tit.* Dissimilis est causa mandatoris, quem etiam postquam solvit, placet agere posse adversus creditorem, ut sibi actiones suas cedat adversus debitorem & cæteros ejusdem obligationis reos, *l. Papin. 28. mand.* quippe mandator mandati actionem habet adversus creditorem, fidejussor non habet. Quod autem tutori, qui solvit, adversus contutores pro eorum parte utilis actio datur, id singulariter in tutoribus constitutum est favore pupillorum, *l. 1. §. & si forte 13. de tut. & rat. distr.* ac proinde non est producendum ad consequentiam. Enimvero exceptio cedendarum actionum etiam postquam unus ex fidejussoribus in solidum condemnatus est, ab eo opponi potest, *l. si fidejussores 41. §. 1. hoc tit.* quod ideo receptum, quia hæc exceptio non oppugnat sententiam, neque minuit jus victoris. *Sichard. ad l. 10. C. hoc tit. n. ult.* De exceptione hujus beneficii vide citatos apud *Christin. vol. 4. decis. 179. n. 10. & seqq. vol. 5. decis. 214. n. 51. & seq.* Illud postremo sciendum est, hæc fidejussorum beneficia, ut alia omnia, jure ita tributa esse, nisi his fidejussores expresse renuntiaverint: renuntiando, ut fere hodie fit, amitti. Licet enim unicuique juri pro se introducto renuntiare, *l. pen. C. de pact.* Hinc cautio con- 10
sultorum creditorum usitata notariis in instrumentis fidejussionis, ut qui fidejussores accipiuntur, renuntient beneficiis ordinis, excussionis & divisionis, quo liberum sit creditori, quem velit, & quatenus velit, convenire.

TEXTUS.

In quam summam obligatur fidejussor.

5. Fidejussores ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is, pro quo obligantur. Nam eorum obligatio, accessio est principalis obligationis: nec plus in accessione potest esse, quam in principali re. At ex diverso, ut minus debeant, obligari possunt. Itaque si reus decem aureos promiserit, fidejussor in quinque recte obligatur: contra vero obligari non potest. Item si ille pure promiserit, fidejussor sub conditione promittere potest:

est: contra vero non potest. Non solum autem in quantitate, sed etiam in tempore minus aut plus intelligitur. Plus enim est, statim aliquid dare: minus est, post tempus dare.

NOTA.

UT MINUS DEBEANT, OBLIGARI POSSUNT] Vel minorem summam, quam quæ debetur à reo principali, vel alias in causam leviorem, *dict. l. 8. §. 7. & seqq. l. 34. hoc tit. cum simil.*

COMMENTARIUS.

1 *Fidejussorem arctius, quam reum principalem, obligari posse; durius non posse.*
2 *Acceptum in majorem quantitatem, quamqua debetur, ne in debitam quidem obligari.*
3 *Transpositione Haloandri in l. 8. §. illud, hoc tit. everti sententiam Ulpiani, falsamque effici ejus definitionem.*
4 *Explicatur l. rogatus 33. mandat.*
5 *Constituti & fidejussionis quam dissimilis sit ratio.*
6 *Removetur obstaculum ex l. 1. §. si stipulanti, de verb. obl.*
7 *Media Bachovii sententia non improbabilis, & quid hodie ad quæstionem propositam respondendum.*

1 CUm fidejussores accipiantur firmandæ principalis obligationis causa, nihil prohibet, quominus efficacius obligentur, fortiorique vinculo constringantur, quam reus principalis, veluti per instrumentum garantigiatum seu paratæ executionis, per hypothecam, per jusjurandum, per pœnæ adjectionem, cum reus obligatus est simpliciter *Jo. Fab. hic. Gomez 2. resol. 13. num. 2.* adeoque pro eo, qui naturaliter tantum obligatus est, fidejussorem recte intervenire placet quamvis hoc casu cum solo fidejussore judicio agi possit, cum reo non possit, *§. 1. sup. eod.* In causam vero duriorem accipi non potest, id est, ita accipi, ut fidejussor vel re, vel tempore aut causa plus debeat, quam reus principalis, *hoc text. l. 8. §. illud 7. eod.* quod DD. non ineleganter sic breviter exprimunt: *Fidejussor intensive obligari potest, extensive non potest.* Cæterum de illo non satis inter interpretes convenit, utrum fidejussor in majorem summam acceptus, quam debet reus principalis, prorsus non obligetur, an saltem obligetur in summam concurrentem. Glossa & Bart. in *d. l. 8. § illud.* omnesque fere interpretes veteres sentiunt, fidejussorem ita acceptum plane non obligari: quorum sententiam sequuntur & defendunt *Connan. 6. comm. 6. Hotom. Bachov. in hunc §. Fachin. 8. controv. 51. Gœdd. c. 4. de contr. stip. concl. 4. n. 65. & seqq. Tima. Fab. disp. 23.* Ad major pars neotericorum & ex veteribus Petrus & Cynus, contra differunt, atque in proposito fidejussorem obligari volunt saltem usque ad debitam quantitatem. *Cantiunc. Baro, Mynf. Wesemb. Gifan. hic. Gomez. 2. resol. 13. n. 2. Duar. ad tit. de fidejuss. c. 3. Vasq. 1. illust. q. 40 Bronch. 4. cent. 53. Hering. de fidejuss. c. 24. n. 52. & seqq.* quibus etiam accedit *Diod. Tulden. comm. hic c. 2.* Prior sententia de jure mihi verior videtur. Sic enim in universum de 2
his, qui pro aliis fidejubendo interveniunt, definit Ulpianus *d. l. 8. §. illud, hoc tit.* eos, si in duriorem causam adhibiti fuerint, *omnino non obligari*, ut habent Codices vulgati omnes, & ipsum exemplar Florentinum. Latinis autem *omnino non* idem valet, quod *neutiquam, plane, prorsus, penitus non*: nisi cavillamur. Neque alio sensu à nostris usurpatur, ipsove Ulpiano, *l. si non sortem 26. §. indebitum 3. de cond. ind. l. 3. §. 2. in fin. de adm. tut. l. 4. §. sed enim 3. rem pup. salv. for.* Quod si cum Haloandro pro *omnino non* restituas, *non omnino*; aut *omnino non*, dictum putes, pro *non omnino*; quasi dixisset Jurisconsultus, fidejussorem in duriorem causam acceptam teneri in eo tantum & quatenus reus ipse obligatus est; evertitur sententia illius loci, quæ generalis est; falsaque efficitur Jurisconsulti definitio in fidejussoribus omnibus in duriorem causam acceptis extra casum propositum. Nam certum utique est, fidejussores plane non obligari, qui in duriorem causam accipiuntur, extra quam si in majorem summam accepti fuerint, puta si pure spoponderint, quod reus sub conditione aut in diem debebat, vel si pure reus interrogatus fidejussor cum adjectione loci acceptus sit, sive quid aliud adjectum, quo conditio fidejussoris deterior fiat. Neque enim alia ratio est, cur Jurisconsulti passim tam solicite quærant, an & quando fidejussor in duriorem causam adhibitus videatur, quam quod eo casu, quo ita acceptus est, prorsus non obligetur; uti & simpliciter ubique respondent, eum non obligari, *d. l. 8. §. illud, cum seqq. l. 16. §. 1. l. hi qui 34. l. si testamento 49 §. 2. l. si à reo 70. §. 1. & c. hoc tit.* Accedit, quod Justinianus hoc loco omnes istas species cum ea, de qua quæritur, comparat, & eodem jure censere videtur: maxime vero quod responsum est, fidejussorem in duriorem causam acceptum contra juris formam acceptum intelligi, *d. l. si testamento, in fin.* ut proinde nulla in parte fidejussio, quacunque ratione deterior illa sit obligatione principali, valere possit. Nihil admodum pro contraria 4
sententia facit *l. rogatus 33. mand.* Nam ut recte *Gloss. & Bart. in d. l. 8. §. illud.* Respondent, non

quæritur

quæritur illo loco, an & quatenus creditori obligetur fidejussor acceptus in majorem summam, quam reus principalis debebat; sed an & quatenus actionem mandati habeat, qui in majorem summam, quam rogatus erat, fidejussit, propterea quod videri potest fines mandati excessisse, de quo in §. *is qui, inf. de mandat.* neque ullum in *d. l. rogatus.* Verbum proponitur, ex quo colligere possis, in ampliorem summam, quam quæ debebatur, mandatarium intervenisse. Sed & responderi potest, dissimilem esse causam fidejussoris, qui præcedit obligationem, de quo in *d. l. rogatus*, agitur, & ejus, qui post constitutam obligationem intervenit. Nam antecedens fidejussio in suspenso est, eamque interpretatur & pro arbitrio limitat subsequens obligatio, sic ut ad illam quidem nihil possit addere, detrahere autem de ea aliquid aut deminuere valeat. Est enim præcedens fidejussio mandato non absimilis, in quo hoc evenit, ut si verbi causa mandaverim tibi, ut ducenta crederes Titio, & tu centum tantum credideris saltem in id, quod numeratum est, actionem mandati adversus me habeas, eo quod nihil à te factum est contra legem mandati, cum feceris conditionem meam meliorem, *l. si ultra 22. C. mand. & ibi Salic. de fidejuss.* Non obstat *l.*
5 *hactenus 11. §. 1. de pec. const.* Nam in constituto nuda tantum æquitas spectatur, multaque in eo admissa sunt, quæ fidejussoris obligatio respuit; veluti quod necesse non est, eum, cui constituitur, creditorem esse, *l. 5. §. 2. d. tit.* quod aliud, quam quod debetur, constitui potest; & quod debetur, constitui in citeriorem diem, *l. 1. §. an potest 5. l. 4. eod.* quorum nihil admittit fidejussio, *d. l. 8. §. illud & seq. l. 16. pr. l. si ita 42. hoc tit.* Unde apparet, à constituto ad fidejussionem firmum argumentum duci non pos-
6 se. Illud majoris momenti est, quod in majori summa vi ipsa & potestate inesse & minor intelligitur, *l. 1. §. si stipulanti 4. l. inter 83. §. 3. de verb obl.* & quod ob hanc causam placet, si quis de decem interrogatus viginti respondeat, obligationem saltem in decem contractam esse; quia scilicet hactenus congruenter interrogationi responsum sit, *d. l. 1. §. 4.* Jam vero si majore summa promissa, pro ea quantitate, quæ in interrogationem deducta est, utilis est stipulatio principalis, quasi hactenus apte responsum sit, nulla ratio dari posse videtur, cur ob eandem causam in totum vitiari debeat accessoria fidejussoris Resp. Non ideo dicimus in totum vitiari obligationem fidejussoris majorem summam stipulanti creditori promittentis, quam reus debet, quia in totum ad interrogationem creditoris non apte respondet: sed quia durius eum creditor obligari voluit, contra naturam obligationis fidejussoriæ, quæ pro forma quodammodo requirit, ut ne durius obligetur fidejussor, quam principalis reus, *l. si testamento 49. in fin. hoc tit.* D. Bachov. existimat interesse, utrum creditor 7
majorem summam à fidejussore stipulatus sit, quam reus debebat, an eandem, & fidejussor majorem promiserit; veluti si cum decem reus revera deberet, creditor quoque non amplius, quam decem, stipulatus sit à fidejussore, & is viginti fide sua esse jusserit: illo casu in totum vitiari fidejussionem, quoniam aliter & durius fidejussorem adstringere creditor voluit; hoc casu consistere pro quantitate debita. Quæ sententia rationem habet: quoniam cum creditor nihil amplius à fidejussore stipulatur, quam quantum reus debet, non potest proprie dici, fidejussorem adhibitum esse in duriorem causam. Plane nunc in consulendo & judicando sequerer sententiam posteriorem; non ob id solum, quam eam æquitas commendat; sed quia pactorum & stipulationum jura confusa sunt, hodieque tam nudo pacto, quam stipulatione fidejussor constitui potest, ut nulla plane nunc sit stipulationis & constituti differentia. *Gomez. 1. var. resol. cap. 13. n. 2. Autumn. confer. du droict. hic.*

Accessio est principalis obligationis] Hinc fit, ut & ab initio nulla sit fidejussio, si nulla subsit obligatio principalis, & ut sublata obligatione principali tollatur & accessoria fidejussoris, & ex communi scilicet natura omnium accessionum, *l. in omnibus 43. de solut. l. novatione 15. de novat. l. cum principalis 178. de reg jur.* Deinde etiam hoc, quod hic docemur, ut etiamsi subsit aliqua obligatio principalis, fidejussor tamen accipi non possit in plus, quam principali obligatione continetur: siquidem quod amplius foret in obligatione fidejussoris, id esset accessio sine principali.

Nec plus in accessione] Si hoc axioma restringamus ad subjectam materiam, id est, ad obligationem accessoriam, verum est in universum in iis, qui pro aliis obligantur. At extra hanc causam nihil impedit, quominus plus pretii sit in accessione, quam in principali re, §. *si tamen 26. sup. de rer. div. l. cum aurum 19. §. pervenıamus 13. & seqq. de aur. arg. leg. l. si in emptione 34. de contr. empt.*

Ut minus debeant, obligari possunt] Fidejussor in leviorem causam obligari potest, veluti in minorem summam, quam ea sit, quæ debetur; aut pro reo pure accepto, ex die vel sub conditione, *d. l. 8. §. illud, hoc tit.* aut si qua alia ratione levior fiat conditio fidejussoris. Exempla in *d. l. 8. §. antepen. & pen. l. hi qui 34. eod.*

Non solum in quantitate] Plus non ex quantitate æstimatur, sed etiam ex tempore; item ex loco adjecto & causa: quod pluribus atque ex professo explicatur, §. *si quis agens 33. inf. de actionib.*

TEXTUS

TEXTUS.
De actione fidejussoris.

6. Si quid autem fidejussor pro reo solverit, ejus recuperandi causa babet cum eo mandati judicium.

NOTA.

6. MANDATI JUDICIUM] *l.10.§.11.mand.* nempe si mandatum vel expresse vel tacite intervenerit: alias negotiorum gestorum, veluti si pro absente fidejussit, *l.6.§.2.l.18.l.20.§.1.d.t,l.6.C.eod.*

COMMENTARIUS.

Fidejussor ejus nomine, quod pro reo solvit, mandati actionem cum eo habet, *l.10.§.fidejussores 11. mandat.* Sed enim hoc ita, si præcesserit mandatum, id est, si rogatus à reo sit, ut fidejuberet, *l. ex mandato 20. §.1.d.tit.* aut cum reus præsens esset, passus sit pro se fidejuberi, vel mandari ab alio, ut sibi credatur. Nam & is, qui præsens hoc fieri patitur, mandare intelligitur, *l.6.§.2.l.qui patitur 18. mandat. l.6. C.eod.* Quod si vero pro reo absente quis fidejusserit, ei non potest competere actio mandati: sed si ut negotium gerens intercesserit, negotiorum gestorum dabitur, *d.l.6. §.2. d.l. ex mandato, §.1. eod.* Itaque fidejussor nunc mandati, nunc negotiorum gestorum actionem habet, *l.4. hoc tit.* Quid si pro invito aut vetante donandive animo intervenerit? Placet, hoc casu ne utilem quidem actionem ei dari, *d.l.6.§.2.l.si pro te 40. mandati.*

TEXTUS.
Si fidejussor Græce accipiatur.

7. Græce etiam fidejussor ita accipitur, τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω ἐγώ. *Sed & si dixerit,* Θέλω, *sive* βούλομαι, *sed &,* φημὶ, *pro eo erit, ac si dixerit,* λέγω.

COMMENTARIUS.

Etiam Græce fidejussor accipi potest, postquam placuit non minus Græca aliave qualibet lingua, quam Latina, stipulationem recte fieri, *§.1.supr. de Verb. obl. l.1. §.ult. eod.* Descriptus hic §. est ex *l.8. pr. hoc. tit.* ubi concinnius sic legitur; *Græce fidejussor ita accipitur,* τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω, λέγω, θέλω, *sive* βούλομαι, *sed & si* φημὶ *dixerit, pro eo erit, ac si dixerit,* λέγω. Atque ita etiam hic locus restituendus videtur. Sanè τὸ λέγω præcessisse, arguit subsequens interpretatio τοῦ φημὶ per idem verbum λέγω.

TEXTUS.
Si scriptum sit, aliquem fidejussisse.

8. In stipulationibus fidejussorum sciendum est, hoc generaliter accipi, ut quodcumque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum. Ideoque constat, si quis scripserit se fidejussisse, videri omnia solemniter acta.

NOTA.

8. VIDERI SOLEMNITER ACTA] *l.30. de Verb. obl.* nempe partes præsentes fuisse, & stipulationem ritè interpositam, citra quam fidejussor non constituitur, *l.5. §.3. d.t, l.12. C.h.t.* fac. §. *11. & 16. tit. præc.*

COMMENTARIUS.

Cum fidejussisse aliquem scriptum est, omnia ritè acta creduntur, *l. sciendum 30. de Verb. obl.* nimirum ut pro instrumento præsumtio est, verum esse, quod in eo scriptum est: *§. item Verborum 11. sup. tit. præced.* ita etiam si de re aliqua, ad cujus substantiam certæ solemnitates jure requiruntur, scriptum sit eam intervenisse, etsi expressum non sit solemnitates istas esse adhibitas; tamen omnia solemniter acta esse intelliguntur; veluti si scriptum sit promisisse aliquem, creditor is ad interrogationem præcedentem respondisse, *§. si scriptum 16, tit. præc.* Eademque ratione si scriptum fuerit, fidejussisse aliquem, præsumitur id factum adhibita à creditore præsente stipulatione; quoniam de essentia fidejussionis hoc est, ut stipulatio interveniat, *l.5. §. sat is 3. de Verb. obl.l.12.C.hoc tit.*

TITULUS XXII.
C. lib. 4. t. 30.
De literarum obligationibus.

TEXTUS.

Olim scriptura fiebat obligatio, quæ nominibus fieri dicebatur: quæ nomina hodie non sunt in usu. Planè, si quis debere se scripserit, quod sibi numeratum non est,

est, de pecunia minimè numerata, post multum temporis, exceptionem opponere non potest. Hoc enim sæpissimè constitutum est. Sic fit, ut & hodie, dum quæri non potest, scriptura obligetur, & ex ea nascatur condictio, cessante scilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat: sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coarctatum est, ut ultra biennii metas hujusmodi exceptio minimè extendatur.

NOTÆ.

QUÆ NOMINIBUS FIERI DICEBATUR] Nomen faciebat creditor, qui in tabulas suas accepti & expensi nomen illius, cui pecuniam dabat mutuam, perscribebat. Id fiebat præsente debitore, qui & ipse quoque in suas tabulas referebat, quod deberet: quæ tabulæ prolatæ in judicio fidem faciebant debiti. Cic. *pro Rosc. Comœd.* Salmas. *de usur. c. 6. & ad jus Attic. c. 29.*

NON SUNT IN USU] Nam posterior ætas syngraphis uti cœpit, id est, cautionibus utriusque contrahentis manu subscriptis. Hotom.

POST MULTUM TEMPORIS] Post quinquennium, hodie post biennium, ut infra.

DUM QUERI NON POTEST] Vel conventus excipere de pecunia non numerata, *l. 8. & 2. seqq. l. 14. C. de non num. pec.*

PER CONSTITUTIONEM NOSTRAM] *d. l. 14. C. de non num. pec.*

UT ULTRA BIENNII METAS] Intra biennium autem tria remedia ad retractandam confessionem prodita: condictio cautionis sive chirographi, *l. 7. C. eod. l. ult. C. de cond. ex leg.* querela seu denuntiatio aut protestatio de non facta numeratione, *l. 8. l. 9. C. de non num. pec.* quam in scriptis fieri oportet, ut exceptionem perpetuam debitor consequatur, *d. l. 14. §. ult. auth. seq.* exceptio non numeratæ pecuniæ adversus creditorem intra biennium agentem, *l. 3. l. 5. d. l. 8. d. l. 14. C. eod.* quæ præter naturam aliarum onus probandi transfert in creditorem, *l. 3. l. 10. C. eod.* ubi ratio. Exacto autem biennio confessus, qui beneficio juris non est, necessitate solvendi adstringitur, *d. l. 8. d. l. 14.*

COMMENTARIUS.

1 *Cautiones & confessiones debiti inutiles.*
2 *Quæ cautiones ad probationem tantum valeant.*
3 *Cautionem pecuniæ creditæ post biennium valere ad obligationem, ante ne ad probationem quidem.*
4 *Remedia ad cautionem intra biennium retractanda: & cur excipiens de pecunia non numerata levetur probatione.*
5 *Rectene obligatio hic proposita dicatur literarum, cum veteres eam numeraverint inter eas, quæ re contrahuntur: & alia quædam.*
6 *Obligationem, quæ nominibus fieri dicebatur, obsolevisse: qualis illa? & alia quædam.*
7 *Confessum post biennium ita scriptura obligari, ut etiamsi postea probare velit pecuniam sibi numeratam non esse, non audiatur.*
8 *Quibus argumentis Bartolus & DD. vulgo adducti dissentiant.*
9 *Confirmatio prioris opinionis.*
10 *Confutantur argumenta in contrarium prolata.*
11 *A quo tempore biennium currere incipiat: & alia notabilia.*
12 *Usus circa hanc exceptionem hodiernus.*

INterdum literæ ad conventionem accedentes obligationem pariunt, quæ species obligationis tertio loco posita est in divisione earum, quæ nascuntur ex contractu, §. *ult. sup. de oblig.* Literarum obligatio est, cum quis scripto alteri mutuo consensu tradito confessus est, se ab eo certam summam mutuam accepisse, quam non accepit, nec intra biennium confessionem retractavit. Ut res hæc perfectius intelligatur, partes definitionis evolvemus. Exigimus, ut quis scripto confessus sit: 1
remotis literis huic obligationi non est locus: quippe quæ alioqui non rectè diceretur literarum. Cæterum nihil refert, utrum quis chirographo confessus sit, an alio instrumento professionem debiti continente, etiamsi id à tabulario confectum sit. *Gloss. in l. 3. C. de non num. pecun. Sichard. ibid. num. 8. Don. n. 12.* cautio passim à nostris & præsertim in hoc argumento dicitur, *l. 1. & 3. seqq. l. 8. C. d. tit. l. emptor. 47. §. ult. de pact.* Exigimus ut scriptum mutuo consensu traditum sit creditori: nam sine conventione nulla ex contractu obligatio, *l. 1. §. 3. de pact.* Exigimus professionem debiti, non cujusvis, sed mutui accepti: quod ut facilius intelligi possit, sciendum est, non cujuslibet chirographi aut cautionis hanc vim esse,

esse, ut confitentem obliget: sunt enim quædam cautiones & confessiones debiti planè inutiles, quales sunt, quæ causam debendi non continent; quas indiscretas vocant, cum scilicet quis confessus est se debere nulla nominatim expressa causa propter quam debeatur, *l. cum de indebito. 25. in fin. de prob. l. generaliter. 13. C. de non num. pec. C. si cautio. x. de fid. instr. vid. D. Andr. Gail. 2. obs. 13. Damhoud. prax. civil. c. 175. num. 14.* ubi notat, in emporiis inter mercatores ex consuetudine etiam ex obligatione non causata jus reddi solere, *add. Groenew. d. ll. abrog. ad l. 25. §. ultim. de probat.* Cæteræ, quæ certam debendi causam continent, utiles quidem sunt, sed non omnium una est vis idemque effectus. Etenim harum quædam ad probationem tantum & fidem rei gestæ valent, ad obligationem nunquam: quædam vim habent obligationis, nunquam probationis solius.

2 Ad solam probationem valent confessiones debiti omnes, quæ non sunt de pecunia mutua. Placet hasce scripturas valere ad probationem: & merito placet, cum nihil æquius sit, quam unumquemque proprio testimonio acquiescere, confessumq; stare suæ confessioni, *d. l. cum de indebito, in fin. de probat. d. l. generaliter. C. de non numer. pec. l. 11. §. 1. de interrogat. in jur. fac.* Sed enim probationem tantum habent, obligationem nunquam inducunt: argumento est, quod confessus ex chirographo suo conventus contra confessionem suam venire potest: placetque audiendum esse, si (quæ facultas nullis terminis definitur) paratus sit ostendere, se falso confessum, inque eam rem proferat idonea instrumenta: nam testes in hac probationis specie visum est admitti non debere, propter metum falsi, *d. l. cum de indebito, & d. l. generaliter.*

3 Sola cautio & confessio pecuniæ creditæ & numeratæ obligationem inducit; contra vero ad probationem solam nunquam valet, ut ex iis, quæ sequuntur, perspicuum fiet. Pecuniæ autem appellatione etiam cæteras res intelligimus, in quibus mutuum consistit, *l. in contractibus 14. princ. C. de non num. pec.* Postremo exigimus, ut cautio emissa silentio biennii confirmata sit: non enim continuo, ut quis scripto confessus est, se pecuniam mutuam accepisse aut sibi numeratam esse, literis obligatur: sed cautio intra biennium, ex quo emissa est, ne ad probationem quidem, nedum ad obligationem valet, *l. 3. l. 10. C. d. tit.*

4 At si intra id tempus confessionem non retractaverit, jam in eam summam, quam confessus est, planè obligatur, *hoc text.* & passim, *d. tit. C. de non num. pec.* Remedia ad retractandam intra biennium confessionem tria confitenti sunt prodita. 1. conditio sine causa, aut ob causam dati, causa non secuta ad repetitionem, chirographi, *l. 7. C. d. tit. l. ult. C. de cond. ex. leg. 2.* querela seu denuntiatio & protestatio de numeratione non facta: quæ denuntiatio scripto facienda, ut exinde exceptionem perpetuam debitor consequatur, *l. 8. & seq. l. in contractibus 14. §. ultim & auth. seq. C. de non num. pec. 3.* exceptio non numeratæ pecuniæ adversus creditorem intra biennium agentem, *l. 3. l. 5. l. 8. C. eod.* quæ exceptio præter naturam aliarum omnium onus probandi transfert in creditorem, *d. l. 3.* Ratio differentiæ significatur in *l. 10. C. eod.* quod facultate negandi reo concessâ non debuerit ab eo exigi probatio, propterea quod negatio facti per rerum naturam directo probari non potest, *l. actor. 23. C. de probat.* Ad quam rationem accedit præsumptio pro confitente, ducta ex eo, quod frequenter accidit, scilicet cautionem expositam fuisse ante numerationem: cujusmodi præsumptio in cæteris causis cessat: quippe cautiones pecuniæ numeratæ & chirographa plerumque traduntur ante factam numerationem: & spe numerationis futuræ, qua ne frustrentur, qui pecunia indigent, nihil non facere solent ad nutum creditoris, *Rebuff. ad constit. reg. de chirogr. & cedul. art. 2. num. 18. Christin. vol. 7. decis. 37. num. 1.* Adjuncta est exceptioni non numeratæ pecuniæ generalis exceptio doli mali, *l. 3. C. de non num. pec.* vel in factum detracta doli mentione, *l. 9. C. eod.* atque his remediis confessum uti posse etiam adversus instrumentum garentigiatum, censet *Gomez. 2. resol. 6. n. 3.* quamvis in contrarium proclivior sit Christin. *d. decis. n. 13.* Exacto vero biennio convertitur vis cautionis in contrarium, omninoque confessus, qui beneficio juris usus non est, necessitate solvendi adstringitur, *hoc text. l. 8. l. 14. C. d. tit.* 5

Hæc ergo obligatio rectè dicitur literarum, seu ex literis nasci, siquidem post biennium non amplius quæritur, an pecunia confessa numerata sit, nec ne: sed scriptura auctoritate juris pro veritate habetur, sicut res judicata & jusjurandum, ut non tantum probet, sed etiam obliget confitentem. Planè veteres nullam literarum seu scripturæ, ut causæ alicujus obligationis, mentionem faciunt, ac ne iis quidem locis, ubi ex professo causas & genera obligationis recensent, *l. 1. §. 3. de pact. l. 1. §. 1. l. obligamur. 52. de oblig. & act. l. 8. §. 1. de fidejuss. l. 1. de novat.* sed opinor, eos hanc obligationem retulisse inter eas, quæ ex re nascuntur, propterea quod qui ex ea agit, pecuniam quasi creditam petit, & condicit tanquam ex mutuo, *l. 5. C. de non num. pec. & hoc text.* Rectius autem ex literis hæc obligatio esse dicitur: nam etsi in cautione adjicitur causa, nempe mutui accepti, & pecunia quasi credita petitur; tamen re nequit dici quis obligatus, nisi quatenus ei numeratum est, *l. 2. §. 3. l. 11. §. 1. de rebus cred.* ut proinde & quoniam nulla alia subest causa obligationis præter literas seu scripturam emissam, rectè dicatur literis obligatus:

neque enim si sine scriptura confessus esset, similiter obligaretur. *Donell. ad d. l. 8. num. 34. C. de non num. pec. Gudelin. lib. 2. de jure novissim. cap. 6.* Caveat autem quisque, ne temere inficietur chirographum suũ aut numerationem cõfessam: nam mendacii convicto pœnam dupli & amissionis cæterarum defensionum novissima Justiniani constitutio imponit; *auth. contra qui C. d. tit.* Nititur hæc obligatio civili quadem æquitate, quæ boni publici finem, ac judiciorum expediendorum facilitatem maximè spectat: eademque ferè ratione defenditur, qua usucapio & præscriptiones temporales, *l. 1. de usuc. l. ultim. pro suo l. 1. l. 3. C. de annal. except.*

6 *Quæ nominibus fieri dicebatur*] Romæ olim moris fuit, ut unusquisque paterfam. tabulas domi haberet, in quibus quicquid per singulos dies vel acciperet vel expenderet, perscribebat, ut Cicero in ea pro Cluent. demonstrat. De harum tabularum fide censores quinto quoque anno cives ad jusjurandum adigebant: teste *Dionys. Halicarn. lib. 4.* Atque hinc fidem in judiciis facere solebant, ut ex oratione pro Q. Roscio ostendit Hotomannus. Asconius autem Pædianus in *Verrin. 3.* scribit, nomina in tabulis dici consuesse titulos seu articulos debitorum. Itaque nominibus obligatio contrahebatur, cum in tabulis perscribebatur, aliquem alicui certam pecuniam debere: neque aliud erat nomina facere, quam in tabulas referre, aliquid alicui deberi, quod tunc fiebat, cum pecunia præsens non numerabatur. Atque hinc est, quod obligationes seu debita appellantur nomina. Referri autem solebat non tantum in tabulas creditoris, verum etiam in aliorum quorundam: quæ tabulæ idcirco in judicium interdum afferebantur. Latius hæc explicat, & veterum testimoniis, præsertim Ciceronis, confirmat Hotomannus. Ego vero non puto, hujusmodi scripturam valuisse absolutè ad obligationem, sed vim duntaxat habuisse probationis. Illud ex iis, quæ diximus, intelligitur, non tantum huc pertinuisse scripturam mensæ argentariæ, verum etiam privatorum codicum accepti & expensi. Majorem lucem expectamus à D. Salmasio in libro, quem præ manibus habet, de usuris Justinianeis.

Hodie non sunt in usu] Ætate Justiniani nomina in usu non erant: quippe translato Constantinopolin imperio consuetudo Græcorum recepta est, qui syngraphis utebantur, hoc est, cautionibus utriusque contrahentis manu subscriptis atque obsignatis. Posterior tamen ætas non συγγραφὰς, sed συμβόλαια appellavit: Latini *instrumenta* & *cautiones*, voce generali ad chirographa quoque producta: qua de re consule doctiss. Salmas. *lib. de mod. usur. c. 10.*

7 *Dum queri non potest, scriptura obligetur*] Si confessus post biennium scriptura obligatur, consequens omnino est, cum necessitate rei solvendæ jam adstringi, ut solutionem nullo modo evitare possit. Est enim hic certissimus obligationis effectus, ut qui secundum formam juris obligatus est, non aliter liberetur facto suo, quam si solvat aut satisfaciat creditori, *inf. quib. mod. toll. obl. l. 9. §. 3. de pign. act.* Atque hoc etiam expressè rescriptum est in specie debiti proposita *l. 8. C. de non num. pec.* Quid ergo si debitor post biennium paratus sit probare, pecuniam sibi numeratam non esse, anne sic quidem audiendus erit? Accursius de quorundam veterum sententia putat, audiendum esse: quod & Bartolo & comm. DD. visum in *l. 3. & l. 14. C. d. t. Gomez. 2. resol. 6. n. 7. Moz. de contr. tit. de mutuo n. 9. Baroni Schneid. Bachov. Corvino in enchir. hic. D. Bronchorstio. 2. assert. 22. Ant. Perez. in d. tit. C. n. 14.* Moventur, quod exceptiones natura sua perpetuæ sunt, *l. 5. §. ult. de dol. mal. except.* & quod cum exceptione pecuniæ non numeratæ concurrat exceptio doli mali, *l. 3. C. d. tit.* quæ cum sine dubio perpetua sit, *d. l. 5. §. ult.* utique etiam biennium competere debeat, etiamsi cessare dicamus exceptionem non numeratæ pecuniæ. Adhæc non sunt admittendæ, ajunt, illicitæ exactiones, *l. 6. de off. præs.* Illicita vero & iniqua exactio est, si reus, probare volens, pecuniam sibi numeratam non esse, non audiatur. Postremo non potest biennii lapsus creditori adimere, nisi quod prius ex biennio habuit: at biennium solummodo tribuit debitori immunitatem probationis, *l. 10. eod.* Ergo nec lapsus biennii ei amplius adimere potest. Sed procul dubio verius est, debitorem nec probationem ultro offerentem post biennium audiri. Etenim posita obligatione, id est, necessitate solvendi, quæ ex literis, non ex re aut numeratione nascitur, omnino consequens est, eum debitorem audiendum non esse, qui chirographum quidem suum seu causam obligationis agnoscit, cæterum numerationem, quæ jam huc non pertinet, intervenisse negat, quantumvis ejus rei offerat probationem. Quod si probatio contra cautionem post biennium admitteretur, jam nec scriptura ad obligationem valeret, sed tantum ad probationem: nec novum hoc esset obligationis genus, quod ex literis nasceretur, sed ex re: denique nihil haberet cautio pecuniæ mutuæ, quod non est in cæteris, quæ non sunt de pecunia mutua, præter immunitatem probandæ exceptionis intra biennium oppositæ: qua parte etiam major vis est cæterarum cautionum, quam pecuniæ creditæ; ex quibus tamen obligationem literarum non nasci, inter omnes convenit. In summa, nulla esset revera literarum obligatio, nullus effectus scripturæ, nisi in probatione & fide facienda, ut uni ante biennium incumberet probatio, post illud tempus alteri; & consequenter expungenda esset hæc obligatio è catalogo verarum obligationum; cum verè

vere debitor appellari non possit, qui exceptionem perpetuam habet, *l. 66. l. 112. de reg. jur.* Loci juris in eandem sententiam manifesti sunt. In *l. asseveratio 10. C. de non num. pec.* traditur, querelam seu exceptionem non numeratæ pecuniæ definito legibus tempore non propositam evanescere: quod ad immunitatem probationis minimè restringi potest. In *l. 8. C. eod.* scriptum est, eum, qui cautionem exposuit, si intra biennium questus non est, omnimodo debitum solvere compelli. Idem expressum est in *l. 14. pr. C. eod.* ubi verbis disertissimis cavetur, ut post biennium nulla ullo modo querela de pecunia non numerata introducatur: ergo ne tunc quidem, cum reus probationem pecuniæ non numeratæ in se suscipit; quomodo & Græci hoc acceperunt. *Harmenop. lib. 2. tit. περὶ ἀναργυρ. num. 4. ὁ λέγων ὅτι οὐ γέγονεν ἀρίθμησις εἰ μὴ ἐντὸς διετίας ἢ ἐναχθῇ, ἢ διαμαρτύρηται περὶ τούτου, οὐδεμίαν ἔχει δικαιολογίαν.* Hoc amplius in *d. l. 14. §. 3.* illud nominatim observari jubetur, ut ne liceat debitori, qui questus non est, post biennium creditori agenti offerre jusjurandum; cum tamen alias recusatio jurisjurandi judicialis adversus recusantem, qui justam recusandi causam non habet, pro manifesta confessione & probatione habeatur, *l. manifesta. 38. de jurejur.* adeoque facilius admittenda sit jurisjurandi delatio, qua actor testis & judex in sua causa constituatur, ut rem uno verbo transigere possit, quam prolixæ & adversus invitum susceptæ probationes, *arg. l. 1. & l. 2. d. tit.* His accedit & textus in *l. ult. C. de cond. ex leg.* ubi nominatim cavetur, ne cautio post statutum tempus condicatur. Jam vero si cautio oblata probatione pecuniæ numeratæ post statutum tempus condici non potest, nulla ratio est, cur exceptio pecuniæ non numeratæ oblata probatione admitti debeat. Postremo uno tantum modo legimus exceptionem pecuniæ non numeratæ perpetuam fieri, mota scilicet intra biennium
10 querela seu facta protestatione, *d. l. 14. §. ult.* Argumenta, quæ in contrarium afferuntur, infirmiora sunt quam ut hanc sententiam convellere possint. Nam quod exceptiones dicuntur esse perpetuæ, id ad eas non pertinet, quæ etiam ultro à debitore per modum actionis proponi possunt. Exceptio vero doli, quæ cum illa pecuniæ non numeratæ concurrit, non est exceptio doli specialis, quæ adversus eum, à quo dolo decepti sumus, ut promitteremus, perpetua est; sed generalis, quæ cum aliis exceptionibus concurrens, illarum naturam & conditionem semper sequitur, *l. 2. §. & generaliter. 5. de dol. mal. exc.* Planè, si debitor dolo se inductum dicat, aut vi coactum, ut confiteretur, aut dicis tantum causa numerationem intervenisse, cum aliud ageretur, aliud simularetur, etiam post biennium ex his causis exceptionem eum habere, nemo est qui ambigat. *Don. ad l. 8. C. de non num. pec. Ant. Fab. C. suo, eod tit. defin. 2.* Porro non est iniqua exactio, ubi debitum petitur; nec iniquum, si rationem civilem spectamus, eum, qui proprio chirographo se debere confessus est, post silentium totius biennii hanc quasi contempti beneficii juris pœnam luere, ut confessioni suæ literis testatæ omnimodo stare, & confessam pecuniam solvere cogatur. Quod ad tertium contrariæ opinionis argumentum responsum esto. Postremum in eos ipsos, qui illud afferunt, retorquebimus hoc modo. Quod biennium debitori tribuit, id lapsus biennii totum adimit: at biennium debitori non solum immunitatem tribuit probationis, sed maximè exceptionem non numeratæ pecuniæ, *l. 3. C. d. tit.* Ergo lapsus biennii utrumque adimit; quod & expressum est in *d. l. 8. l. 9. & d. l. 14. C. eod.* Hanc nostram sententiam jam olim amplexus est *Jo. Fab. hic.* aliique nonnulli citati à *Fachin. 2. controv. 81.* eaque nunc neotericis ferè probatur. *Duar. ad d. tit. Cod. cap. 4. Don. ad d. l. 8. num. 21. & seqq. Fachin. d. l. VVesemb. hic. Gudelin. lib. 2. de jur. noviss. cap. 6. Tuiden. in comment. hic cap. 3.*

Cessante verborum obligatione] Si cautio intervenerit, & simul interposita sit stipulatio, non nascetur quidem obligatio ex literis, sed ex stipulatu: cæterum eandem vim & pro reo, & contra eum habebit, quæ futura esset sine stipulatione, *l. 9. C. de non num. pec. §. 2. inf. de except.*

Ne ultra biennii metas] Tempus, intra quod exceptio pecuniæ non numeratæ opponenda, antea quinquennium fuit: pro quo Justinianus substituit biennium continuum, quod currere incipiat à tempore emissæ cautionis: ita tamen, ut hæc præscriptio non currat minoribus 25. annis, & majores, qui per justam absentiam querelam movere non potuerunt, adversus exceptionem amissam in integrum possint restitui, *d. l. 14. C. de non num. pec. junct. l. 2. C. in quib. ca. in int. rest. nec. non est, l. 1. in fin. ex quib. ca. maj.* In tempore proponendæ querelæ seu exceptionis dotis non numeratæ, quæ species exceptionis non numeratæ pecuniæ, diversum nonnihil statutum *l. ultim. & auth. seq. C. de dot. caut. non num.* Datur querela & exceptio seu replicatio potius non numeratæ pecuniæ etiam creditori, apocha confesso, pecuniam sibi solutam esse, quibuscumque ex causis soluta dicatur, sed tantum intra triginta dies, *d. l. 14. § 2.* Exactoribus autem tributorum, vectigalium aliarumque publicarum functionum, contra apochas factæ à collatoribus solutionis prorsus non datur, *d. l. 14. §. 1.* 11

Moribus nunc ferè receptum est, ut exceptio non numeratæ pecuniæ intra biennium tueatur debitorem sine probatione, & creditor, qui intendit numeratam esse, intentionem probare cogatur; post biennium 12

nium vero audiatur adhuc debitor eadem exceptione utens; cæterum hac conditione, ut ipse exceptionem probet, secundum sententiam Accursii, Bartoli & aliorum, quos superius allegavimus. *Ant. Fab. Cod. suo de non num. pec. defin.* 1. *Christin. Vol.* 3. *decis.* 37. *Zang. de exc. p.* 3. *c.* 12. *n.* 24. *Grot.* 3. *manuduct. c.* 5. In Gallia receptum, ut debitor post biennium etiam jusjurandum creditori deferre possit. *Autumn. & Mornac. in d. l.* 14. *C. de non num. pec.* Secundum quod & Curiam Hollandiæ aliquando judicasse refert *Groenew. de ll. abrog. ad rubr. C. d. tit.* Eadem conditione auditur & creditor post triginta dies adversus apocham seu professionem pecuniæ solutæ, *Ant. Fab. d. tit. defin. ult.* Apud Gallos, quæ conditio est cæterarum cautionum, ut scilicet statim fidem faciant, transferantque onus contrariæ probationis in eum, qui cautionem exposuit, eadem est & cautionis pecuniæ creditæ, testib. *Imbert.* 1. *inst. forens.* 35. *Rebuff. ad const. reg. de chirogr. & cedul. recogn. art.* 1. *num.* 28. & 68. Idem de universo Belgio testatur Gudelin. 3. *de jur. noviss. c.* 6. *in fin.* sed procul dubio errat. Apud nos sane idem quod in Gallia observatur: sed in nonnullis aliis harum regionum provinciis beneficium exceptionis, quod intra biennium ex causa mutui confessi jure communi competit, adhuc in usu esse, vel illud argumento est, quod huic beneficio & exceptioni non numeratæ pecuniæ plerumque in instrumentis & cautionibus pecuniæ creditæ renuntiari solet: quam renuntiationem hunc effectum habere volunt, ut creditor necessitate probandæ numerationis in totum exoneretur, non ut non possit adhuc objici exceptio, sed ut objecta etiam intra biennium sit sine privilegio: ita post Glossam in *l.* 3. *C. de non num. pec. D. Joan. à Sande lib.* 3. *rer. judic. tit.* 2. *defin.* 1. *D. Deckher. lib.* 1. *dissert.* 6. *n.* 4. qui etiam refert, Curiam Brabantiæ judicasse, locum non esse exceptioni pecuniæ non numeratæ contra instrumentum publicum, neque etiam inter mercatores, inter quos summa vigere debet æquitas: licet quoad hoc dissentiat Stracha *de mercat. tit. quomod. in caus. merc. proced. num.* 9. *Farin. contr. jur. lib.* 2. *cap.* 86. quorum sententia de jure verior videtur Christinæo *d. Vol.* 3. *decis.* 37. *num.* 16. quamvis contraria obtineat, *Grœnew. d. loc. & ibi cit.* Notetur obiter D. Grotii ἁμάρτημα μνημονικὸν *d. lib.* 3. *c.* 5. *Merul. l.* 4. *dist.* 4. *sect.* 3. *tit.* 1. *cap.* 2. *num.* 3. Illud hic monere non est extra propositum, ne diu frustrentur creditores; apud nos & in Gallia usu fori receptum esse, ut debitores initio litis cautiones suas vel agnoscere, vel negare cogantur; agnoscentes ut mox solvant & pecuniam consignent, (quod *namptisare* & *namptissement* vulgo appellant) recepturi postea, si nihil deberi constiterit; negantes, si mendacii convincantur, pœnam dupli subeant, juxta *auth. contra qui. C. de non num. pec.* aut pœnam arbitrariam expectent, quod nunc magis in judiciis observari notat *Rebuff. ad proœm. const. reg. gloss.* 9. *n.* 6 & post eum *Christin. d. decis.* 37. *n.* 12. & conservandi juris fiscalis gratia traditur obligatio sive cautio procuratori generali. *Merul. d. loc.* Vid. circa hanc materiam *Imbert. lib.* 1. *inst. forens. cap.* 35. *& seq. Rebuff. ad const. reg. de chirogr. & cedul. recogn. in præfat. n.* 44. *& seqq. & DD. in auth.* modo citata.

Titulus XXIII.

De obligationibus ex consensu.

Continuatio.

Sequitur postrema obligationum ex contractu species, obligatio ex consensu: quippe quæ ex quatuor propositis adhuc superest. Habent quidem etiam cæteræ obligationes, quæ aut re, aut verbis, aut literis contrahuntur, in se consensum, utpote qui communis est omnium contractuum spiritus, *l.* 1. *§.* 3. *de pact.* sed hoc amplius requirunt ad perfectionem contractus, & obligationis substantiam, ut res, aut verba, aut literæ cum consensu concurrant: obligationes autem, de quibus deinceps dicturi sumus, ex consensu esse ideo dicuntur, quia consensu solo perficiuntur & constant, nihilque desiderant præter mutuam contrahentium voluntatem. Solo consensu obligationem pariunt conventiones & contractus juris gentium quatuor, emptio-venditio, locatio-conductio, societas, mandatum; quæ singula singulis titulis explicabuntur.

Textus.

Consensu fiunt obligationes in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis obligatio dicitur consensu contrahi, quia neque scriptura, neque præsentia omnimodo opus est: ac nec dari quicquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit, eos, qui negotia gerunt, consentire: unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per

per epistolam vel per nuntium. Item in his contractibus alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri ex bono & æquo præstare oportet, cum alioqui in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat.

COMMENTARIUS.

1 *Quibus modis consensus declaretur.*
2 *Obligationum ex consensu pinguiorem esse naturam, quam obligationis verborum.*

NEque *scriptura*] Hoc dicit ad differentiam obligationis literarum, ad quam constituendam scriptura requiritur. Cæterum nec obligationes, quæ re aut verbis contrahuntur, magis scripturam desiderant, quam eæ, quæ consensu. Quod vero in his etiam scriptura sæpè adhibetur, id eo fit, ut facilius probari possit, quod actum est; non quod ad substantiam contractus, obligationisve constitutionem scriptura pertineat, *l. 4. de fid. inst. l. 4. de pign.* Totus hic locus ad verbum descriptus est ex Gajo *l. 2. de obl. & act.*

1 *Neque præsentia*] Ut in conficienda stipulatione: nam quæ obligationes re aut literis contrahuntur, similiter partium præsentiam non desiderant.

Ac nec dari quicquam necesse est] Ut in mutuo, commodato, cæterisque contractibus, in quibus res tradita demum initium obligationi præbet.

Sed sufficit, &c. consentire] Declaratur consensus aut certis indiciis, aut ex re factove aliquo colligitur. Indicia sunt, veluti verba, literæ, *l. 2. de pact. l. 4. pro soc.* item nutus: nam & nutu conveniri posse, argumento est, quod fideicommissa nutu relinqui possunt, quamvis non relinquantur nisi ex voluntate, *l. nutu. 21. de legat. 3.* Facta intelligimus ea omnia, quibus intervenientibus præcedens conventio non potest videri non placere. Exemplum hoc esto: vendidit aliquis prædium meum me præsente, nec tamen apertè consentiente: si pretium ex ea causa accepero, videbor ipse vendidisse, *l. 12. de evict.* Similia exempla habemus in *l. 6. §. 2. l. qui patitur. 18. mandat.*

Unde inter absentes quoque] Quoniam ad constituendam obligationem ex consensu præter conventionem & nudum contrahentium consensum nihil requiritur; ex eo colligit Justinianus cum Gajo *d. l. 2. de obl. & act.* hujusmodi negotia & obligationes etiam inter absentes contrahi posse, puta per epistolam aut nuntium. Est vero hoc intelligendum de nuda & simplici epistola nuntioque solo: alioqui & re contrahi obligatio per nuntium potest, veluti mutui, commodati, missa per eum pecunia aut re. Similis collectio est in *l. 1. pr. mandat. l. 1. §. ult. de contr. empt.*

Alter alteri obligatur in id, quod ex bono & æquo] 2
His verbis indicatur alia proprietas contractuum, qui solo consensu perficiuntur, quod obligationem producant pleniorem & pinguiorem, quam ea est, quæ nascitur ex stipulatu: nimirum quod in istis contractibus alter alteri obligetur non in id modo, de quo convenit, aut dictum est, sed etiam in id omne, quod ex fide bona seu bono & æquo alterum alteri præstare oportet, quamvis de eo nihil cautum sit; cum ex stipulatione obligatio eatenus tantum nascatur, quatenus lingua nuncupatum est, *l. quicquid 99. de verb. obl.* Non est vero hoc contractuum, qui consensu fiunt, proprium quarto modo, sed ad cætera quoque judicia bonæ fidei pertinet: nam in omnibus his placet tantum valere officium judicis ex bono & æquo, quantum in stipulatione nominatim facta rei interrogatio, *l. 7. de neg. gest. l. Lucius 24. depos. § in bona 30. inf. de action.* quanquam hoc loco & apud Gajum *d. l. 2. de obl. & act.* videri potest per excellentiam quandam hæc qualitas solis tribui contractibus, qui consensu perficiuntur, eademque ratione his opponi stipulatio. De natura & differentiis judiciorum bonæ fidei & stricti juris dicemus ex professo infra *sub §. actionum 28. de action.*

TITULUS XXIV.

D. lib. 18. & 19. t. 1. C. lib. 4. t. 38. & 40.

De emptione & venditione.

1 *Ratio ordinis. Emptionis origo & utilitas.*
2 *Emptionis definitio, cum explicatione singularum partium.*
3 *Summa hujus tituli.*

EXplicaturus ordine contractus, qui solo consensu perficiuntur, orditur ab emptione & venditione, specie hujus generis contractuum nobilissima, & ad vitæ communis usum maximè necessaria, teste Paulo *l. 1. hoc tit.* ubi scribit, originem emendi vendendique à permutationibus cœpisse: significans, ut ipse se declarat, difficultatem permutationis, & indigentiam humanam, cui permutatione rerum ægrè succurritur, causam esse, quod nummus inventus, & emptio introducta sit: quod etiam docet Aristot. 5. *Ethic. 5.* ubi nummum ait hominum instituto factum esse ὑπάλλαγμα τῆς χρείας succedaneum & οἷον ἐγγυητὴν; quasi sponsorem futuræ indigentiæ. 1

Emptio-

2 Emptiovenditio est contractus quo id agitur, ut pro certa pecunia uni danda alter rem accipiat. Appellatur hic contractus emptio & venditio, quia duobus hisce factis seu partibus constat, emptione & venditione, quæ juncta unum contractum constituunt. Factum ejus, à quo pecunia est, emptio dicitur, ille emptor: ejus, à quo res proficiscitur, venditio, ille venditor. Notandum autem est, sic has partes esse unius contractus, ut tamen partes sint inter se distinctæ ac separatæ, ut una non possit esse altera; aliudque semper sit emere, aliud vendere; alius emptor, alius venditor, *l. 1. in fin. hoc tit. l. 1. pr. de rer. permut.* Nam quod dicitur in *l. Veteres 19. & seq. de act. empt.* veteres in emptione & venditione, sicut in locatione & conductione, his appellationibus promiscuè usos esse, id non hoc significat, usos esse una pro altera, ut malè meo judicio D. Vultejus; sed usos una, puta vel sola appellatione emptionis, vel sola venditionis, ad utrumque intelligendum, indicandumque totum contractum, ut passim in hoc argumento fieri videmus: scilicet quia unum sine altero nec esse, nec intelligi potest, ut est natura relatorum. *Connan. 7. comm. 6. Donell. ad rubr. C. hoc. tit. n. 4.* Non expressi in definitione, quod plerique faciunt, emptionem esse contractum mutuæ præstationis, juris gentium, bonæ fidei, nominatum, consensu constantem; quoniam ex verbis definitionis satis intelligitur, præter consensum ad perficiendam emptionem nihil desiderari: cætera vero insunt generi, nullus enim contractus est ex iis, qui consensu fiunt, qui non sit διπλεύρος, bonæ fidei, juris gentium, nominatus: nam conventio de pignore, pactum donationis, constitutum, huc non pertinent; quia non sunt contractus. De cæteris hujus generis contractibus idem judicium esto. Res, quæ traditur, in hoc contractu dicitur merx; pecunia, quæ pro re datur, pretium, *d. l. 1. §. 1. sub fin. hoc tit.* Igitur circa hæc duo consensus in emptione versatur, circa pretium & mercem; illud ut venditori detur; hæc ut tradatur emptori: ex quibus substantia emptionis æstimanda & definienda fuit. Justinianus hoc titulo explicat, quomodo
3 contractus emptionis & venditionis perficiatur tum sine scriptura, tum etiam, cum convenit, ut per scripturam fieret: inde de materia, forma, fine & effectu disputat, quanquam nonnihil confusè. Postremo de rebus, quarum venditio non consistit.

TEXTUS.

De emptione pura. De pretii conventione arrhis & scriptura.

Emptio & venditio contrahitur, simul atque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arrha quidem data fuerit: nam quod arrhæ nomine datur, argumentum est emptionis & venditionis contractæ. Sed hoc quidem de emptionibus & venditionibus, quæ sine scriptura consistunt, obtinere oportet: nam nihil à nobis in hujusmodi emptionibus & venditionibus innovatum est. In iis autem, quæ scriptura conficiuntur, non aliter perfectam esse venditionem & emptionem constituimus, nisi & instrumenta emptionis fuerint conscripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, à contrahentibus autem subscripta: & si per tabellionem fiunt, nisi & completiones acceperint, & fuerint partibus absoluta. Donec enim aliquid deest ex his, & pœnitentiæ locus est, & potest emptor vel venditor sine pœna recedere ab emptione & venditione. Ita tamen impunè recedere concedimus, nisi jam arrharum nomine aliquid fuerit datum: hoc enim subsecuto, sive in scriptis sive sine scriptis, venditio celebrata est: is qui recusat adimplere contractum, siquidem est emptor, perdit quod dedit: sive vero venditor, duplum restituere compellitur, licet super arrhis nihil expressum sit.

NOTÆ.

SIMULATQUE DE PRETIO CONVENERIT] *l. 2. §. 1. hoc tit. l. 1. §. 2. de rer. perm.* nisi aut conditionalis sit emtio, *l. 7. hoc tit. l. 8. de per. & com. rei vend.* aut eam in scriptis fieri placuerit, ut infra.

NISI ET INSTRUMENTA EMPTIONIS, &c.] Si privata sit scriptura, sufficit instrumentum propria contrahentium manu perscriptum esse, aut si scriptum ab alio, manu eorum confirmatum: si publica, non aliter instrumentum completum intelligitur, quam si à tabellione exceptum, partibus prælectum atque ab ipsis approbatum fuerit, *d. l. 17.*

QUI RECUSAT ADIMPLERE CONTRACTUM] Hoc est, qui recusat emptionem perficere, aut stare pla-

placito emptionis & venditionis futuræ, *d. l. 17. d. vers.* Cum enim contractus perfectus est, & semel constituta obligatio, nullo modo alter invito altero recedere potest, *l. 5 Cod. de obligationib. & act. l. 3. Cod. de resc. vend. l. 1. & 2. C. quand. lic. ab emt. disc.*

COMMENTARIUS.

1 *Quando emtio contracta intelligatur, & quid intersit inter perfectionem contractus & consummationem.*
2 *Re certa vendita diversam esse emptoris & venditoris præstationem: genere vendito non item.*
3 *Esse, qui negent, venditorem, licet facultatem tradendi habeat, præcise teneri rem tradere, sed præstando id, quod interest, defungi.*
4 *Præcipua hujus sententiæ firmamenta.*
5 *Verius esse, venditorem prædicto casu præcise teneri tradere.*
6 *Hujus sententiæ potissima fundamenta.*
7 *Respondetur ad argumenta pro contraria opinione adducta.*
8 *Arrham dari vel ut symbolum, vel ut cedat in partem pretii: & effecta utriusque.*
9 *Quando res in hoc contractu desinat esse integra: & duplex DD. error notatus.*
10 *Quando inter contrahentes actum intelligatur, ut contractus in scriptis fiat.*
11 *Quando negotium, quod scriptura fieri placuit, pro perfecto habeatur.*
12 *A contractu perfecto sine communi consensu recedi non posse, licet arrhæ intervenerint.*
13 *Accurata contrariæ opinionis confutatio.*

1 UT primum de re & pretio convenit, emtio perfecta intelligitur, quamvis nec res tradita, nec pretium numeratum, nec arrha data sit, *l. 2. §. 1. hoc tit. l. 1. §. 2. de rer. perm. l. 8. de peric. & comm. rei vend. & hic text.* Itaque in contractibus, qui consensu perficiuntur, distinguenda perfectio contractus à consummatione sive implemento. Emtionem & venditionem perficit solus consensus de re & pretio; consummat rei traditio & pretii numeratio; qui extremus est contrahentium finis. Simul atque autem emtio perfecta est, nascitur utrinque obligatio, teneturque emptor actione ex vendito, ut nummos, quos pretii nomine pro re vendita promisit, solvat; venditor actione ex empto, ut rem venditam tradat emptori, *tit. ff. & Cod. de act. emt.* Est vero præsta-
2 tio hæc emptoris & venditoris nonnihil diversa. Emptor enim nummos, quos pretii nomine præstat, venditoris facere cogitur: venditor vero tantum vacuam rei possessionem tradere; quæ res, si venditor dominus fuit, facit & emptorem dominum: si non fuit, evictionis tantum nomine venditorem obligat; neque enim cogitur venditor dominium rei in emptorem transferre, sed satisfacit obligationi, si præstet, habere licere, *l. 11. §. 2 l. servus 30. de act. empt. l. si ita 25. §. 1 hoc tit. l. 1. de rer. perm.* Hoc ideo tam varie, ut credibile est, ne usus hujus contractus impediatur. Nam etsi venditor non præcise obligatur ad dominium rei venditæ in emptorem transferendum, tantundem tamen consequitur emptor tradita rei vacuæ possessione & evictione, re evicta præstita. At vero pretii, quod in pecunia numerata consistit, nullus est usus, nisi accipientis fiat. Adde quod pretium non in specie, sed in genere constituitur: generis autem debitores constat non liberari, nisi rem ex eo genere perfecte faciant accipientis, *l. si à substituto 45. §. 1. de legat. 1. l. qui concubinam 29. §. pen. de legat. 3. l. hæres 58. de evict.* Quam ob causam & in venditore generis idem probandum crediderim, puta si quis in genere vendidit bovem aut equum, cum Bartolo in *l. 2. si cert. pet. num. 7.* Illud non satis 3
expeditum est, utrum venditor, si potestatem tradendi habeat, rem præcise tradere teneatur, an offerendo solutionem ejus, quod emptoris interest, defungi possit. Joannes Bulgarus, Azo, Hugolinus, teste Saliceto in *l. 4. C. de act. empt.* censuerunt, venditorem etiam tum, cum facultatem tradendi habet, non posse præcise compelli, ut tradat, sed solvendo interesse liberari. Consentiunt *Alciat. ad l. un. C. de sent. quæ pro eo quod inter. Duar. de in lit. jur. n. 22. Don. ad d. l. 4. C. de act. empt. Fachin. 2. contr. 30. Gædd. de contr. stip. cap. 9. num. 65. & seqq.* Atque eo quoque inclinant *Covar. 2. var. resol. cap. 19. n. 1. Bachov. in Treutl. vol. 1. disp. 28. thes. 2. Gudelin. 3. de jur. nov. c. 7. Christin. vol. 3. decis. 54. n. 6. & decis. 61. n. 2. item decis. 75. n. 5.* ubi refert, etiam magnum Senatum Mechliniensem secundum hanc sententiam sæpe pronuntiasse. Firmamenta 4
hujus sententiæ præcipua hæc sunt. 1. In obligationibus faciendi ita in universum jus est, ut debitor liberetur solvendo id, quod interest, *l. si quis 13. §. ult. de re jud. l. stipulationes 72. pr. ver. Celsus, de verb. obl.* at talis est obligatio, qua tenetur venditor, *arg. l. si rem 28. d. l. stipulationes, eod. tit. 2.* Non uno in loco traditum legimus, si res vendita non tradatur, in id quod interest, agi, venditorem non tradentem quanti intersit, condemnari, *l. 1. l. 11. §. idem ait 9. l. 12. de act. empt. l. 10. quib. mod. pign. solv. 3.* Hoc amplius diserte scriptum est in *l. 4. C. de act. empt.* etiam tum venditorem, quanti emptoris interest, condemnandum, cum procacia ejus fit, quominus res tradatur. Atqui nulla procacia, nulla contumacia in eo est, qui facultatem tradendi non habet. 4. Non obscure electio venditori tribuitur, utrum con-

tractum perficere, hoc est, venditionem implere & rem tradere velit, an emptori, quod interest, persolvere, *l. contractus 17. C. de fid. instr.* Cæterum contraria opinio tantum non ubique in praxi recepta est, pluresque habet auctores, quibus & meum calculum addo, nimirum venditorem, cui potestas tradendi sit, teneri actione ex empto, ut rem ipsam tradat, nec solvendo emptori id, quod ejus interest, obligationi satisfacere. *Cyn. & Bart. in d. l. stipulationes, de verb. obl.* item *Bart. & Castr. ad d. l. 1. de act. empt. Bald. in d. l. contractus, C. de fid. instr. num. 14. Salic. in d. l. 4. C. de act. empt. Alex. Dec. Jas. ad l. 9. si cert. pet.* ex modernis *Gomez. 2. resol. 10. n. 22. Olden. class. 4. act. 1. Mex. col. 4. de natur. empt. n. 26. & seqq. Ant. Fab. 6. conject. 17.* qui tamen, ut est inconstans, in alteram partem transit *decis. 85. error. 4.* sed in Cod. suo *tit. de pact. defin. 11.* refert, Senatum Sabaudiæ secundum hanc posteriorem sententiam judicasse. Ita quoque decidunt *Rot. Genuens. decis. 214. Soar. in thesib. recept. sent. lit. V. Venditor, si facultatem. Pinell. in l. 1. C. de bon. matern. part. 3.*
6 *num. 25.* Fundamenta hujus sententiæ potissima sunt 1. rei æquitas, cui minime convenire videtur, ut emptor præcise teneatur pretium solvere, venditor autem contra non teneatur rem tradere; ut emptor rei periculum sustineat, rem tamen consequi non possit: denique ut propter fraudem venditoris, fidem conventionis adimplere, cum potest, recusantis, emptor probationi difficillimæ ejus, quod interest, quod & ad exiguam summam plerumque deducitur, *l. ult. de stip. prat.* adstringatur. 2. Quod responsum est, tum non posse agi, ut venditor rem tradat, cum, quod multis modis accidere potest, tradendi facultatem non habet, *l. si cum fundum 68. §. ult. hoc tit.* Hinc enim à contrario recte colligitur, cum eam facultatem habet, agi posse, ut tradat. 3. Rescriptum Impp. in *l. 6. C. de resc. vend.* Unde sic recte infertur: Si emptor duplo pretii sibi oblato ab emptione recedere non cogitur; igitur nec oblata præstatione ejus, quod interest, utpote cujus æstimatio in venditionibus duplum excedere non potest, *l. un. C. de sent. qua pro eo quod int. prof.* 4. Probatur hæc sententia omnibus iis juris locis, in quibus traditur, venditorem oportere in primis ipsam rem præstare; obligatum esse, ut præstet, rem habere licere; quod absque traditione possessionis fieri non potest, *l. 2. l. 3. l. 11. §. 2. l. servus 30. in fin. de act. empt. l. Labeo 45. in fin. hoc tit. l. 8. de evict.* 5. Adhuc apertius *l. bona fides 50. & l. si quis 46. de act. empt.* quarum in altera scriptum est, venditorem compelli rem tradere; in altera, cogi venditionem implere. Aliud autem est, implere contractum; aliud, id, quod interest, præstare, *l. contractus 17. C. de fid. instr.* 6. Apertissime loco Pauli. 1. *sent. 13.* ubi sic scribit; Si id quod emptum est, neque tradatur neque mancipetur, venditor cogi potest, ut tradat aut mancipet. 7. Idem confirmat textus in §. *1. hoc tit.* ubi Justinianus expresse ait, emptione perfecta & pretium omnimodo solvendum & rem tradendam esse. Item alter in §. *2. sup. de donat.* ubi eandem traditionis necessitatem, quæ incumbit venditori, ad hujus exemplum donatori quoque imponit, ut fatendum sit, aut ei, qui donavit, necessitatem traditionis non incumbere, aut si fatemur incumbere, fateamur & incumbere ei, qui vendidit. 8. Postremo non posset venditor, si jure publico ei concessum esset, rem venditam, quam tradere potest, non tradere, modo pati velit se condemnari in id, quod emptoris interest, non tradens aut facultatem tradendi sibi adimens, dici frangere, rumpere contractus fidem, ut in *l. 6. C. de hared. vend. l. 10. C. de act. empt.* Ad argumenta dissentientium non quæram operosas responsiones. Fefellit eos primum, quod 7
putaverunt, omnes obligationes faciendi esse ejusdem naturæ, factaque nuda & simplicia, seu quæ in meris faciendi finibus consistunt, qualia sunt, exempli gratia, Romam ire, tabulam pingere, insulam fieri, fossam fodere, similia esse iis, quæ in rei alicujus præstatione & juris possessionisve translatione consistunt, quale est ejus, qui tenetur ex causa venditionis rem tradere: inter quæ multum interesse alii recte docent, *arg. l. in conventionalibus 52. §. 1. de verb. obl. l. qui res 98. §. mihi 6. de solut.* Nam prioris generis facta sunt ejusmodi, quæ ut quis faciat, cogi non possit sine vi & impressione; & ideo ne homini libero vis fiat, placet, in his debitorem non præcise ad faciendum, quod promisit, obligari, imo factum hactenus tantum esse in obligatione, ut faciendo debitor liberetur, peti nunquam possit, sed id solum, quod interest; neque id statim, sed tum demum, cum transierit tempus, intra quod fieri potuit, quod promissum est, ut hic post moram, quasi per speciem quandam novationis, in locum prioris obligationis succedat obligatio in id, quod interest, cujus jam præstandi necessitatem debitor evitare, & faciendo se liberare non potest, nisi ante litem contestatam, *l. 14. l. stipulationes 72. l. si insulam 84. l. servum 91. §. 3. de verb. obl.* At cum res aliqua tradenda est, non tam illud agitur, ut tradentis factum aliquod interveniat, quam ut in eum, cui res tradi debet, possessio transferatur; quod si facto ejus ipsius, qui ad tradendum obligatus est, non fiat, judicis auctoritate poterit possessio avocari, atque in eum, cui res tradi debuerat, transferri. Per *l. qui restituere 68. de rei vind.* Dissimilitudo clarius apparebit ex paucis, quæ subjicimus. Obligationes, in quibus nudi facti præstatio versatur, incertæ sunt, *l. ubi autem 75. §. qui id 7. de verb. obl.* utpote in quibus id duntaxat, quod interest, (quod vel ex ipsa pronuntiatione apparet incer-

incertum esse) ita venit, ut cum effectu peti possit, uti paulo ante demonstratum. Obligatio autem venditoris certa est, quia non continet nudum factum, sed causam bonorum, *l.52.§.1. d. tit.* id est, certæ rei præstationem cum translatione dominii aut juris usucapiendi, *l. 80.§.3.h.t.l.3.l.11.§. 2. l. servus 30.§.1.de act. empt.* Ponamus ergo, rem aliquam mihi pure venditam esse; hic dubium non est, quin eam ipsam rem quam emi, petere à venditore possim, & vel confestim, vel etiamnum post moram: ex quo porro efficitur, etiam judicem in eandem rem venditorem victum condemnare debere; non in æstimationem; ut sententia sit conformis libello, juxta *l. ult. C. de fideic. libert.* At ex mera faciendi obligatione nec statim agi potest, neque ad facti præstationem licet post moram, sed in id solum quod interest, quamvis promissor faciendo ante litem contestatam liberetur, *l. si insulam 84. de verb. obl.* Quamobrem non minus vere, quam eleganter mihi scribere videtur Fayius in *supplem. ad Conn. l. 7. c. ult.* si factum, quod in conventionem deductum est, in rei alicujus præstatione consistat, sive ad dationem, dominiive aut juris alicujus translationem ordinetur, id magis pro datione, quam facto habendum esse, *arg. l. in conventionalib.52.§.1.junct. l. ubi 75.§. ult.de verb. obl.* uti ex contrario datio ad factum ordinata pro facto magis habenda, veluti si ancilla procuratori in rem suam constituto manumittenda detur. Non obstant textus in *l.72.pr. l.75.§.7. de verb. obl.* ubi fundum tradere cum aliis iisque puris factis conjungitur. Nam ex eo, quod facta omnia in eo conveniũt, quod per se divisionem non recipiant, aut quod per se nude considerata incerta sint, non recto intuleris absolutam convenientiam. Deinde & causa consideranda: potest enim & qui commodato aut precario rogat, rem sibi tradi stipulari, & à quovis possessore. Denique & restituere factum est, & tradere ex causa donationis, dotis, permutationis, &c. Secundo in eo decepti sunt contrariæ sententiæ auctores, quod existimaverunt, obligationem, qua tenetur venditor, esse alternativam, in qua constat, electionem esse debitoris, *arg. l.contractus 17.C. de fid. instr.* Nam obligatio venditoris non est alternativa à principio, sed successiva, ut scilicet teneatur in id, quod emptoris interest, si contractum implere, id est, rem tradere nequeat. Nam profecto si alternativa esset, & consequenter venditoris in ea electio, non peccaret, non frangeret fidem venditor, facultatem tradendi sibi adimens eandem rem alteri vendendo. Cur igitur qui hoc facit, crimen falsi committere dicitur? *l. qui duob. 21. ad leg. Corn. de fals.* aut certè stellionatus, si non dixerit mercem liberam esse? *l. 3. §.1. stellionat.* Plane, si dolo aut frustratione venditoris fiat, quominus res tradatur, potest emptor ultro omissa petitione rei agere, ut consequatur quod sua interest; taxandum non jurejurando actoris in litem, sed arbitratu judicis. Quo pertinet species *l.4. C. de act. empt.* & in hanc quoque sententiam tandem concessit *Bachov. not. in paratit. Wesemb. tit. de act. empt.*

Argumentum est emptionis contractæ] Sæpe arrhæ nomine aliquid dari ab emptore solet: sed quod ita datur, datur firmandi contractus gratia, & quo facilius probari possit convenisse de pretio, non quod sine arrharum interventu emptio non perficiatur, *l. quod sæpe 35.pr. hoc tit.* Datur autem arrha vel simpliciter, 8
ut sit argumentum duntaxat & probatio emptionis contractæ, veluti si annulus detur; vel ut simul postea cedat in partem pretii data certa pecunia, *l.11.§.is, qui vina 6. de act. empt. l. ult. de leg. commiss.* Cum arrha tantum ut symbolum data est, impleta emptione, id est, re tradita & pretio numerato, restituenda est emptori, utilisque in eam rem est actio ex empto, aut condictio sine causa, *d. l.11. §. 6. de act. empt.* cum in certa pecunia, cedit in defalcationem pretii, nihilque repetitur; sed reliqua pecunia re tradita exsolvenda est, *d. l.ult. de leg. commiss.* Utroque autem casu hoc evenit, ut si postea placuerit emptionem esse irritam, id quod arrharum nomine datum est, emptor repetere possit vel actione ex empto, vel etiam condictione sine causa, *d. l. 11.§.6. de act. empt. junct. l.2. C. quand. lic. ab empt. disc.* Et cum ergo utroq; casu etiam arrhis intervenientibus solo communi consensu ab emptione recedi possit, apparet, datione arrharum neutrubi rem desinere esse integram: constanter enim traditum est, solo consensu, licet mutuo, ab emptione, & similibus contractibus recedi non posse, nisi adhuc res sit integra, *l. ab emptione 58. de pact. l.1. & l.2.C.quand. lic. ab empt. disc.§. ult. inf. quib. mod. toll. obl.* Quando igitur 9
res integra esse desinit, ut solo consensu ab emptione recedi nequeat? nimirum cum aliquid præstitum est eorum, quæ ex natura contractus præstari debent, ut expressum est in *d. l.58. de pact.* puta si vel venditor rem aut partem rei tradiderit, vel emptor pretium aut partem pretii, *d. l. 1. & l.2. C.quand. lic. ab empt. disc. & d. §. ult. inf. quib. mod. toll. obl.* Ex quibus apparet, DD. vulgo duplici in errore versari: primum quod existimant, quando arrhæ dantur in nummis, qui postea in pretium imputentur, rem non amplius æstimari integram; deinde quod arrha data in argumentum contractus res sic integra maneat, ut vel uni liceat invito altero ab emptione discedere, emptori cum amissione arrharum, venditori cum duplicatarum restitutione. Quod perquam absurdum est, atque in certissima juris principia impingit. Sed de eo paulo post diligentius.

In iis autem, quæ scriptura conficiuntur] Potest con-

contractus emptionis ex voluntate & conventione partium aliam naturam adsciscere, quam est ea, quam ex jure communi & gentium habet, ut scilicet ad vim & constitutionem obligationis scripturam intervenire necesse sit, cum absque tali conventione foret, ut nudo & simplici consensu perficeretur; idque non in emptione solum, sed etiam in aliis causis usu venit, ut in permutatione, transactione, donatione quæ non excedit 500. solidos &c. *l. contractus 17. C. de fid. instr.* Quando autem id inter contrahentes actum
10 intelligatur, diligenter observandum est. Etenim in scriptis contractum dicitur, non quoties de negotio in conventionem deducto scriptura confecta est, (quippe solent plerumque scripturæ confici, non ut robur & substantiam ex iis contractus accipiat, sed facilioris probationis gratia, & ad futuram rei memoriam) verum tunc demum, cum id factum est, ut non aliter contractus valeat, quam si in scripturam redigatur. Id vero actum intelligitur, ut recte Placentinus & Azo, non tantum cum nominatim & expresse convenit, ut non valeret contractus, nisi in scripturam redactus esset; verum etiam si simpliciter convenerit, ut in scriptis contraheretur, vel quod idem valet, si ab initio placuerit contractum in scriptis fieri: nam & hic non obscure id agitur, ut contractus non nisi scriptus valeat; neque ad hoc expressiorem conventionem requirit Justinianus in *d. l. contractus* Consentit *Gloss. hic, Castr. in d. l. contractus, Sichard. ibid. n.3.* Qua etiam ratione si partes aut in ipso actu contrahendi, aut paulo ante contractum petierint, ut calamus afferretur, ut accerseretur notarius contrahendi & conficiendi instrumenti gratia, rem in scriptis geri, & sine scriptura nihil actum voluisse, censeri debent. Quæ sententia etiam rebus judicatis confirmata est, teste *Ant. Fab. C. suo de testibus, defin.23. & de fid. instr. defin.14.* quanquam dissentit *Salic. in d. l. contractus.* Et nonnulli alii, quos allegat. Et ut causæ serviat, probare videtur *D. Deckher. lib.2. dissert.13. num.3.* At vero si, quod sæpe fit, post contractum initum, & conclusionem negotii, instrumentum de eo confectum fuerit, scriptus potius, quam in scriptis initus, contractus dicetur. Sicuti nec recte quis dixerit, testamenta nuncupativa, quod hodie frequentantur, per scripturam fieri, licet plerumque scribantur, quoniam ut scribantur, ad substantiam eorum non pertinet, *vid. sup. §. ult. de test. ord.* Sed etsi in contractu ineundo convenerit, ut de eo instrumentum conficeretur, ne sic quidem id actum intelligi debet, ut contractus in scriptis fieret, sed potius ut sine scriptura initus perfectusque ad futuram duntaxat rei memoriam describeretur. Quippe in dubio, si non appareat quid actum sit, credendum est, ad probationem potius, quam ad validitatem actus, scripturam intervenisse, cum actus talis est, qui sine scriptura potest subsistere, *l.4. de pignor. l.4. de fid. instr. l. cum res 1.2. Cod. de probat. & ibi Bald.* ut jure communi magis, quam speciali, contrahentes usi videantur, *l. Imperator 30. de reb. auctor. jud. possess. alias l. 15. de priv. cred. Ant. Fab. dd. loc. DD. comm. in d. l. contractus, C. de fid. instr. Christin. vol.3. decis.29. num.15. & seq. Andr. Fachin.2. contr.97.*

Nisi & instrumenta emptionis] Quoties placet, 11
negotium scriptura confici, non ante id pro perfecto habetur, quam in scripturam redactum est, instrumentumque ejus negotii rite confectum. Si privata sit scriptura, sufficit ad completionem instrumenti, propria contrahentium manu id perscriptum esse; modo ne quod scriptum est, pro prima scheda & deletitia, in qua partes aliquid addi aut detrahi & deleri voluerint, habitum sit; tum enim ad perfectionem contractus requiritur, ut scheda illa in mundum redigatur. Quod si instrumentum non ab ipsis contrahentibus, sed ab alia persona privata scriptum sit, id pro completo habetur, cum utriusque contrahentis subscriptione confirmatum est. Si vero instrumentum sit publicum, puta conficiendum per tabellionem sive notarium, id non aliter completum intelligitur, neque vires ullas habet, quam si à notario exceptum perfectumque, partibus prælectum fuerit, atque ab ipsis approbatum, *hoc text. & d. l. contractus.* De requisitis instrumenti publici, & quæ de more inseri solent, vid. *Covar. pract. q. 20. Wesemb. parat. de fid. instr. Althus. lib.3. c.43. n.13. & seqq. cum ibi citatis.*

Donec aliquid deest, pœnitentiæ locus est] Cum contractum in scriptis fieri placuit, scriptura ad substantiam contractus pertinere incipit: & ideo quamdiu instrumentum perfectum non est, obligatio non nascitur, & nihil dum actum intelligitur, qua de causa interim etiam pœnitentiæ locus est, licetque alterutri à negotio, quod institutum est, sine pœna discedere. Cæterum hoc ita, nisi quid arrharum nomine datum sit. Quod cum factum est, placet quidem, adhuc sine mutuo consensu recedi posse; sed emptorem consilium mutantem, quod dedit, amittere; venditorem ejus, quod accepit, duplum restituere, *d. l. contractus, C. de fid. instr. & hoc nostro text.*

Sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata sit] Id est, celebrari cœpta sit; quam esse mentem 12
Justiniani, ex eo intelligitur, quod ante dixit, pœnitentiæ locum esse, quamdiu aliquid deest ad perfectionem contractus. Hoc enim ipso aperte significat, cum contractus est perfectus, & nihil amplius ad constitutionem obligationis desideratur, pœnitentiæ locum non esse, nec posse ullo modo unum invito altero ab eo recedere. Ex ipsa constitutione Justiniani *d. l. contracto.* Id elucet clarius, *verb. super facienda emptione.*

one. Item *non precedente contractu.* Item *qui vendere pollicitus est.* Quæ omnia manifeste ostendunt, nec arrhis datis pœnitentiæ locum esse, nisi contractu adhuc imperfecto. Putaverit autem forte aliquis, hoc non convenire cum eo, quod arrhæ dicuntur esse argumentum emptionis contractæ: ex eo enim sequitur, arrhas non dari, nisi contractu jam perfecto. Responf. Verum est, arrhas plerumque quidem contractu demum perfecto dari solere: cæterum nihil prohibet, quominus & ante contractum dentur super facienda emptione ei, qui vendere pollicitus est, quæ sunt verba *d. l. contractus.* Et in ipso actu contrahendi, quamdiu adhuc contractui aliquid deest, ut est in hoc text. neque id tantum cum in scriptis res geritur, verum etiam cum sine scriptis. Neque enim statim inter partes de pretio convenit: accessionem quoque & finium definitio sæpe tractum temporis habet, & interim aliquid arrhæ nomine dari potest ab eo, qui de re emenda tractare cœpit, ne quis alius facile prævertat. Concedunt omnes, si sine arrhis emptio celebrata sit, recedi à negotio sine communi consensu
13 non posse: ceterum si arrhæ intervenerint, putant plerique, etiam tunc locum pœnitentiæ dari, cum contractus jam perfectus est, & posse adhuc ab eo discedi hac conditione, si emptor discedere volens arrhas relinquat, venditor recedens reddat duplicatas. Quod minime ferendum est. Quid enim certius hac juris sententia, obligationi semel constitutæ renuntiare invito adversario non licere? *l. 5. C. de obl. & act.* Atque hoc vel maxime valet in contractu emptionis & venditionis, *l. ab emptione 58. de pact. l. 1. & 2. Cod quand. lic. ab empt. disc.* Usque adeo ut constitutum sit, nec ex rescripto Principis ab emptione jure perfecta recedi posse, *l. 3. C. de resc. vend.* Non mutat hanc sententiam arrharum post contractum perfectum interventus, sed magis firmat: quoniam arrhæ non dantur infirmandæ emptionis causa, sed confirmandæ: dantur enim tunc in hoc, ut sint argumentum emptionis jam contractæ, *hoc text. & l. quod sæpe 35. eod.* Jam vero absurdissimum est, id quod ad confirmationem contractus datur, ad eversionem ejus flecti: & omnino falsum est, quod pro defensione contrariæ sententiæ affertur, datione arrharum hoc tacite agi intelligi, ut liceat alterutri ab emptione contracta recedere cum jactura arrharum aut duplicatarum restitutione. Neque interpretis est, hujusmodi tacita pacta sine auctoritate legum, & contra mentem atque intentionem contrahentium introducere. Non obstat, quod is, qui nominatim in rem aliquam sibi cavet, aliis beneficiis & remediis renuntiare videtur, per *l. & habet. 15. §. 3. de precar. l. ult. C. de pact. conv. tam sup. dot.* Id enim tunc obtinet, quando quis sua cautione sibi prospexit de re aliqua, in qua illi prospicitur jure sine cautione privata, ut ostendunt exempla prædd. ll. Locum autem non habet in pluribus cautionibus, quibus quis sibi privatim prospicit. Hoc enim cum fit, posterior cautio præcedentem obligationem magis confirmat, *l. 4. §. si ex conventione, de re jud. l. prædia 28. de act. empt.* Et sic etiam fit in proposito: nam qui emit, privata cautione sibi parat actionem ex empto; ac proinde nova cautione arrharum non debet videri à priore obligatione recessisse, sed eam magis voluisse confirmare. Hanc sententiam non obscure probant *Jo. Fab. hic. Cyn. & Bart. in d. l. contractus.* certius confirmant *Oldendorp. class. 4. act. 2. Wesemb. par. n. 9. Don. ad. d. l. contractus, n. 12. & seqq. Diod. Tulden. ad tit. C. quand. lic. ab empt. disc. n. 2. Christin. vol. 3. decis. 70. n. 2.* & consuetudine receptam testatur Busius ad *l. 35. in fin. hoc tit.* in Gallia tamen contraria obtinet, teste Pacio in *d. l. contractus, n. 12.*

Qui recusat adimplere contractum] Id est, qui recusat institutam emptionem perficere, aut stare placito emptionis & venditionis futuræ; quod ex iis, quæ præcedunt, perspicuum est. *Adimplere* igitur hic positum pro *perficere*, ut contra *perficere contractum*, dixit pro *implere*, *d. l. contractus, circa med.* Cæterum cum proprie & distincte loqui volumus, emptionem perfici dicimus solo consensu in mercem & pretium, impleri harum rerum præstatione. Illud simplicem perfectionem & constitutionem obligationis significat; hoc finem ultimum contrahentium, numerationem pretii & rei venditæ traditionem.

TEXTUS.

De pretio certo vel incerto vel in arbitrium alienum collato.

1. *Pretium autem constitui oportet: nam nulla emptio sine pretio esse potest. Sed & certum esse pretium debet: alioqui si inter aliquos ita convenerit, ut quanti Titius rem æstimaverit, tanti sit empta, inter veteres satis abundeque hoc dubitabatur, constaretne venditio, an non. Sed nostra decisio ita hoc constituit, ut quoties sic composita sit venditio:* Quanti ille æstimaverit, *sub hac conditione staret contractus, ut siquidem ille, qui nominatus est, pretium definierit, tunc omnimodo secundum ejus æstimationem & pretium persolvatur, & res tradatur, & venditio*

ad effectum perducatur: emptore quidem ex empto actione, venditore ex vendito agente. Sin autem ille, qui nominatus est, vel noluerit, vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto. Quod jus cum in venditionibus nobis placuerit, non est absurdum & in locationibus & in conductionibus tradere.

NOTA.

1. NULLA EMPTIO SINE PRETIO] *l. 5. §. 1. h. t.* quemadmodum nec sine re, quæ veneat, *l. 8. eod.* Itaque non valet emptio donationis causa contracta, *l. 36. l. 38. eod.* nec cum dicis causa & ἀφοσιωμένως res venditur uno nummo: quæ non vera, sed imaginaria venditio est, *l. 55. eod.* & donationis instar inducit, *l. 46. locat. l. 3. l. 9. C. hoc tit.* Denique nummus unus pretium non est, *l. 10. §. ult. de acq. poss.* emptionis autem substantia consistit ex pretio, *l. 72. h. t.*

COMMENTARIUS.

1 *Emptionis substantiam ex pretio consistere: & quid inde.*
2 *Pretium certum constitui oportere, & quando id constitutum intelligatur.*
3 *Emptionem non contrahi, cum definitio pretii generaliter alieno arbitrio permissa est: secus si arbitrio certæ personæ.*
4 *Quid si res vendita sit eo pretio, quod duo periti à partibus eligendi constituent.*
5 *Arbitratoris manifestam iniquitatem corrigi posse officio judicis.*
6 *Explicabitur l. in lege 24. in pr. locat. & alia quædam observatu digna notantur.*

1 QUemadmodum sine re, quæ veneat, nulla emptio intelligitur; *l. 8. hoc tit.* ita nec sine pretio, quod vicissim præstetur, emptio esse potest, *l. 2. §. 1. eod. l. 1. de rer. perm. l. pacta conventa 72. hoc tit.* ubi Papinianus ait, *emptionis substantiam consistere ex pretio.* Itaque non valet emptio, quæ donationis causa contrahitur, *l. cum in venditione 36. l. si quis 38. eod.* aut cum dicis causa: prætextu pretii quæsito, res venditur uno nummo, *l. si quis 46. locat.* quæ non vera, sed imaginaria venditio est, *l. nuda 55. d. l. si quis 38. hoc tit. l. imaginaria 16. de reg. jur.* Plane, si non id actum sit, ut totum pretium condonetur, sed res viliore pretio, licet donationis causa, vendita fuerit, placet valere venditionem, extra quam si hujusmodi venditio facta sit inter virum & uxorem, *d. l. 38.* In pretio duo desiderantur; unum, ut id certum sit; alterum, ut custodiatur in pecunia numerata. De priore tractatur hoc §. de posteriore §. seq.

Certum esse pretium debet] Quamdiu pretium incertum atque indefinitum est, emptio imperfecta censetur, nec ulla nascitur obligatio. Itaque si emere volenti venditor sic dicat, *Habebis rem emptam, quanti postea æstimabitur,* nihil adhuc actum intelligitur. Enimvero si traditio secuta sit, volunt DD. comm. inde resultare contractum innominatum, quam sententiam probat *Fachin. 2. contro v. 1. Bus. in l. 1. de rer. permut.* contra *Pinell. part. 2. rubr. de resc. vend. Gomez. 2. resol. 2. num. 9.* Quod ego in medio relinquo. Certum duobus modis dicitur, vel simpliciter, cum ab initio certa quantitas exprimitur, vel de quo constat per relationem ad rem certam; veluti si ita dicat venditor, *quanti tu emisti, quantum pretii in arca habeo.* Nam licet hic pretium in præsentia occultum sit & apud contrahentes incertum, re tamen ipsa & in veritate certum definitumque est, *l. 7. §. ult. hoc tit.* Bene Justinianus, *Quæ per rerum naturam certa sunt, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint, §. pen. sup. de verb. obl.* Quid ergo si venditor sic dixerit, *Res tibi erit empta justo pretio,* aut *eo pretio, quod justum declarabitur*? Adhuc imperfectum negotium videtur: quoniam & justi pretii modus incertus est; quippe quod constitui non potest, nisi ex arbitrio boni viri, quod in mercibus una, & æquali forma non continetur. Ita post *DD. comm. Pinell. d. part. 2. n. 19. & seq. Gomez. d. loc. n. 9. Surd. decis. Mant. 82. n. 14. Fach. 2. contr. 1.* Assentior autem Surdo *d. decis. in fin.* & D. Tuldeno *comm. hic, cap. 4.* qui venditionem justo pretio factam valere existimant in iis mercibus, quibus publice pretium constitutum est, ut sæpe panis, vini, frumenti, carnium, aliarumque rerum ad victum quotidianum pertinentium pretium magistratus definit. Hoc enim casu partes per justum pretium non aliud, quam illud ipsum, quod publice determinatum est, intellexisse videri possunt. Constat autem, etiam illud pro certo haberi, quod certum evadit ex relatione ad id, quod certum est. Et hinc infert *Gomez. d. loc.* valere venditionem vini, olei, tritici & similium rerum, factam eo pretio, quo communiter talis res vendatur in foro publico, tali die vel tempore.

Inter veteres dubitabatur] Dubitatum olim fuit, an valeret emptio definitione pretii collata in arbitrium alterius. Quidam id affirmabant, quasi res omnis in arbitrium boni viri rejecta censeri deberet; nec incertum videri, cujus definitio pendeat à tali

tali arbitrio, quod uno & perpetuo tenore constat. Alii id negavere, hoc forte argumento nixi, quod pretia rerum æstimatione communi, non ex affectu singulorum, funguntur, *l. pretia 63. ad leg. Falc.* Fuere denique, qui distinguendum existimabant, utrum electum esset arbitrium boni viri simpliciter, an vero nominatim arbitrium certæ personæ. Hanc quæstionem Justinianus *hoc §. & l. ult. C. eod.* ita decidit, ut si definitio pretii collata sit in arbitrium certæ personæ, puta hoc modo. *Fundus ille tibi emptus est, quanti Titius æstimaverit,* hac conditione staret emptio, si persona nominata pretium definiret. Quod si ille, qui nominatus est, vel noluerit pretium definire, vel non potuerit, forte jam mortuus, tum emptio nulla sit, quasi nullo pretio constituto. Illud autem semper constitit, in arbitrium unius ex contrahentibus definitionem pretii frustra conferri, *l. quod sæpe 35. §. 1. hoc tit.* ne scilicet in potestate ementis aut vendentis sit, utrum debeant, an non debeant, *l. 7. in pr. eod. l. 13. C. eod. l. 2. §. 3. quod cert. loc. Pinell. d. part. 2. cap. 1. num. 6. Gomez. de resol. cap. 2. n. 19.*

Quanti ille æstimaverit] Arbitrator scilicet nominatim electus: nam si pretium alieno arbitrio generaliter permissum sit, placet emptionem non contrahi, uti nec locationem, mercede in alienum arbitrium indefinite collata, *l. si merces 25. princ. locat.* veluti, *fundus tibi emptus est, quanti alii æstimabant,* aut *quanti vir bonus æquum putaverit,* non facta relatione ad judicem vel certam personam, *arg. d. l. ultim. C. hoc tit. Pinell. d. loc. num. 5.* Quid
4 vero si emptio facta proponatur eo pretio, quantum constituent duo periti eligendi; alter ab emptore; alter à venditore? Consequens est superioribus, ut dicamus, emptionem non valere; quoniam ne hic quidem certa persona designatur; adeoque eadem hic incertitudo est, quam habet designatio justi pretii, vel pretii in arbitrium boni viri collatio: nam & hæc sic interpretaremur, ut eligeretur aliquis, qui neutri improbaretur, aut ut quisque eligeret unum, qui pretium statueret aut justi pretii modum. Quin fieri etiam potest, ut ipsi contrahentes circa electionem peritorum dissentiant: neque enim hæc peritia certum usque habet tenorem: Non obstat *l. 16. §. ult. de pign.* nam ibi negotium subsistit ex pacto pignoris. Ita pro Pinello *d. loc. num. 6.* contra Fachinæum 2. *contr.* 1. & sententiam communem disputat D. Tuldenus *comm. hic cap. 5.* communis tamen sententia in foro obtinet, ac consuetudine hujus seculi potissimum inter mercatores viget. *D. Paul. Bus. in l. 1. n. 8. de rer. perm.*

Omnimodo secundum ejus æstimationem] Hoc idem expressum est in ipsa constitutione Justiniani *l. ult. C. hoc tit.* Ergo etiamsi Titius arbitrator multo pluris aut minoris rem æstimaverit, quam valet, dicendum est valere contractum. Sane si arbitrium 5
Titii tam pravum est, ut manifesta ejus iniquitas appareat, consentiens fere omnium opinio est, arbitrio boni viri iniquitatem corrigi posse. Quod sic accipiendum est, corrigi posse, non remedio aliquo restitutorio, sed officio judicis, quod actioni bonæ fidei subservit, exemplo societatis. Ut enim, si partibus societatis definiendis arbiter electus partes manifeste iniquas constituerit, iniquitas arbitrii per judicem corrigitur instituta actione pro socio, *l. in proposit. 78. & seq. pro soc.* ita quoque si pretio declarando sumptus in contractu emptionis, aperte iniquum & nimis magnum definierit, & venditor illud petat, poterit judex, ostensa iniquitate, ex officio id moderari, propter clausulam ex bona fide. Ita *DD. comm. hic, & in d. l. ult. C. eod.* Quæ sententia cum sit æquitati plane consentanea, utique civiliter accipi oportet, quod hic ait Justinianus, omnimodo secundum æstimationem arbitratoris pretium solvendum esse, ut scilicet his verbis non excludatur officium judicis in corrigenda manifesta iniquitate, etiamsi ea dimidium justi pretii non excedat: nam ad eam, quæ excedit, rescindendam speciale remedium competit, *l. 2. C. de resc. vend.* Inter quæ hoc interest, quod officium judicis locum non habet, nisi cum re adhuc integra agitur ex empto aut vendito ad implendum contractum: nam si juxta factam æstimationem res tradita sit & pretium solutum, officio judicis corrigi iniquitas non potest. Quod si ultra dimidium justi pretii alteruter læsus sit, hic locus est remedio rescissorio, *d. l. 2. Cod. de resc. vend. add. Bachov. comm. hic, & D. Tulden. cap. 9.*

Pro nihilo esse venditionem] Igitur in proposito non recurritur ad arbitrium alterius, tanquam electum sit arbitrium boni viri. Idque etiam ante Justinianum in partibus societatis definiendis obtinuisse constat, *l. si coita. 75. pro soc.* Quin etiam Ulpianus generaliter respondet, non esse recedendum à persona ejus, cujus arbitrium insertum est, *l. si quis 43. de verb. obl.* Neque hic obstat, quod scriptum est, *l. in lege 24. pr. locat.* si in lege locationis comprehensum sit, ut alterius arbitratu opus approbetur, boni viri arbitrium comprehensum videri: nam istic 6
non contractus aut substantialis aliqua pars contractus in arbitrium alterius confertur, sed mercede pro opera constituta, & sic contractu jam perfecto, accidentale aliquid, nimirum qualitas seu approbatio operis, quod redemptor faciendum conduxit. In hujusmodi specie id actum merito intelligitur, ut arbitrium tale præstetur, quale viro bono convenit, ne alteri injuria fiat; & hoc bona fides exigit. Pari de causa si quid accidentale (nam essentialia non possunt) arbitrio alterutrius è contrahentibus permissum sit, placet in viri

in viri boni arbitrium id collatum videri, ut actus sustineatur; qui frustraneus foret, si persona contrahentis tantum comprehensa intelligeretur; quippe in cujus potestate sit, non arbitrari, *l. 7. pr. hoc tit. d. l. 24. locat.* In testamentis, in quibus voluntates plenius interpretamur, *l. 12. de reg. jur.* hoc perpetuum est, ut legatum in alterius arbitrium collatum, in boni viri arbitrium collatum intelligatur; & sive is, in cujus arbitrium collatum est, arbitretur, sive non arbitretur, semper utile sit, *l. 1. de leg. 2. l. 3. §. 1. C. comm. de. legat.*

Et in locationibus] *d. l. ult. C. hoc tit.* Verba pene integra constitutionis Justiniani, quæ & hoc §. repetuntur, ad Gajum in *l. merces 25. princ. locat.* appinxit Tribonianus.

TEXTUS.

In quibus pretium consistat. Differentia evictionis & permutationis.

2. *Item pretium in numerata pecunia consistere debet. Nam in cæteris rebus an pretium esse posset, valde quærebatur; veluti, an homo, aut fundus, aut toga, alterius rei pretium esse possit. Et Sabinus & Cassius etiam in alia reputabant, pretium posse consistere: unde illud, quod vulgo dicebatur, permutatione rerum emptionem & venditionem contrahi: eamque speciem emptionis & venditionis vetustissimam esse. Argumentoque utebantur Græco Poëta Homero, qui aliquam partem exercitus Achivorum vinum sibi comparasse ait permutatis quibusdam rebus, his verbis:*

Νῆες δ' ἐκ Λήμνοιο παρέςασαν οἶνον ἄγουσαι.
Ἔνθεν ἄρ' οἰνίζοντο καρηκομόωντες Ἀχαιοὶ,
Ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἴθωνι σιδήρῳ,
Ἄλλοι δὲ ῥινοῖς, ἄλλοι δ' αὐτοῖσι βόεσσιν,
Ἄλλοι δ' ἀνδραπόδεσσι.

Hoc est.

Advecta è Lemno tunc vina fuere carinis,
Inde capillati sibi vina parare Pelasgi:
Ære micante alii, nitido pars altera ferro,
Pars bubulis tergis, ipsis plerique juvencis,
Pars quoque mancipiis.

Diversæ scholæ auctores contra sentiebant; aliudque esse existimabant permutationem rerum, aliud emptionem & venditionem: alioqui non posse rem expediri, permutatis rebus, quæ videatur res venisse, & quæ pretii nomine data esse: nam utramque videri & venisse & pretii nomine datam esse, rationem non pati. Sed Proculi sententia, dicentis, permutationem propriam esse speciem contractus à venditione separatam, merito prævaluit: cum & aliis Homericis versibus adjuvabatur, & validioribus rationibus argumentabatur. Quod & anteriores Divi Principes admiserunt, & in nostris Digestis latius significatur.

NOTÆ.

2. PERMUTATIONE RERUM EMPTIONEM CONTRAHI] Permutatio instar obtinet emptionis, Unde in ædilitio edicto cum permutatum est, uterque & venditoris & emptoris loco habetur, *l. 19. §. pen. de ædil. edict.*

ANTERIORES D. PRINCIPES] Diocletianus & Maximianus, *l. pen. C. de rer. perm.*

COMMENTARIUS.

1 *Summa disputationis Pauli in l. 1. hoc tit.*
2 *Pretium in alia re, quam pecunia numerata, constitui non posse, ex sententia Proculi.*
3 *Excutiuntur argumenta, quibus Sabinus probare conatus est, permutatione rerum emptionem contrahi.*
4 *Usum pecuniæ signatæ perantiquum esse.*
5 *Quibus & quam validis rationibus Proculus demonstrarit, emptionem & permutationem planè diversa esse.*
6 *Defenditur Sabini & Cassii sententia.*

ANtiquissima ratio commutandi inutilia cum uti- 1
libus, & comparandi res necessarias, permutatio fuit: quæ cum duo hæc incommoda haberet, unum, quod non semper concurrebat, ut quod alter haberet, alter desideraret; alterum, quod etsi concurreret, inæqualis tamen rerum esset æstimatio: invento tandem nummo, quo res cæteræ æstimarentur, & qui men-

mensura esset omnium, his difficultatibus occursum est; cœperuntque homines res sibi necessarias comparare pretio earum in nummis seu pecunia numerata vicissim dato: quod genus commercii emptio & venditio appellatur, & secundum Nervæ ac Proculi sententiam à permutatione multum distat. Hæc summa est disputationis Pauli in *l. 1. hoc tit. & hujus loci.*

2 *In numerata pecunia*] Alterum, quod in pretio desideratur, est ut illud consistat in nummis seu numerata & signata pecunia. In aliis rebus pretium non posse consistere, nec rebus utrinque intervenientibus emptionem fieri, ex sententia Nervæ & Proculi pridem placuit, *hoc text. l. 1. §. 1. eod. l. 1. de rer. perm. l. 9. C. hoc tit. l. pen. C. de rer. perm.* Enimvero si pretium ab initio in pecunia numerata constitutum fuerit, consentienti postea venditori etiam alia res in solutum dari potest contractu non mutato, *l. 9. C. de rescind. vend.* quippe circa formam & distinctionem contractuum initium, non exitum, spectamus, *l. 1. §. idem Pomponius 13. depos.*

Sabinus & Cassius etiam in alia re] Sabinus & Cassius putabant, non tantum in pecunia numerata, verum etiam in quavis alia re pretium consistere posse, rerumque permutatione emptionem quoque &
3 venditionem contrahi. Utebantur ad confirmationem sententiæ suæ hoc argumento; Si emptio & venditio jam tum in usu erat, cum nondum esset nummus, nihil obstat, quominus & post repertos nummos sine iis consistat, &c. Assumptionem probabant auctoritate Homeri, qui *lib. 7. Iliad.* refert, Græcos vinum ex Lemno advectum sibi comparasse ære, ferro, tergoribus, bobus, mancipiis, utens verbo *οἰνίζεσθαι*, quod est *οἶνον ἀγοράζειν*, *vinum emere, mercari.* Alium locum ejusdem Poëtæ, & qui magis pro hac sententia facit, Paulus *l. 1. §. 1. hoc tit.* subministrat ex libro 1. *Odyss. circa finem.*

Τὴν ποτε Λαέρτης πρίατο κτεάτεσσιν ἑοῖσιν.

id est, *quam* (Eurycleam ancillam) *olim Laërtes emerat possessionibus suis.* Nerva vero & Proculus contra disputabant, pretium non nisi in nummis posse consistere, contractumque emptionis & venditionis à permutatione multum differre; quibus etiam cæteri fere assenserunt: argumenta eorum mox
4 videbimus. Illud Sabini & Cassii ex Homero non putabant esse magni ponderis. Nam verbum *οἰνίζομαι* esse ambiguum, quod pro subjecta materia & ad permutationem & ad emptionem accommodari possit: & ideo apud Poëtam *d. loc.* ad permutationem potius, quam ad emptionem referendum; quod etiam Paulus notat *d. l. 1. §. 1. hoc tit.* Illa quidem,

πρίατο κτεάτεσσιν ἑοῖσιν,

Sabini opinionem magis juvant: nam verbum *πρίαμαι* proprietate & vi sua non potest ad alium contractum, quam ad emptionem referri: & tamen emptio ista sine nummis facta est, sive verba Homeri sic interpretere, *emit possessionibus aut facultatibus suis,* id est, *de suo,* sive ut alii, *emit & emptam præfecit facultatibus suis*, ut subaudiatur præpositio *ἐπὶ*: quoniam mox subjicit Poëta, pretium datum esse viginti boum. Sed tamen ne hoc quidem satis esse videtur ad probandum, emptionem ibi revera contractam fuisse; quippe cum poëtæ, dum metro serviunt, verborum proprietatem sæpè negligere cogantur. Inspicienda semper est rei veritas, quam si sequimur, statuendum omnino videtur, emptionem & venditionem non esse, nisi nummi intervenerint, etiamsi dictum sit, me fundo meo emisse fundum tuum: & ideo Plinius *lib. 33. c. 1.* ex Homero eandem rerum permutationem referens, quæ hic memoratur, impropriè loqui credendus est, cum dicit, Græcos *vinum* emptitasse *coriis boum*, &c. Illud ex antiquis historiis, adeoque ex ipsa historia Mosis *Genes. c. 23. & c. 42.* 4
cum aliquot seqq. constat, usum nummi & signatæ pecuniæ antiquissimum esse, & Trojanis temporibus multo antiquiorem. Plinius *l. 7. c. 56.* scribit, Liberum Patrem primum instituisse emere & vendere. Qui Liber Pater temporibus Mosis fuisse dicitur multo ante bellum Trojanum quanquam primus numerorum auctor per Græciam celebratur Phædon Eleus, qui Homero longè recentior fuisse fertur; *Strabo lib. 8.*

Diversæ scholæ auctores contra] Videlicet Nerva & Proculus. Hi negabant, pretium rei venditæ in alia re consistere posse, quam in pecunia numerata, dicebantque, emptionem & venditionem diversam esse speciem contractus à permutatione. Sic vero 5
illi argumentabantur. In contractu emptionis & venditionis hæc perpetuo distincta esse oportet, pretium & mercem: sicut enim aliud est emere, aliud vendere, alius emptor, alius venditor, ita & aliud pretium, aliud mercem esse. At in permutatione uti discerni non potest, uter emptor, uter venditor sit, ita nec utra res videatur venisse, utra pretii nomine data. Rationem autem non pati, ut dicamus, utramque & venisse & pretii nomine datam, *l. 1. §. 1. in fin. hoc tit. l. 1. de rer. perm.* Atque hæc Proculi & Nervæ sententia tandem obtinuit, & constitutionibus Principum comprobata est, *l. pen. C. de rer. perm.* Paulus in *d. l. 1. de rer. perm.* duas alias inter emptionem & permutationem differentias notat. 1. Quod venditor non cogitur rem emptoris facere, sed sufficit ei ob evictionem se obligare, possessionem tradere, & purgari dolo malo: itaque si evicta res non sit, nihil venditorem debere. At in permutatione utrinque rem accipientis fieri debere; ideoque rem alienam dantem nullam contrahere permutationem, *d. l. 1. pr. junct. §. 3. 2.* Quod in emptione ex nuda conseu-

sentientium voluntate obligatio nascitur, in permutatione res demum tradita initium obligationi præbet, §. *2. ejusd. l. congruit l. 3. C. eod.* sed utrumque hoc est à civili jure Romanorum.

Aliis Homericis versibus] Puto, eos versus significari, quos Paul. *l. 1. §. 1. h. t.* citat ex *lib. 6. Iliad.* ubi Poëta refert, Glaucum centum boum arma aurea permutasse cum æreis Diomedis armis novem boum. Quo loco utitur verbo ἀμείβω, quod est proprium permutationis. Eosdemque versus in hanc sententiam etiam Theophilus citat. Sed profecto parum in utramque partem valere debet auctoritas Poëtæ, quem dici potest, dum metro servire cogitur, verborum proprietatem insuper habuisse.

Validioribus rationibus] Validissimum illud argumentum est, quod in contractu emptionis res & pretium distincta esse debent: quod nec Sabinus negabat: & tamen necessario inde sequi videtur, pro re non posse aliam rem ut pretium dari, sed opus esse pecunia signata: alioqui emptionem non esse, sed alium contractum. Atque hæc quidem ita pro Paulo Proculique & Nervæ sententia speciosè disputantur.

6 Cæterum si quod res est, fateri, & liberè philosophari volumus, verior est illa Sabini & Cassii, qui rebus etiam invicem permutatis ritè venditionem perfici dixerunt, eamque esse antiquissimam emptionis & venditionis speciem, quæ permutatione rerum contraheretur. Nam & in antiquis permutationibus, quantumvis citra nummum fierent, utique venditor ab emptore, pretium à merce distinguebatur: atque hoc tum ex rebus ipsis, quæ dabantur, tum ex animo & proposito contrahentium intelligi poterat. Qui animo rei suæ distrahendæ permutabat, erat venditor; qui alienæ habendæ, emptor. Æs, ferrum, aurum, argentum rude, pro pretio erant: sed & per boves quoque rerum æstimatio fiebat. Ita apud Homerum vinum, quod è Lemno in castra Achæorum advehebatur, merx erat, qui advehebant, venditores; Achæi autem emptores; pretium, quo vinum sibi comparabant, æs, ferrum, bubulæ pelles, boves, &c. Didymus in Homer. ὠνίζοντο οἶνον, ὠνοῦντο. Laërtes emptor Euryclеæ, pretium viginti boves. Idem Poëta arma Glauci & Diomedis pretio æstimans dicit, illum ἑκατόμβοια, hunc ἐννεάβοια habuisse. Quod si negamus, permutationem veteribus usitatam venditionis & emptionis nomine appellandam, cur hæc omnia in suis permutationibus distincta nominibus agnoscunt, emptorem, venditorem, mercem, pretium, ὠνὴν πρᾶσιν ὤνιον φόρτον? An nulla tunc temporis mercatura, nullæ res venales, nulli emptores aut venditores fuerunt? & cur non loco pecuniæ signatæ res alia, puta æris, argenti aut ferri rudis massa, aut quid aliud, quod in ἀντιδόσει detur pretio fungi queat, licet ex nummi usu certius hæc distincta? Est tamen species aliqua permutationis veteribus etiam nota, ab emptione & venditione planè diversa, & in qua nullo modo discerni potest, uter emptor, uter venditor sit, utrum pretium, utrum merx; nimirum ubi quis non animo vendendi rem suam cum altero permutat, qui nec ipse rem alienam emptam velit; sed cum ita inciderit, ut huic res alterius, illius alteri placeat, si de commutando invicem convenerint, veluti si arma cum armis, chlamys cum chlamyde, fundus cum fundo fortè commutentur: quod genus permutationibus Græcis propriè ἀμοιβὴ, Gallis *troq*, Batavis *rupling* appellatur: quibus verbis emptionis & venditionis nomina minimè conveniunt. Fusius in hanc sententiam differit doctissimus Salmasius *lib. de usur. cap. 13.* & tanto judice in hac quæstione vincit schola Cassii & Sabini.

Textus.

De periculo, & commodo rei venditæ.

3. *Cum autem emptio & venditio contracta sit, (quod effici diximus simul atque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur) periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit, vel aliqua parte corporis læsus fuerit, aut ædes totæ, vel aliqua ex parte, incendio consumptæ fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquæ, aut arboribus turbine dejectis, longè minor aut deterior esse cœperit, emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quicquid enim sine dolo & culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed & si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accesserit, ad emptoris commodum pertinet. Nam & commodum ejus esse debet, cujus periculum est. Quod si fugerit homo, qui veniit, aut surreptus fuerit, ita ut neque dolus, neque culpa venditoris inter-*

vere-

venerit, animadvertendum erit, an custodiam ejus usque ad traditionem venditor susceperit, Sanè enim si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet: si non susceperit, securus est. Idem & in cæteris animalibus, cæterisque rebus intelligimus. Utique tamen vindicationem rei, & condictionem exhibere debebit emptori: quia sanè qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. Idem etiam est de furti, & de damni injuriæ actione.

NOTÆ.

3. CUM SINE SCRIPTURA] Et purè: nam si sub conditione, non ante emptio perficitur, quam conditio impleta sit; & ideo interim periculum venditorem respicit, *l. 7. h. t. l. 8. de per. & comm. rei vend.* cui respectu periculi similis venditio vini, olei, &c. pretio in singulas amphoras aut metretas constituto, *l. 35. §. 5. h. t.*

PERICULUM REI VENDITAE] Id est, certæ speciei. Aliud est, si quis v. c. vendiderit decem boves in genere: nam genus perire non potest, *l. 11. C. si cert. pet.*

EMPTORI TRADITA NON SIT] Dummodo culpa aut mora venditoris non intercesserit, *l. 23. l. 91. § 3. de verb. obl.*

SINE DOLO ET CULPA] Emptio & venditio est contractus, in quo utriusque utilitas versatur. Itaque ex natura horum contractuum venditor non nisi dolum & culpam præstat, *l. 5. §. 2. commod.*

DAMNI INJURIAE] Ex lege Aquilia, *v. inf. lib. 4. tit. 3.*

COMMENTARIUS.

1 *Summa juris constituti de periculo & commodo rei venditæ.*
2 *Quando emptio perfecta intelligatur: ex quo de periculo & commodo statuendum.*
3 *Periculi nomine plerumque quidem etiam casum fortuitum intelligi, sed non semper.*
4 *Quid si res vendita, quæ pondere, numero, mensura constet.*
5 *Quid si vinum, quod veniit, degustatum sit, nondum admensum.*
6 *Conventione naturam contractus immutari posse: & quid si culpa aut mora venditoris intervenerit.*
7 *Auctoritates & rationes, quibus evincitur, rei venditæ periculum statim ad emptorem pertinere.*
8 *Occurritur argumentis auctorum contrariæ sententiæ, & explicatur l. 33. locat.*
9 *Quid juris apud nos ex constitutione Caroli V. 1529.*
10 *Venditorem levis duntaxat culpa, non etiam levissimæ nomine teneri, nisi custodiam rei in se susceperit.*
11 *Cur vindicatio rei & cæteræ actiones hic memoratæ ante traditionem emptori non competant, sed à venditore eæ præstandæ.*

INtroducitur hoc loco quæstio de periculo & commodo rei venditæ & nondum traditæ, ad utrum interim utrumque pertineat, ad venditoremne, an ad emptorem. Quæstio insignis, & quæ separatim propriis *tit. in ff. & C.* explicari meruit. Summa juris 1
de hac specie constituti hæc est: Placet, simul atque emptio perfecta est, licet res nondum tradita sit, omne commodum, & vicissim omne periculum atque incommodum rei, quod sine facto venditoris contingit, emptorem sequi. Sententia innumeris locis tradita, *l. 7. l. 8. de per. & comm. rei vend. l. 1. l. 4. l. pen. & ult. C. eod. l. quod sæpe. 35. §. si res 4. hoc tit. l. 5. §. ult. de resc. vend. cum simil. & hoc text.* Quamobrem necessario sciendum est, quando emptio perfecta censeatur: tunc enim sciemus, cujus periculum aut commodum sit. Et quidem si pura est 2
emptio, & sine scriptura negotium geritur, statim ea perfecta intelligitur, ut de pretio convenit; si in scriptis rem geri placuit, instrumento contractus ritè confecto; tunc enim obligatio constituta est, à qua sine communi consensu recedere non licet; sed hoc solum restat, ut partes fidem contractus impleant, emptor pretium persolvat, venditor rem tradat, ad quod ille actione ex vendito, hic actione ex empto compelli potest, de quo uberius explicatum est in *pr. hujus tit.* Quod si sub conditione emptio contracta sit, tunc ea perficitur, cum impleta fuerit conditio, *l. 7. l. si quis 37. hoc tit. d. l. 8. de peric. & commod.* Itaque ubi purè res venit, statim periculum & commodum ad emptorem respicit: ubi sub conditione, cum conditio extiterit: nam si defecerit cõditio, nulla est emptio: pendente autem conditione quod damnũ aut commodum cõtingit, ad venditorem pertinet; ut tamen si res adhuc extet, licet casu aliquo deterior facta, placeat hoc damnum emptoris esse: distinctio tradita in *d. l. 8. de peric. & commod. rei vend. facit. l. 10. eod. l. 5. C. eod.* Qui vero periculum dicit, is quidem ple- 3
rumque etiam casum fortuitum intelligit, *l. 4. l. 11. de reb. cred. l. si gratuitam 17. §. 1. 2. pen. de præscr. verb. l. 12. cum 2. ll. seqq. de peric. & com-*

mod. l. 1. C. de commod. l. 9. C. de pign. act. sed non semper. Nam interdum etiam periculo nostro res esse dicitur, in qua culpam præstamus, & maximè levissimam, non etiam casum improvisum, *l. 13. §. 1. de lib. caus. l. qui mercedem. 40. locat. l. non ob eam 25. pro soc. l. 14. §. qualis 16. de furt. l. 1. §. sæpe. 35. depos. l. 3. pr. naut. caup. stab.* & passim hæ phrases occurrunt, *periculum custodiæ subire; periculo culpæ, negligentiæ subjici, adstringi, illigari, l. un. §. quod si 4. furt. adv. naut. caup. l. tutores. 39. §. tutores 12. & l. seq. de adm. tut. d. l. 1. §. sæpe depos.* In quæstione proposita prior significatio obtinet.

4 In rebus, quæ pondere, numero, mensura constant, veluti frumento, vino, oleo, argento, modo ea servantur, quæ in cæteris, ita ut simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio: modo ut etiamsi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio (utique ratione periculi) quam si admensæ, appensæ, adnumeratæ sint. Est vero in his rebus probata hæc distinctio, ut si omne vinum, vel oleum, vel frumentum, vel argentum uno pretio seu aversione venierit, idem juris sit, quod in cæteris rebus, perfectaque emptio intelligatur, statim ut de pretio convenit. Quod si hæc non uno pretio, sed ita venierint, ut in singulas amphoras vini, in singulas metretas olei, in singulos modios frumenti, in singulas libras argenti, certum pretium diceretur, non prius, quantum ad periculum, perfecta videatur venditio, quam res hujusmodi adnumeratæ, admensæ, appensæve sint, quasi venditio sub hac conditione contracta sit: textus elegans in *l. quod sæpe. 35. §. in his 5. hoc tit. l. 2. C. de per. & comm. rei vend.* Ergo si quod damnum rei venditæ interea contigerit, ad venditorem, non ad emptorem, id pertinebit, quasi imperfecta adhuc emptione, *l. 1. de peric. & commod. d. l. 2. C. eod.*

5 Quid autem dicimus, si vinum degustatum sit, sed nondum admensum? Non poterit verum esse, quod dici solet, plenissimè videri venisse vinum, cum fuerit degustatum, atque ex eo tempore periculum ad emptorem spectare, *d. l. 1. de peric. & commod.* Id enim tunc rectè dicitur, cum singulatim emptæ sunt certæ vini amphoræ, perfectaque venditio est. Cui convenit, quod Paulus ait, aliam causam esse degustandi vini, aliam metiendi: gustum enim ad id tantum proficere, ut improbare liceat; mensuram vero non ut plus vel minus veneat, sed ut appareat, quantum ematur, *l. si in emptione. 34. §. alia causa. 5. hoc tit.* Proinde facta etiam degustatione, cum nondum perfecta emptio est periculum qualitatis, puta acoris, aut mucoris, non minus quam substantiæ, spectabit ad venditorem; quippe ad quem omne damnum pertinet, quod ante perfectam venditionem contingit. Planè, si emptor vina degustaverit, & malè probaverit, jam tum fortè acida aut mucida, de se queri debebit, nec eo solo prætextu, quod nondum perfecta sit emptio, ea improbare postea poterit, quæ semel probavit, *l. si vina. 15. de peric. & commod. vid. Gloss. & DD. in d. l. quod sæpe. §. 4. & 5. hoc tit. & ad l. 1. ff. l. 2. C. de peric. & commod. rei vend. Gomez. 2. var. resolut. cap. 2. num. 32. Afflict. decis. 280. num. 4. & decis. 399. Ant. Capic. decis. Neap. 14.* eleganter Anton. Fab. *Cod. suo de per. & commod. rei vend. defin. 1. Christin. vol. 3. decis. 74.* Atque ita quidem, ut diximus, res se habet ex natura contractus. 6 Cæterum sciendum est, naturam contractus posse immutari conventione contrahentium, atque effici, ut & damnum, quod post perfectam emptionem contingit, non ad emptorem, sed ad venditorem pertineat; & quod ante perfectam emptionem contingit, pertineat ad emptorem, *l. 1. l. 10. de per. & comm. rei vend.* quippe contractus ex conventione legem accipiunt, *l. contractus 23. de reg. jur.* Præterea regulam, secundum quam periculum post perfectam venditionem ad emptorem respicit: non sequimur, si res perierit aut deterior facta sit culpa venditoris; sed aliam communem omnium contractuum, in quibus utriusque utilitas versatur, ut dolum & culpam venditor præstet, *l. 5. §. 2. commod. d. l. 23. de reg. jur.* Pertinet huc species *l. 12. junct. l. 14. in pr. de peric. & commod.* Postremo & mora venditoris regulam mutat, facitque, ut periculo rei venditæ etiam post perfectum contractum venditor subjiciatur, *l. 4. l. ult. C. eod. tit.* Sed hic vires recipit regula, si postea iterum offerente venditore emptor moram fecerit in accipiendo, *l. illud 17. d. tit.* estque hoc jus commune omnium debitorum, *l. 5. de reb. cred. l. si ex legati. 23. l. si servum 91. §. 3. de verb. obl.*

7

Periculum rei venditæ ad emptorem statim pertinet] Hoc constanter à veteribus traditum est, cum omnibus illis locis, quos superius in hanc sententiam allegavimus, tum etiam pluribus aliis, ut *l. 10. §. 1. l. 11. de per. & commod. l. 2. §. 1. l. 4. §. idem 4. de in diem addict. l. si ea res 31. de act. empt. l. ultim. de cond. ca. dat. l. 15. de jur. dot. l. 11. §. plane 9. & seq. quod vi aut clam. l. soluturus 39. de solut.* efficiturque etiam his rationibus. 1. Quoniam casus fortuiti nullo bonæ fidei judicio præstantur, *l. 6. C. de pign. act.* imo in universum nullo judicio, *l. 23. de reg. jur.* 2. Quia ex natura contractuum, qui utriusque gratia fiunt, venditor non nisi dolum & culpam in re vendita præstat, *l. 5. §. 2. com.* 3. Quia omnes debitores certæ rei liberantur, si ea res sine culpa eorũ perierit, *l. si ex legati. 23. de verb. obl. l. 5. de reb. cred.* 4. Quia ad quem pertinet commodum, is secundum naturæ regulam & incommodum ferre debet. 8 Atqui illud pertinet ad emptorem, &c. Objicitur tamen huic sententiæ *l. 9. C.*

l. 9. C. de pign. act. ubi Impp. consulti, si res pignori data casu perierit, utrius id detrimentum sit, debitorisne, an creditoris, respondent, pignus perire debitori, addita hac ratione, quia pignus in bonis debitoris maneat, quæ ratio hanc includit sententiam, ut necesse sit rem perire ei, qui rei dominus est. Hoc autem si verum esse fatemur, eadem ratione dicendum videtur, rem venditam & nondum traditam periculo venditoris interemisse, eamque non emptori perire, sed venditori, utpote qui rei dominus maneat usque dum tradita sit, *hoc* §. *in fin.* Respondeo, malè ex *d. l. 9.* generaliter colligitur, rem semper perire suo domino: sed hoc rectè, perire suo domino, si idem dominus sit & creditor in ea re, id est, cui res ex obligatione restitui debet; uti accidit in re deposita, commodata, locata, item in re pignori data. Nam qui pignus dedit, is quidem habita ratione sortis debitor dicitur, sed in repetenda re pignorata creditor est. In his inquam omnibus rectè dicitur, si res debita casu pereat, eam perire domino; nimirum quia idem est creditor, qui dominus: est autem regula certi & perpetui juris, si res debita sine culpa debitoris perierit, debitorem eo interitu liberari, *l. 5. de reb. cred. l. 23. de verb. obl.* At ex diverso, si idem qui dominus rei est, sit & debitor ejusdem rei, puta ex causa legati, stipulationis aut venditionis, semper adversario res perit, domino nunquam: quod efficitur ex eadem regula, secundum quam creditori res perit, etiamsi dominus non sit; debitori non perit, quamvis idem sit dominus, *dd. loc.* Unus locus Africani in *l. si fundus 33. locat.* turbavit summos viros, Cujacium *tract. 8. ad African. Borcholt. Vultejum hic.* ut contra tot expressos textus, & manifestam rationem juris, putarint & docuerint, periculum rei venditæ, usque dum tradita sit, ad venditorem pertinere. Ego vero nihil video apud Africanum, quod hanc sententiam juvet. Ait Africanus, *Si fundus vendit us prius, quam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenetur venditor ex empto, ut pretium restituat.* Igitur in specie illic proposita res propriè non periit, sed venditori ablata adhuc extat. Hoc autem cum evenit tenetur venditor, actiones suas emptori præstare, *l. 14. pr. de furt. & in calce hujus* §. Quod si nullas actiones venditor habeat, aut, ut in casu *d. l. si fundus*, culpa sua inanes, ob hoc ipsum damnandus est, *l. quod sæpe* §. 4. *hoc tit.* utique ut pretium restituat, *d. l. si fundus.* Rectè autem DD. statuunt, in specie Africani fundum publicatum debere intelligi ob culpam & delictum venditoris: nam ut forte injuria judicis id factum sit, tamen contraria præsumptio est, debetque hoc factum potius venditori nocere, adversus quem sententia lata est, quam emptori, *l. si per 51. de evict.* Cæterum quoniam culpa hæc non tendit directo ad impediendam traditionem, placet hactenus, saltem teneri venditorem, ut pretium restituat, non etiam ut id præstet, si quid pluris emptoris intersit, ut fit, cum res judicio evicta est, *l. si in venditione 70. l. evicta 70. de evict.* Sed & si fundus usus publici gratia in specie Africani publicatus dicatur, nihilominus tamen æquum est, ut venditor pretium reddat, cum eo casu à fisco iterum tantundem accipiat. Hæc autem dispositio juris civilis circa periculum rei venditæ & necdum traditæ etiam apud nos quidem obtinet in venditione rei mobilis: sed an item rei immobilis venditæ ante traditionem coram magistratu loci ritè factam periculum æque ad emptorem spectet, dubitatur propter constitutionem Caroli Quinti, editam anno 1529. qua constitutione vetatur, & pro nulla atque irrita habetur omnis alienatio rei immobilis, quæ facta non est coram judice loci, ubi res sita, aut si sint bona feudalia, coram paribus Curiæ, *Grot. 2. introd. cap. 5.* paucis casibus exceptis, vid. *Grænew. de ll. abrog. ad tit. 23. lib. 3. Instit.* Agitata fuit hæc quæstio incidenter apud Curiam Hollandiæ. Plerique censuere, Carolum Principem hac sua constitutione etiam in hoc à jure communi recessisse, quod rei immobilis venditæ periculum interim ad venditorem, non ad emptorem pertinere voluerit: quanquam Senatus nihil definivit, sed propter opinionum varietatem amplius deliberandum censuit, *decis. Cur. Holland. 32. Grænew. d. tract. ad hunc* §. memorat, Curiam postea judicasse, nihil juri scripto in eo de quo quæritur, per d. constitutionem Carolinam derogatum videri. 9

Commodum ejus esse debet, cujus periculum est] Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda, *l. 10. de reg. jur.* Proinde cum omne incommodum rei venditæ, quod post perfectam venditionem contingit, ad emptorem pertineat, justum & æquum est, ut vicissim ex eo tempore commoda quoque rei omnia emptorem sequantur, *l. 7. de per. & comm. rei vend. l. 1. C. eod.* veluti si quid postea fundo vendito accesserit per alluvionem, *hoc text. & d. l. 7.* item fœtus pecudum, partus ancillarum, *l. pen. C. de act. empt. l. 8. de evict.* fructus etiam jam maturi, *l. 13.* § *si fructibus 10. l. qui pendentem 25. de act. empt. l. fructus C. eod.* mercedes ex operis, aut vecturis: pensiones ex locatione, *d. l. 13.* §. *item 13. de act. empt. add. Don. ad l. 1. C. de per. & comm. rei vend. Gomez. 2. resol. 2. n. 11. Covar. 1. de resol. & Christin. vol. 3. dec. 79.*

Quod si fugerit homo, &c.] Non tantum si res vendita perierit aut deterior facta sit, damnum emptoris est; verum etiam si ex potestate venditoris exierit, ut tradere eam non possit; veluti si fugerit homo aut aliud animal, quod veniit, aut res quælibet surrepta amissave fuerit. Est vero eadem hic probata

bata distinctio, quæ in causa rei corruptæ aut peremptæ, videlicet ut si culpa venditoris tale quid evenerit, venditoris detrimentum sit; si culpa venditor careat, emptoris, *l. quod sæpe 35. §. si res 4. h. t. l. si ea res 31. de act. empt. & hoc text.*

10 *An custodiam ejus usque ad traditionem*] In contractibus, in quibus utriusque versatur utilitas, cujus generis est emptio venditio, præstatur dolus & culpa, *l. 5. §. 2. commod.* ac proinde etiam custodia & diligentia à venditore exigitur, non utique summa & exactissima, sed media, id est, talis qualem vulgo bonus & frugi paterfa rebus suis adhibet: quam si præstiterit, securus esse debet, *d. l. quod sæpe 35. §. 4. hoc tit.* Non obstat *l. 2. in fin. aut l. 3. de peric. & commod.* quia ibi tractatur de rebus, quæ pondere, numero, mensura, constant, venditis; in quibus non semper nudus consensus venditionem perficit, *l. 1. §. 1. d. tit. d. l. quod sæpe §. 5.* Fusius hoc jam ante explicui. At enim vero speciali conventione arctius venditor obligari potest, puta, ut præstet etiam summam diligentiam ac custodiam majorem, quam natura contractus desiderat, *l. contractus 23. de reg. jur.* quod tunc etiam agi intelligitur, cum venditor custodiam rei in se suscipit, id est, cum convenit, ut venditor custodiam præstet: alioqui nihil operatur illa conventio, cum, ut jam dictum est, mediocris custodia ex natura contractus etiam citra aliam conventionem præstetur. Itaque custodiam in proposito accipere debemus φυλακὴν ἀκριβεστάτην custodiam majorem, quam natura contractus desiderat, *fac. l. qui mercedem 40. locat.*

11 *Si non susceperit, securus est*] Suscepta rei venditæ custodia nihil venditorem excusat, præter casum & vim majorem: non suscepta excusatur, si sine dolo aut culpa ejus servus fugerit, res surrepta aut amissa sit, *d. l. quod sæpe §. 4. h. t. l. si ea res 31. de act. empt.* intellige hactenus, ut cum eo agi ex empto non possit, ut rem tradat, aut solvat interesse: nam ad alia adhuc tenetur, quæ sine incommodo suo præstare potest, ut mox audiemus.

Utique tamen vindicationem, &c.] Quamvis venditor, cujus dolo, aut culpa, aut, in casu custodiæ susceptæ, levissima negligentia nihil factum est, re amissa aut surrepta hactenus securus sit, ut conveniri actione ex empto non possit, ut rem tradat aut præstet interesse; nihilominus tamen tenetur, ut actiones, quas habet, emptori cedat, atque in eum transferat, *d. l. quod sæpe 35. §. 4. hoc tit. l. si ea res 31. de act. empt. l. 14. pr. l. si vendidero 80. de furt. & hoc text.* ubi quatuor hujus generis actiones referuntur, vindicatio rei, condictio, actio furti, & damni injuria.

Vindicationem & condictionem] Condictionem intellige furtivam, quæ venditori datur, cum res furto ablata est. Neutra harum actionum alii competit, quam domino, ut videbimus *inf. §. 1. de act. & §. ult. de ob. quæ ex del.* & hæc causa est, quod emptori in proposito competere non possunt; quippe qui dominus non est, ut mox sequitur.

A quo hic ipse dominus est] Venditor rei venditæ dominium retinet usque ad traditionem, *d. l. 14. pr. de furt. l. si ager. 50. de rei vind.* adeoque in universum ita jus est, ut non nudis pactis aut contractibus, sed traditionibus dominia rerum transferantur, *l. 20. C. de pact.* Quinimo etsi res emptori tradita sit, dominium tamen a venditore non recedit, antequam ei satisfactum sit, *l. quod vendidi. 19. hoc tit. §. vendita. 41. sup. de rer. divis.* ubi hoc à nobis explicatum est.

Idem est de furti & damni injuria actione] Non solum condictio rei vendita ante traditionem furto oblata venditori competit, sed etiam pœnalis actio furti: non quod hæc actio soli domino detur; sed quia rem non emptori, sed venditori surreptam proponimus: alioqui omnibus ea actio datur, quorum interest rem salvam esse, si videlicet his ipsis surrepta sit. Et igitur cum hic solus venditor actionem furti habeat, eam quoque mandare emptori debet, *d. l. 14. pr. l. si vend. 80. de furt.* Damni injuria actio lege Aquilia constituta est, qua omne damnum per injuriam datum vindicatur. Hæc actio soli domino regulariter datur, & ideo venditori quoque in proposito competit, & emptori cedenda est. De damno injuria dato agitur *inf. lib. 4. tit. 3.*

TEXTUS.

De emptione conditionali.

4. *Emptio tam sub conditione, quam purè contrahi potest. Sub conditione, veluti,* Si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot.

NOTA.

4. TAM SUB CONDITIONE] *l. 7. h. t. l. 8. de per. & comm. &c.* Potest & purè sic contrahi ut sub conditione resolvatur, *l. 4. eod. l. 6. C. de resc. vend.* quo etiam pertinent duæ conventiones in hoc genere maximè celebratæ, quarum altera addictio in diem, altera lex commissoria dicitur, vid. *tit. de in diem addict. & tit. de leg commiss.*

COMMENTARIUS.

1 *Emptionem contractam sub hac conditione, si res*

res emptori intra certum tempus placuerit, valere; non valere indefinitè ita contractam, si emptori placebit: & cur tam variè.

2 *De retractu conventionali & legitimo remissivè.*

3 *In diem addictio & lex commissoria quomodo transignantur.*

Contractuum omnium hoc commune est, ût non purè tantum, sed etiam sub conditione iniri possint. At enim vero hujuscemodi conditio, *Si res intra certum diem placuerit*, non temerè in ullo con-
1 tractu, si venditionem exceperis, occurrit. In venditione autem frequens est: nemo enim facilè aliquam rem emit, puta servum, equum, vinum, sine probatione & exploratione qualitatis rei. Igitur cum res ita venit, ut esset empta tot aureis, si intra decem dies emptori placuerit, in mercem quidem & pretium consensum est; sed obligatio conditione suspenditur? quæ conditio in arbitrium emptoris pro certo tempore confertur, ut si intra tempus definitum res ei placuerit, emptio perfecta & obligatio constituta fit: sin minus, nulla videatur obligatio fuisse. Itaque non est contrarium, quod placet hujusmodi emptionem non valere, *Quanti voles*, vel *Si placebit*, habebis emptum, *l. quod sape. 35. hoc tit. l. 13. C. eod.* ita enim totus contractus confertur in meram & liberam, nulloque tempore circumscriptam voluntatem emptoris: quod fieri non potest, ne semper in potestate sit emptoris, utrum obligetur, necne, *l. 7. hoc tit.* At in casu nostro arbitrium emptoris non est perpetuum, sed conclusum intra certum tempus. Adde quod his formulis, *Quanti voles; Si placebit*, in arbitrio & voluntate emptoris ponitur ipsa substantia contractus, vel quod de substantia est, quod inutiliter fieri constat, *d. l. quod sape. 35. §. 1. & d. l. 13.* In casu autem hic proposito, ubi de re & pretio jam convenit, non de substantia negotii aut parte aliqua substantiali arbitrium emptori datur, sed de rei in conventionem deductæ qualitate duntaxat, puta bonitate, colore, sapore, aut similibus accidentibus, quæ cum rei probatione, improbationeve arbitrio contrahentium permitti possunt, *Gomez. 1. var. resol. 2. n. 19.* Porro ut sub conditione emptio potest contrahi, ita & purè sic contrahi potest, ut sub conditione resolvatur: cujusmodi conventionum exempla occurrunt sub *tit. C. de pact. int. empt. & vend.* Hujus generis conventio est, cum ea lege res emitur, ut si intra certum tempus displicuerit, liceat reddere, *l 3. hoc tit. l. 6. C. de resc. vend. l. 4. C. de adil. act.* adeoque valet etiam conventio, ut in perpetuum redhibitio fiat; quippe qua conventione non perfectio contractus à voluntate suspenditur emptoris, sed resolutio, *l. quod si nolit. 31. §. si quid 22. de adil. edict.* *Gomez. d. loc. & num. in fin.* Ejusdem generis 2
est & pactum de retrovendendo, ut venditori hæredive ejus quandocunque, vel intra certum tempus pretium referenti res vendita restituatur, *l. 2. C. de pact. int. empt. & vend. ibi DD.* Estque hoc pactum, seu potius jus eo pacto quæsitum, quod nunc vulgo retractus conventionalis dicitur, nimirum ad differentiam retractus gentilitii seu legitimi, cujus olim vix usus, nunc frequens. De utroque retractu ex professo scripsit vir Jurisconsultissimus D. Andr. Tiraquellus Legitimum nostro idiomate *Naesting* dicitur, quod jus quibus personis, in quas res, quibus in locis apud nos competat, docet *D. Grot. 3. introduct. ad jurispr. Bat. c. 16.* consule porro *Groenew. de ll. abrog. ad l. 14. C. de contrah. empt. & ibi laudatos.* Duæ conventiones ex hoc genere præci- 3
puè celebrantur, propriisque explicantur *tit. in π.* addictio in diem, & lex commissoria. Addictio in diem his verbis transigitur, *Ille fundus centum esto tibi emptus, nisi quis intra Calendas Januarias proximas meliorem conditionem fecerit, quo res à domino abeat, l. 1. & passim de in diem add.* Lex commissoria est, cum quid ita venditur, ut si ad diem pretium solutum non fuerit, res sit inempta, *l. 2. & pass. de leg. comm.* Utroque isto modo purè contrahitur emptio, & resolvitur sub conditione, nisi aliud disertè placuerit, veluti, si in addictione id factum est, ut perficeretur emptio, nisi melior conditio offeratur, tunc enim emptio conditionalis est. *l. 2. de in diem add. l. 1. & l. 2. de leg. comm.* Sed de his opulentius, favente Numine, tractatu proprio.

TEXTUS.

De emptione rei, quæ non est in commercio.

5. Loca sacra, vel religiosa, item publica, (veluti forum, basilicam) frustra quis sciens emit: quæ tamen si pro profanis vel privatis deceptus à venditore quis emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest eum deceptum non esse. Idem juris est, si hominem liberum pro servo emerit.

Commentarius.

1 *Quarum rerum venditio rectè fiat, aut secus.*

2 *Quid*

2. *Quid juris, si uterque aut alteruter qualitatem rei ignoraverit.*

SIne re, quæ veneat, emptio intelligi non potest, *l. 8. h. t.* Res hæc ut plurimum certa est; nonnunquam tamen & incerta, ut cum fructus futuri aut frumenta in herbis emuntur, *d. l. 8. l. fistulas 78. §. ult. eod.* cui non absimilis est quasi aleæ emptio, veluti cum captus piscium, vel avium, vel ferarum in venatione emitur. In quo genere quod capitur, emptoris commodum est, etiamsi decuplo pluris sit, quam pretium constitutum: si nihil inciderit, emptor constitutum nihilominus præstare cogitur, quia spei emptio est, *d. l. 8. §. 1. hoc tit. l. si jactum 12. de act. empt.*

1 Omnium autem rerum, quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest, venditio recte fit: quas vero natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exemerunt, earum rerum nulla venditio est, *l. si in emptione 34. §. 1. hoc tit.* Ratio perspicua est, quoniam in venditione hoc agitur, ut dominium transferatur, *l. cum manu 80. §. ult. eod.* & utique saltem ad hoc obligatur venditor, ut præstet, rem habere licere, atque ut usucapiendi conditionem in emptorem transferat; quorum nihil in res commercio exemptas cadit. Est autem hic quoque locus omnium contractuum communis: nam quæ commercio exempta sunt, in obligationem non magis recte deducuntur, quam quæ non sunt in rerum natura, nec esse possunt, *§. 2. sup. de inut. stip.*

2 *Frustra quis sciens emit*] Si uterque contrahentium qualitatem rei non ignoret, aut si solus emptor sciat rem, quæ venit, non esse in commercio, emptio plane nulla est, *l. 6. l. si in emptione 34. §. 2. l. liberi 70. hoc tit.* Sed & talis emptio liberi hominis improbata est, *cum servus erit:* quamvis enim res futuræ emi possunt; tamen fas non est hujusmodi casus expectari, *d. l. 34. §. 2. & id. sup. d. §. 2. de inut. stip.* Illud quæritur, an si emptor sciverit qualitatem rei, venditor ignoraverit, pretium solutum condici possit? Bartolus in *l. cum lex 46. de fidejuss.* putat, condici posse, *arg. l. 11. §. ult. de act. empt.* quod etiam placet *Gomez. 2. resol. 2. num. 50.* contra *Angel. & Fabian. de monte.* Quid juris sit, si res vendita aut pars ejus sit consumpta, puta domus vel tota ex parte combusta, docet Jurisconsultus in *l. domum 57. per tot. hoc tit.*

Deceptus à venditore, &c.] Si locus sacer, religiosus, publicus, alia ve res, cujus commercium non est, pro profana aut privata ignoranti vendatur, placet emptionem contrahi, *l. 4. eod.* sive venditor quoque conditionem rei ignoret, sive ille sciat, emptor ignoret solus, *l. liberi 70. eod.* Cæterum explicandum hoc est ex Modestino in *l. qui officii 62. §. 1. eod. & hoc text.* nimirum in proposito non ita tenere emptionem, ut res ipsa debeatur, aut emptor possit agere ex empto, ut eam habere, tenere liceat, cum res, quæ extra commercium est, haberi, possideri nequeat: sed hactenus tantum, ut si venditor sciverit qualitatem rei, emptor ignorans possit adversus venditorem ex empto experiri, ut consequatur quod sua interest, deceptum non esse: ut perinde hic ex dolo suo venditor obligetur, ac si rem, quæ in commercio sit, vendidisset, doloque fecisset, quominus eam tradere possit: neque enim actio de dolo hic desideratur, cum sufficiat ex empto; quippe qua cum res ipsa præstari nequit, emptor in id, quod sua interest, experiri potest, *l. 1. l. 11. §. idem ait 9. de act. empt.* Quod si nec venditor qualitatem rei sciverit, æquum est, hactenus saltem eum teneri, ut pretium, quod accepit, restituat, *arg. d. l. 11. §. ult. de act. empt. l. si fundus 33. locat.*

TITULUS XXV.

D. lib. 19. t. 2. C. lib. 4. t. 65. & lib. 11. t. 70.

De locatione & conductione.

Continuatio. Quid sit locatio, & in quibus differat ab emptione. Quotuplex sit, tum quæ res aut facta locationem recipiant.

SECUNDA species contractuum, qui solo consensu perficiuntur, est locatio-conductio. Habet hic contractus magnam affinitatem cum emptione & venditione; ac pene totus hic titulus consumitur in explicandis utriusque contractus similitudinibus & differentiis. Locatio-conductio est contractus, quo id agitur, ut pro usu alicujus rei aut opera personæ certa merces præstetur. Itaque inter emptionem & locationem hæc differentia est, & quidem principalis, quod in emptione id agitur, ut dominium transferatur, id est, ut res tota cum omni jure ad emptorem transeat; in locatione, ut duntaxat usus rei concedatur conductori. Ex quo porro & altera nascitur, quod emptio titulus perpetuus esse solet, locatio temporalis. Quinimo non dominium modo apud locatorem remanet, *l. non solet 39. hoc tit.* verum etiam possessio; & conductor tantum in possessione esse & rem detinere dicitur, *§. 5. inf. de incert. l. 9. de rei vind. l. 3. §. cæterum 12. l. 9. de acq. poss.* & passim alibi. Unde constitutum est, ut si conductor finito tempore conductionis pertinaciter recuset rem conductam restituere, moras usque ad definitivam sententiam nectens, tanquam invasor rei alienæ, condemnetur & ad rem ipsam restituendam, & insuper ad præstandam rei æstimationem,

nem, *l. pen. C. hoc tit.* quod an praxis horum temporum observet, postea videbimus. Ostendit definitio, duo esse genera locationis, rerum unam, alteram operarum seu factorum. Locari possunt res omnes, quæ in commercio sunt, tam mobiles, quam soli, etiam incorporales, ut usufructus & habitatio, §. *1. & pen. sup. de usu & habit.* servitutis tamen prædii nulla locatio est, *l. locare 44. hoc tit.* Alienæ quoque rei locationem valere placet, sed hactenus ut conductori ignoranti locator obligetur in id, quod interest, si dominus conductorem frui non patiatur, *l. 7. l. ex conducto 15. §. pen. eod.* Facta non omnia locationem recipiunt, sed ea solum, quæ mercede æstimari possunt & solent: qualia sunt, exempli causa, tabulam pingere, insulam ædificare, aliquem aliquo vehere, *l. 5. §. 2. de præscr. verb.* At verbi causa servum manumittere, tale factum non est, quod mercede æstimetur; & ideo si tibi decem dem, ut servum manumittas, non est locatio, *d. l. 5. §. 2.* cui accidit, quod contra finem hujus contractus nulla ex hoc tuo facto utilitas ad me redit: ac proinde aliud est, si rem tuam pignori pro me obligaveris certa mercede accepta aut promissa, *l. rogasti 19. §. 1. de præscr. verb.* Opera agrimensoris beneficium reputatur, & quod rependitur, non merces, sed remuneratio & honorariũ: & ideo veteres crediderunt, cum tali persona locationem & conductionem non esse, *l. 1. si mens. fals. mod. dix.* De opera advocati, medici, cæterisque, qui ingenio, eloquio, fide, gratia, operam nobis navant, idem statuendum.

TEXTUS.

Collatio emptionis, & locationis. De mercedis conventione.

Locatio & conductio proxima est emptioni & venditioni, iisdemque juris regulis consistit. Nam ut emptio & venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit: sic & locatio & conductio ita contrahi intelligitur, si merces constituta sit. Et competit locatori quidem locati actio, conductori vero conducti.

COMMENTARIUS.

1 *Communia emptionis & locationis.*
2 *In locatione operarum diverso respectu eundem & locatorem dici & conductorem.*
3 *Circa locationem agrorum quædam singularia apud Hollandos constituta: & an dispositio l. pen. C. hoc tit. in praxi hodierna servetur.*

Locatio & conductio finitima est emptioni & venditioni, iisdemque fere juris regulis continetur, *l. 2. hoc tit.* Nam ut sine re, quæ veneat, nulla est emptio, ita sine re aut opera, quæ locetur, nulla intelligitur locatio: ut emptio solo communi consensu de re & pretio interveniente perficitur, ita locatio perfecta habetur, si de usu rei & mercede convenerit. Merces respondet pretio, facultas utendi rei dominio. Quemadmodum pretium rei venditæ certum esse debet, saltem per relationem, ita & merces locationis. Sicut pretium emptionis in pecunia numerata consistit, ita & merces rei aut operæ cõductæ. Ut nulla venditio est, quæ donationis causa fit, aut cum dicis gratia res venditur uno nummo, ita nec ulla conductio est, quæ donationis instar inducit, *l. si quis 46. hoc tit.* Ut illic, ita etiam hic ex bona fide omnia exquiruntur, nec dubitandum est, quin beneficio *l. 2. C. de resc. vend.* etiam locus sit in locatione & conductione. *DD. comm. in d. l. 2.* Denique interdum propter similitudinem vix emptio & locatio internosci possunt. Quæ omnia certius postea intelligentur. 1

Si merces constituta sit] Duplex hic indicatur convenientia locationis & conductionis cum emptione & venditione. Prima est, quod conveniunt causa efficiente, id est, quod nuda consentientium voluntate contrahuntur, nec aut literæ, aut rei alicujus præstatio ad constituendam obligationem desideratur, *l. 1. hoc tit.* Altera, quod ex parte conveniunt in materia: nam ut in emptione pretium constitui oportet, ita in locatione mercedem: inter quæ non alia differentia est, quam quod æstimatio totius rei, quæ fit in emptione, pretium dicitur; æstimatio usus rei, quæ in locatione fit, merces: quæ tamen quoniam nihil aliud est, quam pretium usus, & ipsa sæpe pretium appellatur, *l. quod si 28. §. 2. l. ea lege 51. §. 1. l. insulam 58. pr. hoc tit. l. ult. de leg. Rhod. l. 10. in fin. de acq. poss.* In locatione rerum immobilium etiam speciale nomen habet, & pensio dicitur, *l. ex conducto 15. §. 4. l. sed addes 19. §. 1. § si quis 6. l. quæro 54. hoc tit.* Utrum autem ut pretium rei venditæ, ita & merces locationis in pecunia numerata, consistere debeat, an in aliis quoque rebus consistere possit, dicam inferius sub §. *2. hoc tit.*

Locatori locati actio, conductori conducti] Uti in emptione simul atque de pretio convenit, emptori actio ex empto, venditori ex vendito competit, directa utrinque, ita in locatione simul atque de mercede pro usu & opera convenit, competit locatori actio locati, conductori conducti, ambæ directæ. In contractu emptionis facile discerni potest, uter emptor, uter

uter venditor sit. In contractu autem locationis interdum dubites, uter locator, uter conductor dicendus. In locatione rerum res certa est: nam is semper hic locator est & dicitur, qui rem utendam dat; conductor, qui utendam accipit, & mercedem præstat. At in locatione operarum non tam facile id dignosci
2 potest. Interdum enim qui operas præstat, & mercedem accipit, locator dicitur; is cui præstantur operæ, & qui mercedem dat, conductor, *l. sed addes 19. §. pen. l. item si 22. §. 2. l. qui operas 38. hoc tit. l. 1. de æstim. act.* Interdum contra locator is dicitur, cui mercedem danti operæ præstantur; conductor, qui accepta mercede operam præstat, *l. 11. §. pen. l. 13. §. 1. 2. & 3. d. l. sed addes 19. §. si quis 7. d. l. item si 22. §. 2. l. si merces 25. §. pen. & pass. hoc tit.* Sed dicendum est, in hac specie locationis diverso respectu eundem & locatorem & conductorem videri. Nam qui operam locare dicitur, ille idem dicitur conducere opus faciendum: & ex contrario, qui operam dicitur conducere, idem dicitur locare aliquid faciendum; ut conductor operis, idem fit operæ locator; & locator operis, idem operæ conducto: quam distinctionem subministrat *d. l. item si 22. §. 2. hoc tit & d. l. 1. de æstim. act.* per opus autem intelligo quemvis fructum operæ. v. c. si quis se erudiendum locet magistro aut artifici, vel vehendum aurigæ. Ædium conductor specialiter inquilinus, agri colonus, operis redemptor, vectigalis publicanus vel manceps ve-
3 teribus dicitur. Apud nos locatio agrorum non procedit sine interventu instrumenti aut publici aut privati, nec absque instrumento locationis ulli colono jus est agro conducto frui. Extat de ea re constitutio Caroli Principis edita anno 1515 confirmata *artic. 30. ordin. polit.* Præterea scribit D. Grotius lib. 3. manuduct. ad Jurisp. Bart. c. 19. instrumento super locatione fundi non confecto, locationem non tantum nullius esse momenti, verum etiam colonum, hæredemve ejus aut conductorem, in jus vocatos, & contra domini voluntatem manentes in detentione & fruitione rei, usque dum lis contestetur, præterquam quod rem ipsam domino restituere, impensas refundere, damnum omne sarcire compelluntur, etiam multari in dimidiam partem pretii rei conductæ, quamvis postea parati sint dominum admittere. Quod si in detentione pertinaciter perseverent usque ad sententiam definitivam, tunc suæ quasi invasionis hanc pœnam pati, ut post restitutionem rei, damnique omnis & impensarum refusionem, in totius insuper rei æstimationem damnentur. Quæ quidem omnia etiam *artic. 33. de ordin. polit.* continentur. Sed in desvetudinem jam dudum abiisse, asserit *Groenew. de ll. abrog. ad l. pen. Cod. de locat.* Constitutio quoque Caroli hujus pœnæ non meminit, sed jubet in casu proposito conductores severiter arbitrio judicis puniri aut multari, habita ratione qualitatis personæ & facti. A Zenone sane in genere constitutum est, ut conductores, qui finito tempore conductionis contra domini voluntatem usum rei conductæ retinent, atque in jus vocati rem domino petenti ante sententiam definitivam non restituunt, cogantur præter rem ipsam etiam æstimationem rei victori domino tanquam invasores præstare. Cæterum in praxi Galliæ, & supremæ Curiæ Mechliniensis hoc non observari, conductoremque hoc casu teneri duntaxat ad damna & interesse, notat *Christin. Vol. 3. decis. 109. num. 2. & decis. 118. n. 5. & seqq. & Autumn. ad d. l. pen. C. de locat.* quamvis insuper etiam judicis arbitrio multari possit.

TEXTUS.

De mercede collato in arbitrium alienum.

1. Et quæ supra diximus, si alieno arbitrio pretium permissum fuerit, eadem & de locatione & conductione dicta esse intelligimus, si alieno arbitrio merces permissa fuerit. Qua de causa si fulloni polienda curandave, aut sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit, nulla statim mercede constituta, sed postea tantum daturus, quantum inter eos convenerit, non propriè locatio & conductio contrahi intelligitur; sed eo nomine actio præscriptis verbis datur.

NOTA.

FULLONI POLIENDA] Gloss. vett. λελυμένα, κναπτέα. Officium fullonis est polire, curare, lavare, *l. 31. h. t. l. 48. §. 4. l. 82. de furt. l. 2. de cond. sine ca.* Plin. *25. c. 17.*

NON PROPRIE LOCATIO] Sed novum negotium à locatione separatum, proprium nomen non habens: & ideo hic recurrendum ad actionem præscriptis verbis, *l. 1. l. 2. & 3.* junct. *l. 22. de præscr. verb.*

COMMENTARIUS.

1 *Actio præscriptis verbis unde dicta.*

SI *alieno arbitrio pretium*] Emptio & locatio in hoc quoque conveniunt, quod uti in illa pretium, ita

ita in hac merces in arbitrium certæ personæ, puta L. Titii, conferri potest: hoc scilicet effectu, ut siquidem Titius mercedem definiverit, contractus ratus habeatur; sin minus, nullius momenti sit, *l. si merces 25. pr. hoc tit. l. ult. C. de contr. empt.* Huc accommodanda sunt, quæ notamus sub §. *1. prac. tit.*

Nulla statim mercede constituta] Quemadmodum ad contrahendam emptionem opus est, ut pretium statim seu initio contractus constituatur, & quidem certum saltem per relationem; ita quoque ad contrahendam locationem necesse est, ut protinus constituatur certa merces: mercede initio non constituta, quasi deficiente parte hujus contractus essentiali, in aliud negotium res incidit. Et siquidem gratis usus rei concedatur, commodatum est: si gratis suscipiatur opera, mandati obligatio: si neutrum gratis fiat, sed ea mercede, quæ postea constituetur, contractus innominatus, *Facio, ut des.* Et ideo præscriptis verbis agendum est, *l. si tibi 22. de præscr. verb. §. 2. in fin. sup. quib. mod. re contr. obl. §. ult. inf. de mandat.*

1 *Actio præscriptis verbis*] Ad quam confugere necesse est, quoties deficiunt vulgaria atque usitata actionum nomina, aut contractus existunt, quorum nulla certa appellatio jure civili prodita, *l. 1. & 3. seqq. de præsc. verb.* Dicta est actio præscriptis, ut multis doctis viris placere video, ex eo, quod præscriptis verbis rem gestam demonstret, & eadem demonstratione vice nominis, quo caret, utatur. Quod & verissimum esse intelligi potest ex rescripto Alexandri, quod est in *l. 6. C. de transact.* ubi Jurisconsultissimus Imperator hac ipsa circumlocutione actionem hanc describit: *Aut enim*, inquit, *stipulatio conventioni subjecta est, & ex stipulatu actio competit: aut si omissa verborum obligatio est, utilis actio, quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est.* Ob eandem quoque causam hæc actio dicitur in factum, *l. 1. & pass. de præsc. verb.* Et interdum plena oratione actio præscriptis verbis in factum, *l. Titius 24. d. tit.* Alia Francisci Hotomanni conjectura est.

TEXTUS.

In quibus rebus merces consistat.

2. Præterea, sicut vulgo quærebatur, an permutatis rebus emptio & venditio contraheretur, ita quæri solebat de locatione & conductione, si forte rem aliquam utendam sive fruendam tibi aliquis dederit, & invicem à te utendam sive fruendam aliam rem acceperit. Et placuit, non esse locationem & conductionem, sed proprium genus contractus. Veluti si cum unum bovem quis haberet, & vicinus ejus item unum, placuerit inter eos, ut per denos dies invicem boves commodarent, ut opus facerent, & apud alterum alterius bos perierit; neque locati, neque conducti, neque commodati competit actio: quia non fuit commodatum gratuitum, verum præscriptis verbis agendum est.

NOTÆ.

PLACUERIT INTER EOS] Et unus à sua parte conventionem impleverit, id est, bovem suum per denos dies commodaverit: nam si conventio placiti tantum fine stetit, nudum pactum est, ex quo jure nostro actio non datur, *l. 7. §. 2. & 4. de pact. l. 27. C. de locat. l. 3. C. de rer. perm.*

PRAESCRIPTIS VERBIS AGENDUM] *d. l. 17. §. 3. de præscr. verb.* Ex quatuor autem generibus contractum innominatorum, quæ recenset Paul. *l. 5. d. t. Do, ut des; Do, ut facias; facio, ut des; facio, ut facias,* ad postremum videtur species proposita pertinere.

COMMENTARIUS.

1 *Non magis pretium seu mercedem locationis, quam pretium emptionis, in alia re consistere, quam in pecunia numerata.*
2 *Ad l. si olei 21. C. hoc tit.*

Etiam hic locus pertinet ad ostendendam affinitatem, quæ locationi cum emptione intercedit. Quærebatur olim, an rerum permutatione emptio & venditio contraheretur; & pari de causa an mutuo rerum usu ad tempus concesso contraheretur locatio & conductio. Placuit autem, nec illic emptionem esse; quia pretium non intervenit: nec hic esse conductionem; quia non intercedit merces, *l. si convenerit 23. comm. divid. l. si gratuitam 17. §. 3. de præscr. verb.* Atque omnimodo credibile est, ob 1 eandem rationem, ob quam illic negatur intervenire pretium, negari hic intercedere mercedem; nimirum quia nec pretium emptionis, nec merces locationis in alia re consistere potest, quam in pecunia numerata. Id quod efficere mihi videtur pretii & mercedis similitudo atque eadem plane utriusque ratio. U-

trumque enim æstimatio est, alterum rei totius, alterum temporanei usus: quæ tamen æstimatio & ipsa revera nihil aliud est, quam pretium, eoque nomine etiam frequenter à nostris appellatur, ut superius demonstravimus. Jam vero constat, res omnes æstimari pecunia; extra pecuniam rem unam æstimationem aut pretium alterius non esse, ac ne fungibilem quidem: ac proinde cum in utroque contractu aliquid æstimandum veniat, in emptione res ipsa, in locatione usus rei, ratio exigere videtur, ut non minus in hac, quam in illa, pretium nummarium intervenire oporteat: quod etiam multis auctoritatib9 confirmari potest. Ulpianus in *l. si convenerit 23. comm. div.* scribit, si inter socios convenerit, ut alternis annis fructum perciperent, locationem non esse, propterea quod nulla merces intercesserit. Idem in *l. 1. §. si quis 9. depos.* negat, locationem esse, ubi pecunia non datur. In *l. 5. §. 2. de præscript. verb.* emptio & locatio in eo convenire dicuntur, quod in utroque contractu pecunia intervenit. Facit huc *l. si merces 25. §. vis major. 6. hoc. tit. junct. l. si apes 26. §. 1. de furt.* Quibus locis colonus partiarius opponitur colono vero, qui ad pecuniam numeratam conduxit. Postremo huc faciunt loci, in quibus simpliciter pecuniæ, nummorum, pretii mentio fit. Ut in *l. quod si 28. §. 2. l. si quis 46. l. si decem 52. l. insulam. 58. & pass. hoc tit. l. 1. in fin. mand.* Neque hic excipere quis potest, omnibus istis locis appellatione pecuniæ res quasvis, aut certe fungibiles etiam significari: nam pecuniæ verbum indubio numeratam & signatam pecuniam designat, *l. 7. §. 3. de senat. Maced.* Et cum rebus aliis opponitur, semper pro nummis accipitur: apparetque ex universa disputatione Jurisconsultorum, ideo eos mercedem pecuniariam in locatione exigere, ut habeat hic contractus propriam & distinctam à
a contractibus innominatis naturam. Unus maxime locus est, qui Corasium *libr. 2. misc. 11. Pinell. ad l. 2. C. de resc. vend. part. 2. rubr. cap. 3. num. 29.* aliosque recentiores movit, ut putarent, mercedem locationis in quavis re consumptibili consistere posse, videlicet *l. si olei. 21. C. hoc tit.* Sed dupliciter responderi potest: primum, cum Saliceto proponi in *d. l. 21.* casum, quo fundus locatus est certa quantitate fructuum in eo fundo nascentium, olivetum scilicet certa ponderatione olei. Etsi autem tale negotium à natura locationis, quæ pecuniam numeratam desiderat, nonnihil recedit; tamen ex æquitate & communi contrahentium usu receptum videri, ut si res fructum ferens pro certa quantitate fructuum, quos ea res producit, tanquam mercede, utenda data sit, hujusmodi contractus pro locatione & conductione habeatur: & sunt hoc genus coloni non absimiles colonis partiariis, excepto eo quod coloni partiarii incertam quantitatem, puta tertiam aut quartam partem fructuum solvunt, & quasi societatis jus cum domino fundi habent, *l. si merces 25. §. vis major. hoc tit.* Deinde responderi potest, vice pecuniæ seu mercedis aut pretii in pecunia constituti fructus vel aliam quantitatem ex pacto præstari posse salvo contractu, *l. 9. C. de resc. vend. l. sed addes 19. §. 3. l. & hac 35. in fin. hoc tit.* Atque ad ejusmodi casum *d. l. si olei*, pertinere. Etsi enim fundus ibi proponitur locatus certa ponderatione olei, ex eo tamen non efficitur, necessario mercedem initio non fuisse constitutam in pecunia numerata. Quippe non est novum, ut, quod postremum placuit, solum exprimatur, quasi quod maxime spectatum fuit. Idem responsum esto *ad l. 8. & ad l. excepto 18. C. eod.* Ita sentiunt *Glossa, Bart. & comm. DD. in d. l. 5. §. 2. de præscr. verb. & d. l. si olei, C. hoc tit. Gomez. 2. resol. 3. n. 3. Fachin. 1. controv. 82. Christin. vol. 3. decis. 109. n. 12.* ubi etiam arresto supremæ Curiæ Mechlin. hanc sententiam confirmatam refert. D. Tuldenus *comm. hic c. 4.* cum D. Busio *ad l. 2. hoc tit.* distinguit inter locationem operarum & rerum, quasi illic merces in pecunia tantum, hic etiam in alia re constitui possit; quod etiam ante eos tentavit *Greg. Lopez. 1. animadvers. 15.* distinguens inter locationem fruendi & faciendi. Sed hæc distinctio duplici vitio laborat. 1. quod juxta eam etiam pro mercede domus locatæ res fungibilis solvi possit. 2. quod pro mercede fundi locati, etiam alterius generis fructus. Et cur igitur non item pro locatis operis aliud, quam pecunia?

Sed proprium genus contractus] Si convenerit tantum, ut res ultro citroque utendæ darentur, nudum hoc pactum est, simile placito permutationis: ex cujusmodi pactis nemini jure civili actio datur. Sed ubi causa subesse cœpit, id est, ubi unus à sua parte conventionem implevit, συνάλλαγμα esse incipit seu contractus, & alter efficaciter obligatur, *l. juris gentium 7. §. 2. & §. 4. de pact. l. 3. C. de rer. permut.* quemadmodum in proposito si unus bovem suum per denos dies secundum conventionem ad opus faciendum concesserit. Accedit hic contractus prope ad locationem & commodatum propter usum rei, qui in his omnibus conceditur: sed tamen neque locatio est, quia merces non intervenit; neque commodatum, quia placuit, mutuum usum præstari: commodatum autem debet esse gratuitum, *§. 2. in fin. sup. quib. mod. re contr. oblig.* verum est species contractus innominati, ex quo civilis incerti actio, id est, præscriptis verbis competit, *l. si gratuitam 17. §. 3. de præscr. verb.* Ex quatuor autem generibus contractuum innominatorum, quæ recenset Paulus *l. 5. d. tit. Do, ut des; Do, ut facias; Facio, ut des; Facio, ut facias,* ad postremum videtur species proposita pertinere.

TEXTUS

TEXTUS.

De Emphyteusi.

3. *Adeo autem aliquam familiaritatem inter se videntur habere emptio & venditio, item locatio & conductio, ut in quibusdam causis quæri soleat, utrum emptio & venditio contrahatur, an locatio & conductio: ut ecce de prædiis, quæ perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est, ut quamdiu pensio sive reditus pro his domino præstetur, neque ipsi conductori, neque hæredi ejus, cuive conductor hæresve ejus id prædium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quocunque modo alienaverit, auferre liceat. Sed talis contractus, quia inter veteres dubitabatur, & à quibusdam locatio, à quibusdam venditio existimabitur, ex Zenoniana lata est, quæ emphyteuseos contractus propriam statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam: & si quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere, ac si naturalis esset contractus: sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc si quidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundare periculum: sin autem particularis, ad emphyteuticarium hujusmodi damnum venire; quo jure utimur.*

NOTÆ.

PERPETUO FRUENDA] Jus emphiteuticum natura sua perpetuarium est, *l.1. C. de off. com. sac. pal. l.1. & 3. C. de loc. præd. civ. lib.* 11. ex conventione tamen temporarium esse potest, *l. ult. si ag. vect.* modo ne ad modicum tempus constituatur, arg. *l.* 1. *§. de superfic.*

ID PRAEDIUM VENDIDERIT] Cæterum cum vendere cupit, domino prius offerre debet emendi prærogativam juxta dispositionem *l.* 3. *Cod. de jur. emphyt.* alioqui jure suo cadit. In donatione autem idem postulari non nisi inique potest. Plane inductio & honorarium (quod barbare laudemium) in omni alienatione necessaria, *d. l.* 3. *circa fin.*

LEX ZENONIANA] Originem autem à Zenone non trahit. vid. Hotom.

SIQUIDEM ALIQUID PACTUM] Pactiones in emphyteusi servandæ tam quæ fiunt circa ipsam emphyteusim, quam quæ circa personam emphyteutæ, ejusque rejectionem, *l.2. Cod. eod.* Si nihil aliud nominatim cautum, tum si emphyteuta triennium integrum pensionem solvere cessarit, jus suum ei adimi potest, *d. l.2.* In Emphyteusi Ecclesiastica cessatione biennii jus amittitur, *auth. qui rem C. de SS. Eccles.*

COMMENTARIUS.

1 *Contractus emphyteuticus quid, & cur dubitatum olim, pro emptione venditione, an pro locatione conductione habendus esset.*

2 *Origo hujus contractus & progressus, unde nomen emphyteuseos, & utrum etiam in ædibus consistat.*

3 *Jus emphyteuticum ex tempore æstimari, sed ex eo quod actum est.*

4 *Falli, qui in contractu emphyteutico solo consensu jus prædii transferri putant.*

5 *Præstationem canonis partem esse hujus contractus essentialem: & quando tempore emphyteuta, non soluto canone, jure suo cadat: aliaque in foro agitata.*

6 *Qua conditione emphyteuta jus suum vendere, aut aliter alienare possit. Et quid hic juris apud Batavos.*

7 *Contractum emphyteuticum esse vetustissimum, & quid à Zenone acceperit.*

8 *An ad substantiam hujus contractus scriptura necessaria.*

9 *Contractus censualis & emphyteuticus quomodo differant.*

10 *An emphyteutæ similiter remissio canonis, ut conductori mercedis, in casu insolitæ sterilitatis præstanda.*

SUnt quædam negotia, de quibus dubitatum fuit utrum pro emptione venditione, an pro locatione conductione habenda sint. Cujus generis duo Justinianus profert. Unum hoc §. alterum §. seq. Quod 1
hoc §. proponitur, est contractus emphyteuticus, & tale: Dominus prædium suum alicui habendum & fruendũ in perpetuũ tradidit, certa pensione in singulos annos constituta, ea lege, ut quamdiu pensio domino solvetur, tamdiu neq; ipsi colono, neq; iis, qui in locum

locum ejus successerunt, prædium auferri possit. Dixeris, hic esse venditionem, si spectes id quod agitur de re transferenda: hoc enim agitur, ut plenissimum jus utendi, & veluti dominium quoddam, in perpetuum transeat, quod & in hæredem, & in alium quemvis liceat transferre: unde etiam ei cui hoc jus constitutum est, utilis in rem actio contra quemcunque possessorem competit, *l. 1. §. 1. si ag. vect.* Rursum dixeris, esse locationem, quia verum & directum dominium penes concedentem manet: item si spectes pensionem annuam: talis enim constituitur pro usu rei in locatione, cum in venditione unum pretium statuatur semel solvendum. Sed Zeno hanc disputationem sustulit, voluitque, hujusmodi conventionem propriam esse speciem contractus ac emptione & locatione distinctam.

2 *De prædiis, quæ traduntur perpetuo fruenda*] Contractus emphyteuticus originem traxisse videtur ab incultis & sterilibus agris, qui quod colonum non reperirent, propter sumptus, quos in illorum cultura atque insitione, seu, ut nunc loquuntur, melioratione, fieri necesse erat, in perpetuum, aut certe ad longissimum tempus locari cœperunt, ut agri illi colerentur, & consererentur, idque modica pensione, quæ veri domini memoriam conservaret: quanquam postea etiam agri cultissimi & fertilissimi eadem conditione locari cœperint. Hi agri emphyteutici appellati sunt, & jus, quod coloni habent, jus emphyteuticum, atque uno nomine emphyteusis, à verbo Græco ἐμφυτεύω, quod Latinis est, *insero, implanto.* Dicuntur & agri vectigales, à vectigali, id est, pensione seu canone, qui à possessoribus solvitur. Nam vectigal quemlibet reditum significat. Cicero in *paradox. Ex tenui meo vectigali aliquid etiam redundat.* Cæterum usu veterum fere soli agri publici ista conditione locati vectigales appellantur, *l. 1. si ager. vectig.* Quæsitum est, an in ædibus quoque emphyteusis consistere possit. Nonnulli negant, quoniam lex insitionis, quæ est de originaria essentia hujus contractus in ædibus locum non habet. Sed verius est, etiam in ædibus tale jus constitui posse, *auth. si quas ruinas, Cod. de SS. Eccles. l. 15. §. si de vectigalibus 26. de damn. infect.* Ait; *perpetuo fruenda.* Hinc jus emphyteuticum jus perpetuarium appellatur, *l. 1. C. de offic. com. fac. palat.* & emphyteutæ perpetuarii conductores, *l. 1. & 3. Cod. de locat. præd. civil. lib. 11.* quanquam hoc jus etiam ad tempus constitui potest, dum ne id modicum sit,

3 *l. ult. si ag. vect. l. 1. §. 3. de superfic.* Cæterum ut emphyteusis constituta censeatur, id non æstimandum est ex tempore, sed ex ipsa conventione, & ex eo, quod actum est. *Wesemb. par. hic, num. 8. D Bronch. 2. assert. 67.* Nam locatio quantivis temporis non est modus transferendi dominii, *l. non solet 39. hoc tit. D. Joan. à Sande lib. 3. tit 6. defin. 10. circa fin.* Sane non est assentiendum Cujacio, qui putat, locationes omnes, quæ lustrum egrediuntur, constituere jus emphyteuticarium. Absurdum enim est, ei, qui ad sex septem annos conduxit, tribuere jus agendi in rem, & interdicto uti possidetis jus alienandi, servitutem imponendi, novum opus nuntiandi: quæ omnia emphyteutis concessa esse constat. Ait, *quæ* 4
traduntur. Recte interpretes statuunt, ante traditionem prædii jus reale seu utile dominium in emphyteutam non transire, proinde nec actionem in rem ei antea competere, sed in personam tantum Etenim conventionum & contractuum non hæc natura & vis est, ut rem aliquam aut jus aliquod immediate nostrum faciant, sed ut alium nobis ad aliquid dandum aut præstandum obstringant duntaxat, *l. 3. de obl. & act. junct. l. traditionibus 20. Cod. de pact.* adeoque perspicue falluntur, qui existimant, peculiare esse in hoc contractu, ut solo consensu jus prædii transferatur, & in rem actionem colonus acquirat. Zeno quidem contractum emphyteuticum separavit ab emptione & locatione, & per se firmum esse voluit; sed non constituit, ut contra communem contractum & obligationum naturam ex eo dominium citra traditionem transiret.

Quamdiu pensio præstetur] Præstatio pensionis 5
seu canonis pars est essentialis contractus emphyteutici, & argumentum reservati dominii, *l. 1. tit.* in cujus rei fidem etiam solvitur. Quamdiu autem canon suo tempore solvitur, non licet domino expulso emphyteuta agrum auferre. Quodsi emphyteuta per triennium canonem solvere cessaverit, tum is jure suo volente domino cadit, nisi quid secus privata pactio suadeat, *l. 2. Cod. de jur. emphyt.* In emphyteusi Ecclesiastica cessatione biennii jus amittitur, *auth. qui rem, Cod. de SS. Eccles.* Enimvero si dominus post cessationem tanti temporis canonem elapsum sine protestatione receperit, renuntiasse caducitati videtur, per *l. pen. de leg. commiss. Guid. Pap. quæst. 171. Clar. §. emphyteusis, quæst. 10. Ant. Fab. Cod. suo hoc tit. defin. 16. Perez. in Cod. hoc tit. in fin. D. Grot. 2. introduct. 40.* Quinetiam etsi cum protestatione acceperit canonem futuri temporis, aut elapsum post tempus, quo res in commissum cecidit, nihil tamen hoc dominum juvat. *Clar. d. quæst. 10. Fachin. 1. contr. 99. Christin. Vol. 3. decis. 122. num. 9.* Sed & celeri satisfactione ex æquitate juris Canonici etiam in emphyteusi civili moram purgati posse, arg. *cap. ult. X. de locat* censet idem *Clar. d. §.* eoque jure nos quoque uti scribit *Grot. d. loc.* & ita judicatum refert *Coren. obs. 22.* quamvis communis sententia sit, emphyteutam privati moram purgare non posse. *Clar. d. loc. Stichard. ad l. 2. n. 20. C. hoc tit. Fachin. 1. contr. 98.* secundum quam judicatum refert

refert *Afflict. decis. 174. ad Christin. Vol. 1. decis. 157.* Quæritur autem, an dominus emphyteutam propter Canonem triennio non solutum propria auctoritate expellere possit. Quod omnino negandum est, per *l. non est singulis 176. de reg. jur. l. 7. C. unde Vi. Vid. Clar. d. §. q. 11. Sichard. d. loc. n. 16. Fachin. d. lib. 1. contr. 95.* loci, qui de expulsione loquuntur, intelligendi de expulsione legitima, quæ fit auctoritate judicis. *Grot. lib. 2. intr. c. 40. Coren. obs. 5. Mornac. ad l. 2. C. de jur. emphyteut.*

6 *Vendiderit, aut donaverit*] Emphyteuta non solum possidendi & fruendi jus habet, sed etiam alienandi potestatem. Et vendendi quidem etiam cui velit: cæterum oblata prius domino emendi prærogativa; alioqui jure suo cadit. Placet autem, dominum extraneo emptori præferri, dum intra duos menses à facta denuntiatione tantundem offerat, *l. 3. Vers. sed ne hac, C. hoc tit. de jur. emphyt.* Donandi vero vel cum alio permutandi etiam domino irrequisito. Utique tamen tenetur domino significare, donare se aut permutare velle, quo dominus novum emphyteutam accepto laudimio, quæ pars est quinquagesima pretii fundi, in possessionem admittat. Juxta *d. l. 3. in fin. & ibi Jas. col. 14. & seq. Sichard. n. 19. & seq.* Prolixius hæc excutio *lib. 2. select. quæst. cap. 2.* Apud nos extra specialem conventionem, aut contrariam consuetudinem, passim usu servatur, ut emphyteuta jus suum etiam vendere irrequisito domino possit, *decis. Cur. Holland. 59.* sed habet dominus jus προτιμήσεως seu retractus, eoque uti potest intra annum, ex quo scire cœperit, prædium esse alienatum. *Grot. 2. introduct. 40.* ubi etiam refert, quibusdam in locis observari, ut alienato jure aut per successionem transeunte, canon pro eo tempore duplicatus vice laudimii solvatur.

Lex Zenoniana lata est] Zeno *l. 1. C. hoc tit.* constituit, ut jus emphyteuticarium neque conductionis, neq; alienationis titulis adjiceretur, sed tertium hoc jus esset, ab utriusq; memoratorum contractuum societate separatum; utq; conceptionem ac definitionem haberet propriam, justusq; esset ac validus contractus, ex quo in posterum actione propria emphyteuticaria, non ex empto aut conducto, amplius ageretur. Unde interpretes nostri inferunt, contractum
7 emphyteuticum esse creaturam Zenonis; ac proinde non juri gentium, sed civili Romanorum attribuendum esse. Quod probare non possum. Etenim non ordine temporum, sed ratione hæc distingui oportet. Quicquid enim ejusmodi est, ut ab aliquo excogitatum & institutum moveat omnium opinionem de se, quasi ad usum vitæ communis conducens, id juri gentium adscribi debet, vid. *sup. de jur. nat. gent.* ubi demonstramus, non omnia eodem modo & gradu ad jus gentium referri. In hoc autem genere sunt etiam locationes perpetuæ; quippe quas non minus, quam temporales, omnes gentes sibi communes fecerunt. Emphyteusis vero nihil aliud est, quam in perpetuum vel bene longum tempus facta locatio. Sed nec illud verum est, contractum emphyteuticum esse creaturam Zenonis, ac ne illud quidem omnino, à Romanis originem habere. Sibylla Cumana antiquior est, per ea, quæ legimus apud Mosen *Genes. 47. Vers. 24. & seqq. Joseph. 2. antiq. Judaic. 4. Aristot. 2. Oeconom.* Zenonis autem lege nihil aliud effectum est, quam ut hic contractus, cum antea dubitaretur, emptionine an locationi aggregandus esset, separatam ab utraque illa conventione haberet naturam: Itaq; non novam contractus speciem Zeno fecit; sed eam, quæ sub emptione & locatione continebatur, quasi grana ex spicis excutiens, detexit, ut disputat *Coras. 1. misc. 21. num. 4.* Planè, si vera est communis DD. opi- 8
nio, ex lege Zenonis ad constitutionem & substantiam contractus emphyteutici necessariam esse scripturam, (quæ opinio probari videtur verbis legis, *scriptura interveniente*) juri civili hic contractus adscribi potest; non utique mero, sed mixto, *arg. l. 6. de justit. & jur.* Sed multi tamen censent cum Gloss. non prohiberi fieri sine scriptis, licet dicatur fieri in scriptis. Et nimirum, Zenonem non ideo scripturæ mentionem facere, eamve requirere, quod sine ea nolit contractum subsistere: sed quia ad probationem rei gestæ in hoc contractu necessaria est; cujus alioqui fides decursu temporis, ad quod extenditur, vacillare potest, mortuis iis, qui testes adfuerant, *Connan. 7. comm. 12. Perez. C. hoc tit. n. 2.* Addunt alii, perpetuum non esse, quod duo ablativi absolutè positi conditionem contineant, seu, ut vulgo loquuntur, causam importent finalem, §. *1. sup. de testam. mil. l. 24. eod.* Denique esse hunc contractum bonæ fidei, ad cujusmodi contractuum substantiam scripturam desiderari non sit credibile. Sed & usus communem opinionem reprobat, testibus *Bart. & Angel. in d. l. 1. hoc tit. Paris. lib. 3. cons. 177. num. 16. & seqq Socin. cons. 169. num. 12. Roland. à Val. caus. 87. num. 1.* & nominatim de moribus nostris testatur *Grot. 2. introduct. 40.* Clarus tamen *d. §. emphyteusis, quæst. 4.* negat, consuetudinem istam esse generalem, ac proinde melius ac tutius fore, ut in praxi adhæreamus opinioni communi; utique iis in locis, ubi contrarium consuetudine receptum non est: quod & supremam Curiam Mechliniensem aliquando censuisse refert *D. Christin. Vol. 3. decis. 119. n. 5.*

Neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem] Horum verborum non hic sensus est, post constitutionem Zenonis contractum emphyteuticum cum emptione & locatione nihil commune habe-

habere cœpisse: sed cœpisse esse specialem contractum, peculiarem & distinctam habentem naturam ab emptione & locatione, cum quibus antea confusus erat: atque ex hoc contractu nunc propriam competere actionem, non ut antea ex empto aut locato. Neque enim efficere Zenonem voluisse credendum est, quod efficere non potuit, ne scilicet contractus hic similitudinem quandam cum illis duobus retineret, & hactenus ad utrumque inclinaret. Simillimus, ut
9 obiter hoc dicam, contractui emphyteutico est contractus censualis. Sed hoc interest, quod etiam verum & directum dominium in censuarium transfertur, cum illud in constitutione emphyteuseos apud constituentem maneat. Itaque censum solvimus non ut emphyteutæ, in recognitionem dominii de re aliena, sed de re nostra: & ideo qui censum recipit, jus caducitatis ob cessationem non habet. *Jo. Fab. ad hunc §. circa fin. Jas. in l. 1. C. de jur. emph. n. 39. D. præs. in loc. ab emphyteusi ad cens. Clar. §. emphyteusis, q. 1. n. 1. Grot. 2. introduct. 46. Baro comm. hic. part. alt.*

Ac si naturalis esset contractus] Id est, haud secus, ac quilibet alius contractus propriam ac distinctam naturam habens: ut enim cæteri contractus ex conventione legem accipiunt: *l. 23. de reg. jur.* ita & contractus emphyteuticus suis pactionibus fulciri potest, ut hic loquitur Justinianus; non tantum circa præstationem periculi; sed etiam circa durationem & caducitatem, id est, intra quod tempus emphyteuta canonem non solvens jus suum amittere debeat, *l. 2. C. de jur. emphyt.* Cujacius, Ferretus & Hotom. legunt, *ac si natura talis esset contractus:* quomodo & Theophilum legisse ex paraphrasi apparet: & rectè sane, τὰ γὰρ ἐν ἀρχῇ συμφωνούμενα φύσιν διδόασι τοῖς συναλλάγμασι. *Theod. Hermop. in l. 23. de reg. jur.*

Siquidem totius rei interitus] Nisi quid aliud nominatim cautum sit, rei totius interitus ad dominum pertinet, partis vero rei ad emphyteutam, qui hoc casu nihilominus integram pensionem præstare tenetur, *l. 1. C. eod.* Quapropter nec ob sterilitatem remissionem pensionis petere poterit. Neque est contrarium, quod eo casu in locatione pensio remittenda est, *l. ex conducto. 15. §. 2. & seq. locat.* Nam in locatione merces pro modo & quantitate fructuum, qui ex fundo percipi solent, constituitur: in emphyteusi autem canon non pro fructibus, sed in recognitionem dominii præstatur. Planè si etiam pensio emphyteutæ imposita tanta sit, ut proportione fructibus respondeat, puto, ei succurrendum esse, & tam ob sterilitatem pensionem remittendam, quam ob interitum partis rei minuendam arbitrio boni viri, quasi quædam potius locatio, justa mercede facta sit, quam initus contractus emphyteuticus. Nec movere nos debet, quod verba contractus non sonent locationem. Semper enim in omnibus contractibus sequimur id, quod actum est: nec tam nomen conventionis inspiciendum, quam natura & conditio negotii, quod geritur. *Clar. §. emphyteusis, q. 8. n. 7. & seq. Gail. 2. obs. 23. Ant. Fab. C. suo de jur. emphyt. defin. 36. Diss. Fachin. 1. contr. 89. D. Tulden. in Cod. de jur. emphyt. n. 4.*

TEXTUS.

De forma alicui facienda ab artifice.

4. *Item quæritur, si cum aurifice Titius convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaque formæ annulos ei faceret, & acciperet, verbi gratia, decem aureos, utrum emptio & venditio, an locatio & conductio contrahi videatur. Cassius ait, materiæ quidem emptionem & venditionem contrahi, operæ autem locationem & conductionem. Sed placuit, tantum emptionem & venditionem contrahi. Quod si suum aurum Titius dederit, mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio & conductio sit.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur dubitatum in hypothesi proposita, utrum emptio contraheretur, an locatio.*
2 *Regula generalis, unde in hujusmodi casibus emptio & locatio dignoscantur.*

AFfert hic Justinianus aliud exemplum negotii, 1
quo dubitatum, emptio-venditio contraheretur, an locatio-conductio: nimirum, si mihi cum artifice convenerit, ut certo pretio rem aliquam mihi efficeret ex sua materia, puta ut aurifex certi ponderis certæque formæ annulos faceret ex suo auro. Dixeris enim, hic emptionem contrahi, quia materia in perpetuum abalienatur. Rursus dixeris esse locationem propter operam artificis, quæ & ipsa æstimatur: operæ autem emptio esse non potest. Qua ratione Cassius non simplicem hunc contractum esse dicebat, sed duplicem, venditionemque & locationem in hoc negotio concurrere; & scilicet materiæ atque in hypothesi proposita auri infecti venditionem contrahi, operæ & artificii locationem. Sed concinnius visum est, simplex hoc & unum negotium censeri, tantumque emptionem & venditionem esse, *l. 2. h. t.*

Pla-

Placuit, tantum emptionem & venditionem] *d. l. 2.* Si cum aurifex jam haberet annulos ex suo auro factos, mihi cum eo convenisset, ut eos certo pretio mihi daret, nemo dubitaret, emptionem & venditionem tantum contrahi. Quid autem in proposito refert, res jam facta sit ab artifice, an adhuc facienda, cum utrobique in pretio constituendo non materiæ
2 solum, sed etiam artificii ratio habeatur; Sic vero in universum habendum est; Si quam rem nobis fieri velimus, veluti statuam, vel vas aliquod, aut annulos, vestem, tegulas, &c. ut nihil aliud quam pecuniam demus, emptionem esse, atque emptionem solum; quoniam nulla potest esse locatio, ubi corpus ipsum non datur ab eo, cui id fit: quemadmodum Sabinum respondisse Pomponius refert *l. Sabinus 20. de contrac. empt.* Cui sententiæ convenit, quod Javolenus scribit, *l. si convenit. 65. d. tit.* totiens emptionem contractam intelligi, quotiens materia, in qua aliquid fit, immutatur & alienatur. Id autem in casu proposito contingit auro. Non adversatur huic sententiæ Paulus in *l. item si 22. §. 1. hoc tit.* ubi ait; Cum insulam ædificandam loco, in sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transferri, & tamen locationem esse: locare enim artificem operam suam, id est, faciendi necessitatem: quoniam cum aream meam do, ut in ea insula fiat, substantia & materia, in quam agit artifex, à me proficiscitur; *d. l. Sabinus in fin.* neque materiam, tigna, cæmenta hic emo, sed conduco operas artificis ad insulæ constructionem, ut eam mihi omni re atque opere perfectam in meo reddat.

Quod si suum aurum dederit] *d. l. 2. l. in navem 31. hoc tit.* facit *l. scribit. 34. in pr. vers. in aurifice. de aur. arg. mund. leg.* Nam totiens conductio alicujus rei intelligitur, quotiens materia, in qua aliquid præstatur, in eodem statu ejusdem manet, *d. l. si convenit. 65. de contr. empt.*

TEXTUS.
Quid præstare debet conductor.

5. *Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet: & si quid in lege prætermissum fuerit, id ex bono & æquo præstare. Qui pro usu aut vestimentorum, aut argenti, aut jumenti, mercedem aut dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet; quam si præstiterit, & aliquo casu fortuito eam rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur.*

NOTA.

Ex bono et aequo praestare] Est enim hic contractus bonæ fidei, in quo multa; quæ nec dicta, nec cogitata fortè sunt, præstari æquum est, *§. 30. inf. de act. & sup. de obl. ex cons.* add. *l. 25. §. 3. l. 24. pr. h. t. l. 2. l. 17. C. eod.*

Commentarius.

1 *Quæ à conductore ex natura hujus contractus præstanda.*
2 *Conductorem regulariter levem duntaxat culpam, non etiam levissimam præstare.*
3 *Accurata ad ea, quæ in contrarium disputantur, responsio.*
4 *Exclusione casus fortuiti non protinus induci præstationem culpæ levissimæ.*

Agitur hoc §. de præstationibus, quæ conductori incumbunt, doceturque in hac re primum inspici debere id, quod ut præstaret conductor, nominatim convenit; veluti si convenerit, ut etiam si quid vi majore accidisset, præstaretur: hic enim pacto standum esse Julianus respondit, *l. 9. §. Julianus 2. hoc tit.* Similia exempla occurrunt in *l. 11. §. 1. & ult. eod.* estque hoc commune omnium judiciorum bonæ fidei, *l. 11. de act. empt. l. contractus 23. de reg. jur.* Quod si nihil convenit, tunc ea præstanda esse, 1
quæ naturaliter insunt hujus judicii potestate, in quod, cum sit bonæ fidei, id omne venit, quod ex æquo & bono præstari oportet, etiamsi de eo nihil dictum, aut fortè nihil cogitatum sit, *l. si in lege 24. & l. seq. § 3. hoc tit. §. in bona 30. inf. de act.* unde post moram etiam usuræ tardius illatarum pensionum à conductore præstandæ, *l. quæro 54. eod. l. præses 17. C. eod.*

Secundum legem conductionis] Id est, secundum pacta conventa conductioni adjecta, quæ legem & formam contractui dant, *l. 7. §. quin imo 5. de pact. d. l. 23. de reg. jur.* Nihil est apud juris auctores frequentius, quam ut legem contractus appellent formam, quam ex pactione adjecta contractus accipit, ipsamve pactionem, *l. qui fundum 40. l. comprehensum 60. l. si cum fundum 68. de contr. empt. l. si in lege 24. hoc tit. l. venditor 13. comm. præd. cum similib.*

Ex bono & æquo præstare] Ante omnia autem colonus curare debet, ut opera rustica suo quæque tempore fiant, ne intempestiva cultura fundum faciat deteriorem. Præterea villarum curam agere debet, ut eas incorruptas habeat, *d. l. 25. §. 3. h. t.*

Inquilinus, ut in domo locata rectè versetur, ex honesta non faciat cauponam, *l.* 3. *C. eod.* Uterque, ut pensiones suo quasque tempore solvat, *d.l. quaro.* §. *1. hoc tit.* Ni ita se gerat conductor, & pensionem præstet, impunè expelli potest, *d. l. quaro* §. *1. l. 3. C. eod.* Plures alias causas, ob quas conductorem expellere jus est, refert Christin. *vol. 3. decis. 115.* quanquam non omnes hodie obtinent, ut idem ibidem annotat. Illud hic tenendum est, quibus casibus conductorem expelli posse dicitur, non nisi ex auctoritate magistratus eum expelli debere. *Ant. Fab. C. suo h. t. defin.* 11.

Qualem diligentissimus paterfamilias] Simile est, quod traditur in *l. si merces* 25. §. *pen. hoc tit.* Atenim locatio & conductio est contractus ex eorum numero, qui utriusque contrahentis utilitatem continent: in cujusmodi contractibus dolus duntaxat & culpa præstatur, juxta regulam traditam in *l. 5.* §. 2. *commod.* ubi nominatim etiam locationis fit mentio. Cum autem culpa præstari dicitur, eo verbo in usu juris non alia, quam levis culpa designatur, id est, ea, quæ mediæ diligentiæ opponitur. Quod multis auctoritatibus probavimus sub §. 2. *sup. quib. mod. re contr. oblig.* & de hac tantum culpa dict. regulam intelligi debere ex eo patet, quod in contractibus, in quibus solius accipientis utilitas versatur, quale plerumque est commodatum, Jurisconsultus d. loco scribit, plus ab accipiente exigi, quam cum utriusque commodum vertitur: nimirum in hujusmodi contractibus præter culpam præstari & diligentiam; quo significat, in eo contractus, qui utriusque gratia fiunt, & commodatum discrepare; quod in illis duntaxat levis culpa præstetur, in hoc etiam levissima, quam more veteribus usitato contrariæ rei præstatione indicat, diligentiæ scilicet, intelligens eo verbo diligentiam specialem seu exactissimam. Ipsa quoque ratio hoc suggerit, levius agendum esse cum eo, qui mercedem pro rei usu præstat, quam qui gratuitum ejus usum habet. Quin ipsam etiam commodatarium placet culpam levem tantum præstare, secundum superiorem regulam, si quando commodantis quoq. contemplatione res commodata sit, *l.*
2 *in rebus 18. in fin. pr. commod.* Ex quibus perspicuè evincitur, conductorem regulariter levissimæ culpæ nomine non teneri, neque ab eo exigi, extra specialem conventionem, ut in *l. qui mercedem 40. hoc tit.* ut in re conducta summam & exactissimam diligentiam præstet, sed securum eum esse oportere, si adhibuerit mediam, id est, eam, quam communiter frugi patresfam. suis rebus adhibere solent. Idem ex eo quoque confirmatur, quod passim nihil amplius quam culpam à conductore præstari legimus, *l. 9.* §. *3. l. 11.* §. *2. l. item quæritur* 13. §. 1. *l. in navem* 31. *in fin. hoc titul.* quo postremo loco Alfenus etiam pro ratione affert regulam probatam in contractibus, qui utriusque causa ineuntur: at culpæ nomine absolutè posito in usu juris culpa levis perpetuo significatur. Denique ut nullus dubitationi locus relinquatur, evidentissimè hoc ipsum ostendit, *l. 3.* §. 1. *naut. caup. stab.* quo loco Jurisconsultus conferens actiones locati & depositi cum honoraria, quæ ex edicto isto competit, utilitatem ejus, quæ ex edicto est, hoc nomine maximè commendat: quod in locato conducto culpa, in deposito dolus duntaxat præstetur: edicto vero omnimodo, qui recepit, teneatur, etiamsi sine culpa ejus res periit aut damnum datum est, ita tamen, ut nec ille præstet casus fortuitos, seu quod damno fatali aut vi majore contigit. Igitur ex sententia Jurisconsulti is, qui recepit, præstat medium aliquid inter culpam & casum fortuitum, quod non præstat conductor: atqui hoc medium nihil aliud esse, fateri omnes debent, quam culpam levissimam. Quid ergo respondemus ad 3
hunc textum? nimirum idem, quod interpretes vulgo, superlativum hoc loco positum esse pro positivo, verbum *diligentissimus* pro *diligens*; ut hoc verbum secundum subjectam materiam & naturam contractus explicandum sit, eoque hic significari intelligatur, non summa illa & penè modum excedens, sed media diligentia, quam communiter homines diligentes suis rebus adhibere consueverunt. Sic ex contrario positivus pro superlativo ponitur in *l. 5.* §. *custodiam 5. commod. l. heredes 25.* §. *non tantum 16. fam. ercisc.* §. 2. *sup. quib. mod. re contr. obl.* &c. quod apparet ex collatione *l. in rebus* 18. *commod. l.1.* §. *& ille 4. de obl. & act.* §. 1. *inf. de obl. quæ quasi ex contr.* Idem responderi potest ad *l. si merces* 25. §. *pen. hoc tit. arg. d. l.* 3. §. 1. *naut. caup. stab.* Nam quod alii respondent, casus esse speciales, qui hic & in *d.* §. *pen.* proponuntur, atque utroque loco agi de rebus, quæ natura sua, quasi damno maximè obnoxiæ, accuratissimam custodiam desiderant, altero etiam de conductoribus, qui operam quasi ultro offerunt, & ideo quoque levissimam culpam præstare tenentur, *arg. l.1.* §. *sæpe 35. depos.* admitti non potest. Nam jumenta, columnæ, dolia, tigna, scrupulosam præ cæteris rebus curam, aut curiosam custodiam minimè requirunt: nec quilibet qui quodammodo operam suam offerre videtur, ad majorem diligentiam, quam natura contractus desiderat, obligatur, *d. l.* 3. §. 1. *naut. caup. stab.* sed locum hoc habet in artificibus, seu iis, qui alicujus rei peritiam profitentur; quorum idcirco imperitia culpæ levi annumeratur, cum in aliis sit levissima, *l. 9.* §. *pen. l. item* 13. §. *si gemma 5. hoc tit. l.12. de furt. l. 8.* §. 1. *ad leg. Aquil.* nisi putamus, etiam eos, qui columnas aut tigna deportanda conducere solent, eodem nu-

mero haberi, quasi industriam certæ rei profiterentur, ut *D. VVesemb.*

Et aliquo casu fortuito] *L. in judicio.28. C. eod.* Neque hoc proprium hujus judicii est, sed commune omnium contractuum, *l. contractus 23. de reg. jur. l.6. C. de pign. act.* Non obstat, quod alibi dicitur, rem locatam esse periculo conductoris, *l.13. §.1. de lib. caus. l.14. §. qualis 16. de furt.* Nam illud intelligendum est de periculo & damno, cui culpa caussam præbet: neque novum est, ut illæ etiam res periculo nostro esse dicantur, in quibus culpam præstamus; de quo uberius disserui sub *§.3. tit. præc.* Quod
4 autem hic excluditur casus fortuitus, id non satis argumenti est, culpam levissimam à conductore præstari: nihil enim frequentius est jure nostro, quam ut posita præstatione doli & culpæ, quo verbo levis intelligitur, removeatur casus fortuitus; insuper habito, utrum eo amplius etiam levissima culpa præstetur, nec ne; utpote quæ raro præstetur, & vix culpa sit. Hinc jam judicari potest, an incendium & quando à conductore præstandum sit: in quo tamen mirificè variant & interpretes, & judicum sententiæ: *Vid. Gail. 2. obs. 21. Menoch. de arb. jud. quæst. 2. cas. 390. Mascard. lib. 2. de prob. in verb. Incendium. Fachin. 1. cont. 87. Moller. 4. semestr 31. D. Tulden. comm. in tit. de leg. Aquil. inf. c. 8. Christin. vol. 3. decis. 112. n. 5. ubi plures citat.* Assentior autem iis, qui statuunt, inquilinum de incendio locatori teneri, nisi doceat de intelligentia sua in muniendo & custodiendo igne adhibita. *Fach. & Moller. de loc. p. 13. §. 1. de off. præf. vig. l. 11. de pec. & comm. rei vend.* de quo nos opulentius *lib. 1. sel. quæst. cap. 33.*

Textus.

De morte conductoris.

6. Mortuo conductore intra tempora conductionis, hæres ejus eodem jure in conductione succedit.

Nota.

6. Mortuo conductore, &c. hæres ejus] *l. 10. C. h. t.* sicut nec ex contrario morte locatoris expirat locatio *l. 18. §. eod.* Hæres enim universi juris & onerum defuncti successor est, *l.37. de acq. hær.* Emptor autem vel legatarius stare locationi non tenentur, *l.25. §.1. l.32. h. t. l. 120. §. ult. de leg. 2. l.9. C. h. t.*

Commentarius.

1 *Emptor non tenetur stare locationi facta à venditore: & quid hodie.*

Morte conductoris conductionem non expirare, 1
sed hæredi quoq; ejus intra tempora conductionis onus contractus incumbere, certi juris est, *l. 10. C. hoc tit.* & contra nec morte locatoris expirat: quippe hæres universi juris & onerum defuncti successor est, *l. hæres 37. de acq. hær.* Ait autem Justinianus, hæredem eodem jure in conductione succedere: & Gordianus in *d. l. 10.* hæredi quoque onus contractus incumbere: quibus verbis non hoc significant, hæredes, pro eo tempore, quo contractus inter defunctum & superstitem stetit, actione locati aut conducti teneri: quanquam enim ita tenentur, *l. sed addes 19. §. pen. hoc tit. l. cum conductorem 29. C. eod.* quippe omnes actiones ex contractibus venientes, etiam mandati & pro socio, *l. inter causas 26. pr. mand. l. nemo 35. & l. seq. pro soc.* in hæredes transeunt: sed hæredem succedere in ipsum jus conductionis, quæ mortuo conductore aut locatore non finiatur: quod quidem regulariter etiam in aliis contractibus obtinet: sed secus est in iis negotiis, in quibus industria certæ personæ eligitur, ut in societate & mandato, quæ morte contrahentium finiuntur, ut docetur duobus tit. proximè seqq. particularis autem successor, emptor aut legatarius non tenetur stare locationi factæ ab auctore suo, *l. si merces 25. §.1. l. qui fundum 32. h. t. l. 9. C. eod. l. nihil 120. §. ult. de legat. 1.* Cæterum ab hoc jure moribus nostris & pleræque Belgicæ recessum est, juxta tritum illud, *huer gaet voor koop. Grot. 3. introd. 19. Neostad. dec. sup. Cur 30. Gudelin. 3. de jur. nov. 7. add. vαὶ ; vαὶ . Craenev. de legib. abrog. ad l. 9. C. h. t.* In hac urbe sequuntur jus commune: *statut. Leid. 74.*

Titulus XXVI.

D. lib. 17. tit. 2. C. lib. 4. tit. 37.

De Societate.

Continuatio. Quid sit societas, & quarum rerum, quando & quomodo contrahatur.

Ertia species contractuum, qui sola contrahentium voluntate obligationem inducunt, est societas. Societas est contractus, quo inter aliquos res aut operæ communicantur, lucri in commune faciendi gratia. Primum ut sit societas, necesse est aliquid mutuo conferri & communicari: nisi quid utrinque in commune conferatur, societas non intelligitur. Inde dictum, donationis causa societatem non contrahi veluti

uti si alicui placuerit lucrum ex re sua factum alteri commune esse, qui de suo nihil conferat, *l. 5. §. 2. h. t.* Enimvero quæ res invicem conferantur, corporalesne utrinque, an illinc res, hinc opera, an etiam opera utrinque, ad societatem communicatione rerum contrahendam, nihil interest : nam & inter duos artifices societas coiri potest, ut quod ex suo artificio quæstus fecerint, inter eos commune sit, *l. si non fuerint 29. l. duo 71. eod.* Illud quoque nihil refert ad societatem ineundam, quantarum rerum societas instituatur : nam & universorum bonorum societas contrahi potest, & partis bonorum : potest & negotiationis alicujus, quæ multas res partesque contineat : potest denique & unius rei, veluti si prædium communi consensu conducatur, ut fructus inde quæsiti sint communes, *pr. hoc tit. l. 5. l. verum 63. eod.* Porro quod ex definitione satis intelligitur, societas est consortium voluntarium, ut à Papiniano vocatur, *l. cum duobus 52. §. Idem Papinian. 8. eod.* nisi enim consensu & tractatu de ea re habito communio suscepta sit, non est societas. Itaque socii non sunt, si qui aut casu in communionem inciderint, puta si legatum, donatio, aut hæreditas duobus communiter obvenerit, aut si res à duobus simul simpliciter empta sit, *l. ut sit. 31. cum 3. ll. seqq. eod.* Ex quibus locis cum Glossa & citatis in *add. ad Bart.* temperandum est, quod in *l. 2. commod.* Jurisconsultus ait, rem, quæ à duobus pariter empta est, cum societate communem esse; nempe si empta sit cum affectione & animo societatis : idemque præsupponendum in specie *l. 2. C. h. tit.* quanquam Bartolus ad *dd. ll.* quem sequitur Salicetus in *d. l. 2.* contrarium axioma proponit, videlicet eo ipso, quod res à duobus pariter emitur, societatem contrahi. Denique quod postrema verba definitionis indicant, non est satis ad contrahendam societatem, communionem consensu iniri inter aliquos, nisi in hunc finem communio instituatur, ut lucrum inde in commune fiat. Quæ communio hunc finem non habet, societas dici non potest, ut maximè voluntate suscepta sit. Ut ecce, materiæ duorum voluntate dominorum confusæ sunt : massa quidem hæc communis est, *§. si duorum 27. sup. de rerum divis.* at non jure societatis. Res eadem simul à duobus simpliciter empta est, fit illa quidem amborum voluntate communis, sed ut modo dixi, citra societatem, *d. l. ut sit 31. h. t.* Convenit inter aliquos, ut lucrum non sit commune, sed unius tantum socii : placet, ita societatem contrahi non posse, quasi quæ contra finem societatis constituatur, *d. l. si non fuerit 29. §. 2. eod.* De damno nihil adjeci, quia lucrum tantum sperant spectantque socii, damnum præter votum eorum accidit. Sed nec damni communio ad substantiam societatis pertinet : quippe quæ etiam ita constitui potest, ut unus è sociis damni sit expers, ut postea intelligetur. Cum autem de communione eo, quo dixi, animo inter aliquos convenit, tum societas consensu contracta intelligitur, etsi nullius rei aut operæ collatio in præsentia fiat, *l. 2. de obl. & act.* Nec adversatur, quod scribit Modestinus *l. 4. h. t.* posse societatem coiri re & verbis &c. significat enim, societatem ita contrahi consensu, ut nihil intersit, verbis seu aperta conventione, an tacitè re seu facto aliquo consensus declaretur : add. quæ ex Cujacio notat D. Gothofr. *ad. d. l. 4.* Species societatis sumuntur à diversitate materiæ : ac de eo hic primum agitur : deinde disputatur de pactionibus circa partes lucri & damni : postremo de vi & obligatione hujus contractus, deque modis, quibus dissociamur.

TEXTUS.
Divisio à materia.

Societatem coire solemus aut totorum bonorum, quam Græci specialiter κοινωνίαν *appellant; aut unius alicujus negotiationis, veluti mancipiorum vendendorum emendorumque, aut olei, aut vini, aut frumendi emendi vendendique.*

NOTÆ.

SOCIETATEM COIRE] Societas est communio consensu suscepta. Estque duplex, vel vitæ, quam uno verbo nuptias sive matrimonium appellamus; vel bonorum, quæ verbo generis in usu juris societas vocatur : de qua sola hîc agitur.

AUT TOTORUM BONORUM] In qua bona omnia præsentia continuo communicantur, actiones invicem cedendæ, quæ postea obveniunt, in commune redigenda, *l. 1. §. 1. l. 2. l. 3. l. 73. & seq. h. t.* Cum autem aliqui simpliciter societatem contrahunt, eorum duntaxat, quæ ex quæstu veniunt, coita esse videtur, non etiam, quæ beneficio alieno aut dono fortunæ, *l. 7. cum seqq. eod.*

UNIUS NEGOTIATIONIS] Vel artificii, vel fundi in commune empti : in qua id solum, quod ex quæstu rei venit, cujus societas contracta est, lucrum commune est, *l. 52. §. 5. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Species societatis subjectis distincta.*
2 *Quando universorum bonorum societas contracta intelligatur, ejusque effecta.*

2 Mori-

3 *Moribus Belgii talem societatem inter conjuges constitui, & quidem ipso jure: unde & quid amplius in hac, quam in alia universali.*

4 *Quæ bona communicentur, si societas simpliciter coita sit.*

5 *Peculiaria quædam in societate omnium bonorum.*

SOcietatis diversæ sunt species & effectibus & subjectis distinctæ, ut, *l. 1. §. 1. l. 3. §. 1. l. 5. l. 7. cum aliquot seqq. l. si non fuerint. 29. & pass. hoc tit.* Imperator autem hoc loco id tantum videtur ostendere voluisse, aliam esse societatem universalem, aliam particularem, ut vulgo distingui solet: quanquam minus accurata ea oppositio est. Pinguius à diver-
1 sitate subjecti societas ita distribui potest, ut dicamus, aliam esse rerum & bonorum omnium, aliam universorum, quæ ex quæstu veniunt, aliam partis bonorum tantum, aliam denique unius rei, puta certæ alicujus negotiationis vel artificii, aut fundi in commune empti. In bonorum omnium societate bona omnia præsentia, id est, quæ coëuntium sunt tempore contractæ societatis, continuo communicantur, *l. 1. §. 1. l. 2. hoc tit.* actiones invicem sunt cedendæ, *l. 3. eod.* quæ postea obveniunt, judicio societatis communicanda, *l. si societatem 73. & l. seq. eod.* & quidem etiam omnia, id est, tam ea, quæ beneficio alieno & dono fortunæ obveniunt, quam quæ ex opera sociorum queruntur, *d. l. 3. §. 1. d. l. 73. eod.*
2 Hujusmodi autem societas tunc tantum contracta intelligitur, cum nominatim & specialiter omnium bonorum coita est, *dd. ll.* Interdum tamen evenit, ut tacitè quoque id actum videatur; veluti si fratres consortes post mortem patris, bonis indivisis, non paternis tantum, sed etiam cæteris, in quorum communionem inciderunt, lucris omnibus communicatis, vixerint, nec à se invicem rationes unquam exegerint. Hæc autem omnia conjunctim requiruntur: nam si tantum paternæ hæreditatis fructus communicaverint, aut unus proprio nomine quid gesserit, sibive habuerit, universalis societas minimè contracta videbitur, nec quod aliunde quæsitum est, veniet in communionem, *l. cum duobus 52. §. Papinianus 6. hoc tit. l. 4. C. comm. utriusque jud. Ant. Fab. Cod. suo. hoc tit. defin. 3. D. Tulden. comm. hic*
3 *cap. 1.* Moribus ferè totius Belgicæ (Frisiam excipe, *vid. D. Joan. à Sande rer jud. lib. 2. tit. 5. defin. 3.*) bonorum omnium communio & universalis societas inter conjuges ipso jure constituitur, nisi quid contra pactis antenuptialibus cautum sit: in qua societate etiam hoc amplius est, quam in alia universali, quod etiam ea, quæ post contractum matrimonium alterutri conjugum quæsita sunt, continuo inter eos communia fiunt, non expectata nova eorum communicatione: scilicet quia lex hanc communionem inducit; *vid. D. Neostad. in not. ad obser. 9.* cum alii socii, quamvis universorum bonorum, quæ post contractam societatem acquirunt, sibi acquirant; ut tamen judicio societatis ea cogantur communicare, & quæsita in commune redigere, *l. si societatem 73. & l. seq. hoc tit.* Unde Paulus in *l. 1. §. 1. eod.* non ait, simpliciter inter socios omnium bonorum continuo communicari res omnes, sed res omnes quæ coëuntium sunt, id est, quæ tunc sunt, cum societatem coëunt. In societate universorum, quæ ex 4
quæstu veniunt, res coeuntium seu bona præsentia non communicantur, sed futura tantum, seu lucra postea obvenientia; neque tamen hæc omnia, sed ea solummodo, quæ ex quæstu quotidiano, id est, ex opera & negotiatione cujusque socii acquiruntur, puta lucrum, quod ex emptione, venditione, locatione, conductione, & similibus commerciis, aut ex causa artificii descendit. Quæ vero alieno beneficio obveniunt, qualia sunt hæreditas, legatum, donationes, ea extra hanc causam habentur, *l. 7. & aliquot seqq. hoc tit.* Talis societas contrahi intelligitur, cum aliqui simpliciter societatem coëunt, hoc est, saltem dicunt, sibi placere, ut inter ipsos societas sit sine designatione rerum, quarum societatem contrahi velint, *d. l. 7.* Fallitur autem D. Bachovius, dum putat, etiam in societate simpliciter hoc modo contracta bona ipsa coëuntium statim communicari: hoc enim non obscurè pugnat cum *d. l. 7.* Et *l. 1. §. 1. eod.* disertè loquitur de societate omnium bonorum. Veteres autem non aliam bonorum aut fortunarum omnium societatem agnoscunt, quam quæ nominatim ita contracta est: ut bene Baro hic. In
societate omnium bonorum etiam illud peculiare est, 5
ut si quid socius necesse habuit præstare ex obligatione honesta, atque adeo etiam aliena injuria coactus, id omne in societatis rationem veniat, tametsi extra causam societatis id præstetur, *l. cum duobus 52. §. ult. hoc tit. 39. §. 3. fam. ercisc.* nec mirum, cum rursus omnia etiam quæ ex lucrativa causa obveniunt, in commune sint redigenda. Quapropter si unus è sociis universorum bonorum quid erogaverit in honorem liberorum, honestè tamen & decenter, non profusè, inve fraudem sociorum, id in societatem imputabitur; veluti si pater filium in studiis aluit, atque eo nomine quid honestè & bona fide erogavit, *fac. l. qua pater. 50. fam. ercisc.* Quid si filiam elocavit, & pro ea dotem dedit? Adhuc dixerim, societatis id commune onus esse, non solius patris, *arg. l. 19. de rit. nupt. Rol. à Vall. cons. 91. Menoch. 2. de arb. jud. cap. 127. Fach. 8. contr. 4. Christin. vol. 3. decis. 51. num. 9. Gothofr. ad l. 81. hoc tit. Bachov. ad Treut. vol. 1. disput. 27. th. 8.* Prius illud etiam admittit D. Tulden. *comm. hic cap. 4.* sed

de dote dissentit; propterea quod dos imputatur legitimæ, & conferenda est, ea autem, quæ studiorum causa filio subministrantur, non item, *d. l. 50. fam. erc.* Sed quid hoc ad rem? Imo, cum filiam dotare pater teneatur, vel magis in dote id obtinere debet. Sic ea, quæ pater liberis emancipatis concedit, ut se exhibeant, familiam, quam instituunt, sustentent, conferuntur, *l. 1. in fin. C. de collat.* quæ tamen imputabit societati: & potest pater impendiis studiorum causa factis hanc legem dicere, ut post mortem conferantur. Hoc autem nihil ad socios. Planè feuda in hanc societatem non veniunt. *Bald. & Prapos. in c. imperialem de proh. feud. al. per Fred. & in cap. 1. de invest. de re al. fact. Pres. Everh. cons. 53.* In reliquis societatibus id solum, quod ex quæstu negotiationis venit, aut rei, cujus societas contracta est, lucrum commune est: ex alia causa quæsitum ad communionem non pertinet, *l. cum duobus 52. §. cum duos. 5. eod.*

TEXTUS.

De partibus lucri & damni.

1. *Et quidem si nihil de partibus lucri & damni nominatim convenerit, æquales scilicet partes & in lucro & in damno spectantur. Quod si expressæ fuerint partes, hæ servari debent. Nec enim unquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sint, ut ad unum quidem duæ partes & lucri & damni pertineant, ad alterum tertia.*

COMMENTARIUS.

1 *Summa disputationis hic proposita.*
2 *In impari rerum collatione, si de partibus nihil dictum sit, impares quoque constitutas intelligi; & reprehensi, qui secus sentiunt.*
3 *Ubi partes expressæ, qualiscumque collatio sit, conventionem servandam.*

OMnis societas lucri in commune faciendi gratia coitur. Sed non semper lucrum fit, & sæpè etiam damnum. Hinc de partibus lucri & damni quærendum est, ut sciatur, quantum quisque & in lucro & in damno ferat. Summa hujus disputationis tribus
1 hisce propositionibus continetur. 1. Si nihil nominatim convenerit, partes & in lucro & in damno æquales sunt. 2. Si partes expressæ fuerint, has servari oportet. 3. Si una tantum in causa pars expressa sit, in altera, quæ omissa est, eadem pars servari debet.

Æquales sc. partes] Si partes expressæ non sint, id tacitè actum intelligitur, ut æquales sint, *l. si non fuerint 29. pr. h. t.* quod sic vulgo & rectè acceptum est, ut pro vero habendum sit, cum ea quoque, quæ conferuntur, sunt æqualia: cæterum si inæqualis sit collatio, pro rata ejus, quod quisque contulit, partes fieri: æqualitatem enim hic intelligi debere non arithmeticam, sed geometricam, id est, analogam rebus collatis. Non placet hoc D. Connano, *lib. 7.* 2
comm. 13. neque D. Tuldeno *comm. hic cap. 5.* qui ita disputat, ut existiment, etiam in impari rerum collatione, si de partibus societatis nihil dictum sit, æquales partes pro numero sociorum tacitè factas intelligi, non considerato eo quod quisque contulit; quasi ubi nihil speciatim dictum est, communem duntaxat negotiationis fortunam spectasse, atque in eo acquievisse videantur, ut quisque damni & lucri tantundem haberet; scilicet jubente id etiam lege societatis atque amicitiæ, quæ ab æqualitate primum nata sit, & pares faciat etiam quos impares suscepit. Sed ut concedamus, hoc tacitè actum videri in societate omnium fortunarum, aut simpliciter & sine designatione rerum contracta: tamen in societate unius alicujus negotiationis idem probandum non est. Nam, cum nihil æquius sit, quam ut quisque pro ratione sortis, quam in eam negotiationem contulit, lucrum sentiat, *l. 6. l. quid enim. 80. h. tit.* hoc ipsum tacitè quoque actum intelligi convenit, si nihil aliud dictum est. Bene Aristot. 8. *Ethic. ad Nicomach. in fin. & 3. Polit. 6.* ἐν χρημάτων κοινωνίᾳ πλείω λαμβάνουσιν οἱ συμβαλλόμενοι πλείω.

Si expressæ fuerint partes, hæ servari debent] 3
Ac proinde etiam si inæquales servari placuerit in collatione æquali, pactio servanda erit: & contra si æquales servari placuerit in collatione inæquali. Itaque cum sæpe non constet, an æqualis utriusque aut rerum aut operæ collatio facta sit, ut omnis de hac re controversia inter socios tollatur, rectè fecerint, si ipsi expressè partes societatis constituant. Videtur tamen quod hic simpliciter dicitur, aliqua indigere cautione, de quo sub §. *seq.* Quod si societas ea conditione contracta sit, ut partes postea constituerentur, ad boni viri arbitrium res redigenda est, *l. 6. hoc tit.* Sed & si arbitrio tertii alicujus partium definitio permissa sit, arbitrium boni viri electum videtur, poteritque in manifesta iniquitate arbitrium personæ electæ per judicium bonæ fidei corrigi, *l. societatem 76. cum 4. ll. seq.*

Ut ad unum duæ partes, &c.] Hæc conventio ut ad unum duæ partes tam damni, quam lucri pertineant, ad alterum tertia, propter analogiam inæqualitatis partium in damno & lucro facile recepta est. Imo vix inæqualitatem habere videtur; quoniam

niam incertum est, lucrum an damnum ex communi negotiatione proventurum sit: neque enim semper favente Mercurio negotia procedunt.

Textus.

De partibus inæqualibus.

2. *De illa sanè conventione quæsitum est, si Titius & Sejus inter se pacti sint, ut ad Titium lucri duæ partes pertineant, damni tertia; ad Sejum duæ partes damni, lucri tertia, an rata debeat haberi conventio. Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit, & ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpitius (cujus sententia prævaluit) contra sensit; quia sæpè quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos justum sit conditione meliore in societatem admitti. Nam & ita posse coiri societatem, non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, & tamen lucrum inter eos commune sit: quia sæpè opera alicujus pro pecunia valet. Et adeo contra Quinti Mucii sententiam obtinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucri partem ferat, de damno non teneatur: quod & ipsum Servius convenienter sibi fieri existimavit. Quod tamen ita intelligi oportet, ut si in alia re lucrum, in alia damnum illatum sit, compensatione facta, solum quod superest, intelligatur lucro esse.*

Notæ.

2. Contra naturam societatis] Utpote quæ æqualitatem tanquam jure quodam fraternitatis desiderat, *l. 63. pr. eod.*

Servius Sulpitius] *l. 30. in fin. h. t.*

Opera alicujus pro pecunia] Idem intelligi debet de labore, de periculo navigationis & similibus, *l. 29. §. 1. eod.*

Commentarius.

1 *Sulpitium in casu hic proposito non tam improbasse videri sententiam Mucii quam temperasse.*
2 *Improbatur eadem Mucii sententia simpliciter.*
3 *Notabilia quædam circa casum, quo ab uno pecunia, ab altero opera confertur.*
4 *Si convenerit, ut unus lucri sit particeps, damni immunis: & de leonina societate.*

L*ucri duæ partes, damni tertia*] Difficulter in societate coëunda admissum est, ut partes lucri & damni difformiter constituerentur; veluti si convenerit, ut unus lucri partes duas, damni unam tantum, alter duas damni, tertiam lucri ferat. Nam Quinto Mucio hæc conventio displicuit, ut naturæ societatis, quæ æqualitatem desiderat, contraria: sed à Servio Sulpitio admissa est; cujus sententiam prævaluisse testatur Justinianus.

Quia sæpe quorundam ita pretiosa est opera] 1 Hæc ratio arguere videtur, Sulpitium non tam improbasse sententiam Mucii, quam temperasse: nimirum quod Mucius simpliciter dixit, iniquam esse hanc pactionem, naturæq; societatis contrariã, ut alter plus lucri, alter plꝰ damni sentiat, idServiũ existimasse verũ non esse in omni societate: iniquã quidem eam cõventionem videri in simplici & æquali collatione rerum seu pecuniæ; quod etiam forte solum Mucius consideravit: at iniquam non esse, ubi unus pecuniam tantum, alter operam simul cum pecunia confert: imo justum esse hunc meliore conditione in societatem admitti. Igitur ne quidem ex sententia Servii pactum de inæqualibus lucri partibus valebit, ubi æqualis est operarum & sortis collatio; sed tunc demum ratum est, cum inæqualis est collatio, & is, quem plus lucri ferre placet, etiam plus societati confert, sive pecuniæ, sive operæ aut industriæ: quod etiam evidenter probare videtur responsum Ulpian. in *l. si non fuerint. 29. pr. hoc tit.* Atque ita olim Azo contra Joannem disputavit; ejusque sententiam interpretes *comm. ad hunc* §. *& in d. l. 29.* sequuntur. *Gomez. 2. var. resol. 5. num. 5. Wesemb. parat. hic, num. 7. Christin. vol. 3. decis. 51.* Sed ut verum fatear, non possum huic sententiæ acquiescere. 2 Nam primum rationis esse videtur, ut expressa conventio operetur ultra naturam ordinariam contractus, *arg. l. contractus 23. de reg. jur.* modo ne nimia inducatur inæqualitas, & quæ sapiat communionem leoninam. Deinde quia aperte huic sententiæ refragatur, quod simpliciter scriptum est §. *præc.* si partes expressæ fuerint, has servari debere: quod & de partibus æqualibus in collatione inæquali, & de partibus

bus inæqualibus etiam ubi æqualis est collatio, omnino accipiendum est: quoniam in collatione inæquali, etiamsi de partibus nihil convenerit, partes inæquales juxta ea, quæ dicta sunt, constitutæ intelliguntur. Atque hoc etiam probat textus §. *seq. & l. Mucius 30. in fin. eod.* Etsi vero hac ratione inducitur aliqua inæqualitas: non video tamen, cur non possit expressa conventione id effici, cum non plane tollatur lucri communio, in qua consistit societatis substantia. Nec dubium est, quin societas æque ex parte donationis causa recte contrahatur, atque emptio-venditio, *l. si quis 38. de contr. empt.* Quare existimandum potius est, Servium in reddenda ratione suæ sententiæ respexisse ad id, quod plerumque evenit, ut scilicet unius opera sit pretiosior, & plus societati prosit, quam alterius; de quo tamen in singulis personis inquirendum non sit, cum ad æquitatem pacti, quod contra Mucium probat, defendendam sufficiat, id evenire posse, & frequenter etiam evenire: neque aliud sensisse Ulpianum, aut nimiam solum improbasse inæqualitatem *d. l. 29. h. t.* Utut vero sit, usus hujusmodi conventiones sustinet, ut post Angel. Porc. & alios testatur *Wesemb. hic, & in par. d. loc. add. Menoch. 2. de arb. jud. cas. 125.*

Ut alter pecuniam] Etiam uno pecuniam, altero operam conferente societatem contrahi posse obtinuit, *l. 1. C. hoc tit.* & quidem ita, uti hic dicitur, ut lucrum inter eos commune sit. Quippe cum sæpe opera alicujus tanti sit, quanti pecunia est. Tritum est illud Plauti, *Asin. act. 1. sc. 3.*

Par pari datum hostimentum est, opera pro pecunia. cui simile illud in *l. 52. §. 2. eod. pretium operæ & artis est levamentum, id est,* σήκωμα. Varro apud Non. *amussis est, aquamen, levamentum.* In codice Hetrusco præpostero literarum ordine scriptum est *velamentum.* Nimirum qui artem operamve præstat, non minus præstare creditur, quam is, qui pecuniam confert. Quod de opera dicitur, idem & de labore ac periculo navigationis, & similibus intelligi debet, *d. l. si non fuerint 29. §. 1. hoc tit.* Possunt igitur duo societatem sic coire, ut unus pecuniam conferat, unde merces emantur & negotiatio exerceatur; alter operam duntaxat, qui proficiscatur ad merces emendas, emat & vendat, ut sic deinde lucrum commune sit. Cæterum hæc collatio non uno modo fit: nam aut opera confertur cum solo pecuniæ usu, quo casu sors domino perit, & si salva est, domino salva est: aut opera confertur cum ipso dominio pecuniæ, quo casu qui operam impendit, particeps fit sortis. In prima specie comparatur cum opera non sors, sed periculum amittendæ sortis, & lucrum, quod ex ea probabiliter sperari poterat. In altera operæ pretium habetur quasi sorti adjectum, & pro eo, quod valet, in ipsa sorte partem habet, qui operam præstat, ut eleganter *Grot. 2. de jur. bell. ac pac. 12. num. 24. Covar. 3. var. resol. 2.* Atque hinc sumenda decisio quæstionis agitatæ apud interpretes in *l. 1. C. hoc tit.* utrum in hoc genere societatis pecunia collata communicetur, nec ne; & consequenter, utrum finita societate ea etiam inter socios dividenda sit, an is, qui contulit, eam præcipere debeat. Cui similis est altera, utrum in hujusmodi specie damnum pecuniæ amissæ commune sit, an ad eum solum hoc damnum pertineat, qui contulit pecuniam. De quo laborant *Gail. 2. obs. 24. n. 6. Fachin. 2. contr. 94. & 95. Christin. vol. 3. decis. 51. num. 4. & vol. 1. decis. 207. n. 8. & seqq.*

Lucri partem ferat, de damno non teneatur] ut si sociorum aliquis lucri sit particeps, immunis damni, præter naturam est societatis. Potest tamen ita conveniri sine injuria: nam secundum Cassium & Sabinum talis conventio iniqua non est, si tanti sit opera, quanti damnum est; id est, si tanti est illud, quod impenditur & perditur operæ, quanti est damnum acceptum, *d. l. si non fuerint 29. §. 1. hoc tit.* D. Grotius loco præcitato scribit, mixtum esse hujuscemodi contractum ex societate & contractu avertendi periculi, quem assecurationem vocant; atque in eo ita servari æqualitatem, si tanto plus lucri ferat, quam alioqui laturus fuerat, qui in se damnum recepit. Ait Justinianus *lucri partem,* diserte *partem.* Nam talis societas coiri non potest, ut unus lucrum tantum, alter damnum aut damni partem sine lucro sentiat, *d. l. 29. §. 2.* quippe ita naturalis societati est lucri communio, ut sine ea nequeat societas consistere. Veteribus talis societas, ex qua quis damnum tantum, non etiam lucrum expectat, leonina dicitur *d. l. 29. §. 2.* appellatione proverbiali ducta ex Apologo Æsopi de leone, asino & vulpe. vid. Desiderium nostrum *in Chiliad.*

In alia re lucrum, in alia damnum] Lucrum non particulatim æstimatur, sed in summa summarum, hoc est, id demum pro lucro reputatur, quod deducto omni damno atque impensis superest. Quemadmodum ex contrario damnum non intelligitur, nisi deducto omni lucro, *l. 30. hoc tit.* Itaque si inter duos inita sit negotiatio mancipiorum & boum, atque in illa damnum acceptum 100. aureorum, in hac lucrum factum 300. facta lucri & damni compensatione, reperietur superesse lucrum ducentorum, qui secundum legem societatis dividi debent.

TEXTUS.

De partibus expressis in una causa.

3. *Illud expeditum est, si in una causa pars fuerit expressa, (veluti in solo lucro,*

vel in solo damno) in altera vero omissa, in eo quoque, quod prætermissum est, eandem partem servari.

Commentarius.

QUæ partes in causa lucri aut damni tantum definitæ sunt, eædem etiam in causa omissa tacite definitæ intelliguntur: verbi causa, si ea lege societas coita sit, ut ad unum duæ partes lucri, ad alterum una pertineret, tacite actum intelligitur, ut easdem partes & in damno agnoscant: & si convenerit, ut partes lucri æquales sint, tacite conventum intelligitur, ut damnum quoque pro æquis partibus commune sit. Idque locum etiam habet in societate conjugali, puta si pacto ante nuptiali placuerit lucra ex quæstu obvenientia æqualiter communicari; nam tunc damna quoque uterque conjugum ex æquo ferre debet. *Everhard. consil. 197. Christin. vol. 3. decis. 51. num. 2.* Ratio hujus juris afferri hæc solet, quod id, quod generaliter dispositum est in uno correlativorum, etiam dispositum censeatur in altero: sed parum, ut mihi videtur, subtiliter. Neque enim à natura relatorum, sed à paritate rationis totum hoc pendet: quod etiam agnoscere videntur illi, qui non simpliciter, quod in uno correlatorum dispositum est, in altero quoque dispositum censeri tradunt, sed addito hoc temperamento, quando utriusque par ratio est. *Bald. in l. fin. Cod. de ind. vid. toll. Jas. in l. 1. Cod. de in jus voc. Christin. d. l.*

Textus.

Quibus modis societas solvitur. De renunciatione.

4. *Manet autem societas eousque, donec in eodem consensu perseveraverint. At cum aliquis renuntiaverit societati, solvitur societas. Sed plane, si quis callide in hoc renuntiaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat; veluti si totorum bonorum socius, cum ab aliquo hæres esset relictus, in hoc renuntiaverit societati, ut hæreditatem solus lucri faceret, cogitur hoc lucrum communicare. Si quid vero aliud lucrifaciat, quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet. Ei vero, cui renuntiatum est, quicquid omnino post renuntiatam societatem acquiritur, soli conceditur.*

Commentarius.

1 *Quam rationem habeat, quod placet vel unius è sociis renuntiatione societatem solvi, adeoque tunc etiam, cum in perpetuum coita est.*
2 *Quibus ex factis renuntiatio tacite facta intelligatur.*
3 *Malitiosa renuntiatio quatenus cui noceat.*

SOcietas & mandatum in eo conveniunt, quod proprio quodam jure, & suis quibusdam modis solvantur, quos Justinianus, quoniam ab iis modis, quibus jure communi obligatio tollitur, remoti sunt, explicare voluit. In societate id facit hoc loco, in mandato tit. seq. Societas proprio jure solvitur quatuor fere modis; renuntiatione, morte, capitis minutione, egestate unius, *l. 4. §. 1. l. verum 63. §. ult. hoc tit.* quæ singula ordine latius declarabuntur.

Donec in eodem consensu] Tamdiu societas durat, quamdiu consensus partium perseverat, *l. 5. C. eodem.* Et siquidem rebus adhuc integris voluntate omnium ab instituta conjunctione discedatur, secundum communem legem de tollendis obligationibus, quæ consensu contrahuntur, invicem liberantur, *§. ultim. inf. quibus mod. toll. obl.* Sed illud proprium hujus contractus est, quod etiam postquam res integra esse desiit, id est, postquam jam collatio & communicatio facta est, ab eo recedi & vel unius voluntate potest: quomodo in specie dicitur societas dissolvi renuntiatione.

Cum aliquis renuntiaverit societati] Hoc in contractu societatis jure singulari receptum est contra regulas communes de dissolvendis obligationibus, *l. 5. C. de obl. & act. l. 3. C. de resc. vend.* Idque duplici de causa: primum quia socii officium invicem præstant, & accipiunt; deinde quia non bene convenit cum natura & conditione societatis, quæ rationem quandam & jus fraternitatis habere creditur, *l. verum 63. pr. hoc tit.* aliquem invitum retinere in communione; quippe cujus materia discordias inter non consentientes excitare solet, *l. cum pater. 77. §. dulcissimis 20. de legat. 2.* Adeo autem visum est ex natura esse societatis, unius dissensu totam dissolvi, ut, quamvis ab initio convenerit, ut societas perpetuo duraret, aut ne liceret ab ea resilire invitis cæteris; tamen tale pactum, tanquam factum contra naturam societatis, cujus in æternum nulla coitio est, *l. nulla 70. hoc tit.* contemnere liceat, *l. 14. eod.* Nam quod Paulus scribit. *l. 1. eod.* societatem etiam in perpetuū coiri posse, nihil aliud significat, quam sine ulla tem-

temporis præfinitione, aut donec socii vivant: quæ conventio non hoc operatur, ut non liceat abire, sed ut solo lapsu temporis non finiatur societas. Porro autem renuntiatione dissociamur aut voluntate aperta, aut tacita. Aperta, cum cæteris nuntiatur, ut res suas sibi habeant atque agant, *d. l. 63. in fin. eod.*
2 Tacita voluntas renuntiandi tribus his factis evidenter arguitur. 1. novatione actionis pro socio ab uno ex sociis facta, *l. actione 65. prac. eod.* quod etiam significat Ulpianus, cum dicit, societatem etiam ab actione seu ab interitu actionis distrahi, *d. l. 63. §. ult.* 2. actione pro socio ab uno adversus alios instituta distrahendæ societatis causa, *d. l. actione, in pr. junct. §. pen. add.* ... *Salicet. in l. 5. Cod. eod.* 3. cum separatim agere cœperint, & sibi quisque negotiari, *l. itaque 64. eod.* veluti si Typographi aliquot, qui antea communibus sumptibus libros imprimendos curabant, postea singuli domi suæ sibi imprimere cœperint, & commune impendium facere desierint, tacite renuntiasse societati intelliguntur.

3 *Si quis callide renuntiaverit*] Quævis renuntiatio quantumvis insidiosa, hactenus valet, ut renuntianti noceat, & liberet ab eo socios: at ex contrario non quælibet renuntiantem liberat à sociis, sed ea solum, quæ injuria caret. Injuriam autem renuntiatio habet, non tantum si callide & malitiose facta sit, cujus exemplum hic profertur: verum etiam, quæ facta sit absenti, quoad is scierit, *l. 17. §. 1. eod.* item si facta intempestive, id est, ante tempus conventum, (nisi ex nova causa, *l. 14. & 2. seqq. eod.*) aut eo tempore, quo res in communem negotiationem coëmptas vendi non expedit, ita ut non privatim unius è sociis, sed societatis intersit eam non dirimi. Qui sic renuntiat, damni particeps, lucri expers manet, *d. l. 7. §. 1. l. actione 65. §. 3. 5. & 6. eodem.*

Veluti si totorum bonorum socius] Expresse mentionem tantum facit socii omnium bonorum, qui propter hæreditatem obvenientem renuntiat, ut & Jurisconsultus in *d. l. actione, §. 3.* quoniam ut commodum hæreditatis uni acquisitæ communicetur, extra causam societatis omnium bonorum aut specialem conventionem locum non habet, *l. 3. §. 1. l. 7. eod.*

Quod non captaverit] Si renuntianti, lucrum aliquod post renuntiationem obvenerit, quod in renuntiatione non spectavit captavitque, id communicare non cogitur: quia nec dolum in eo admisit, *d. l. actione, §. 3.*

Cui renuntiatum est] Cui dolose renuntiatum est, is nihil ejus lucri, quod post renuntiationem aliunde quæsivit, renuntianti communicare tenetur: quoniam avara & fraudulenta renuntiatio renuntiantem quidem à sociis non liberat; socios tamen liberat à renuntiante, *d. l. actione, §. 3.*

TEXTUS.

De morte.

5 Solvitur adhuc societas etiam morte socii: quia qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit. Sed & si consensu plurium societas contracta sit, morte unius socii solvitur, etsi plures supersint: nisi in coëunda societate aliter convenerit.

NOTA.

NISI, &C. ALITER CONVENERIT] Id est, ut uno mortuo nihilominus inter superstites societas continuaretur, *d. l. 65. §. 7.* Quamvis autem hæres in societatem non succedit, tenetur tamen actione pro socio ex obligatione antea nata, item ut bonam fidem præstet & acti etiam culpam in eo, quod ex antegesto pendet, *d. l. 65. §. 9. l. 35. & seq. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur visum, ut morte & vel unius è pluribus tota solvatur societas: & quo id pertineat. num. 3.*

2 *Ratam esse conventionem, ut mortuo uno, inter superstites societas perseveret.*

Etiam morte unius socii societas solvitur, *l. 4. §. 1. l. nemo 35. l. cum duobus 52. §. idem 9. l. adeo 59. l. verum 63. §. ult. l. actione 65. §. morte 9. hoc tit.* 1
Et hoc genus distrahendæ obligationis societatis proprium est, recedens ab illo communi quo placet hæredem in eandem obligationem & idem jus, quod defuncti fuit, succedere, *§. ult. prac. tit. l. hares in omne 37. de acq. har. l. hereditas 62. de reg. jur.* sed admissum in societate ex natura hujus contractus; atque eadem ratione qua in mandato, quoque placet morte mandatarii solvi mandatum; nimirum quia in societate non tantum rei familiaris, ut fere in aliis contractibus, verum insuper etiam fidei & industriæ, quæ ad hæredes non transeunt, contemplatio versatur. Nam, ut in textu dicitur, *qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit*, cujus scilicet fidem, industriam, res & facultates sequatur. Usque adeo autem morte socii dirimi societatem placet, ut nec ab initio pacisci possimus, ut hæres in societatem succedat, *d. l. nemo 35. d. l. adeo 59. hoc tit.* quasi & tale pactum naturæ societatis repugnet, ut quis invitus socius efficiatur, cum non vult, *d. l. actione. §. societas 11. eod.* Exceptæ tamen sunt societates vectigalium, in quibus hujusmodi conventiones ob publicam utilita-

litatem admissæ: manetque hoc casu societas etiam post mortem, nisi forte is mortuus sit, cujus contemplatione potissimum societas coita, aut sine quo ea administrari non possit, *d. l. adeo. 59. l. Verum 63. §. in hær. 8. eod.*

Sed & si consensu plurium] Etsi plures, quam duo, societatem coierint, & unus tantum ex his mortuus sit, totam tamen societatem dissolvi placet, id est, non tantum dissolvi quoad personam hæredis defuncti, sed ita, ut nec qui supersunt, societati obligentur, *d. l. actione 65. §. morte 9. hoc tit.* Ratio est, quoniam cum plures societatem coeunt, alii aliorum contemplatione ad eam accedunt, ut proinde vel uno sublato amplius in societate manere nolle videantur.

2 *Nisi in coëunda societate aliter convenerit*] Si in contrahenda societate inter plures nominatim convenerit, ut uno mortuo nihilominus inter eos, qui superstites futuri sint, societas maneat, rata est inter vivos & consentientes conventio, *d. l. actione §. morte.* Neque, quod putat D. Hotomannus, hanc conventionem Ulpianus improbat *l. 35. l. cum duobus 52. §. idem 9. l. adeo 59. eod.* Confundit Hotomannus duo dissimilia pacta; pactum, quo placet hæredem in societatem succedere, quod ab Ulpiano improbatur; & pactum, quo inter plures societatem contrahentes cavetur, ut uno mortuo inter superstites societas continuetur.
3 Quod valere post Paulum in *d. l. actione, §. morte*, tradit Justinianus hic. Illud obiter monendi sumus, cum morte socii solvi dicitur societas, id non eo pertinere, ut hæres socii non teneatur actione pro socio ex ea obligatione, quæ stante societate nata est, aut ut non proponatur in eum actio, ut bonam fidem præstet, & acti etiam culpam in eo, quod ex antegesto pendet; *d. l. nemo 35. & l. seq. d. l. Verum 63. §. in hæredem 8. d. l. actione, §. morte, hoc tit.* sed, ut intelligamus, hæredem neque socium esse, neque in ullam partem commodi aut incommodi, quod ex ea societate esse possit, in reliquum tempus vocari.

Textus.

De fine negotii.

6. Item si alicujus rei contracta societas sit, & finis negotio impositus est, finitur societas.

Commentarius.

Si societas certæ alicujus negotiationis causa inita sit, puta vini aut frumenti ad certam quantitatem emendi vendendique, fine negotio imposito, id est, empto distractoque vino aut frumento, societas extinguitur, *a. l. actione 65. §. item si 10. d. l. Verum 63. §. ult. eod.* Sed in eo nihil proprium videtur societatis; utpote cui ea lex ab initio dicta sit. Idem est, si ad certum tempus contracta sit societas: nam exacto tempore ea expirat, *fac. d. l. actione, §. item qui 6.*

Textus.

De publicatione.

7. Publicatione quoque distrahi societatem, manifestum est, scilicet si universa bona socii publicentur: nam cum in ejus locum alius succedat, pro mortuo habetur.

Commentarius.

Quod Paulus, *dicta l. actione, §. publicatione 12. hoc tit.* unde hic locus desumptus est, dicit, publicatione bonorum socii distrahi societatem, hoc Modestinus & Ulpianus dixerunt, societatem solvi capitis deminutione, *l. 4. §. 1. d. l. Verum 63. §. ult. eod.* Intelligunt enim capitis deminutionem maximam & mediam, cum socius severitate sententiæ aut in servitutem redigitur, aut in insulam deportatur, quo casu bona damnati publicari solent, *l. 1. de bon. damn. l. 8. §. 1. & 2. qui testam. fac.* Poterat hæc species dissociationis etiam ad præcedens genus referri, ad eam videlicet, quæ morte socii contingit. Quibus enim libertas aut civitas adempta est, hi jure civili pro mortuis habentur: eoque pertinet, quod dicitur in *d. l. Verum, §. ult.* homines interire aut morte, aut maxima & media capitis deminutione. Sed & alia ratione ad sequens genus referri potest.

Alius succedat] Intellige fiscum, qui bona damnatis ablata occupat & sibi vendicat, *l. ultim. de bon. eor. qui ante sent. vel mort. sibi consciv. &c.*

Textus.

De cessione bonorum.

8. Item si quis ex sociis mole debiti prægravatus bonis suis cesserit, & ideo propter publica & privata debita substantia ejus veneat, solvitur societas. Sed hoc casu si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas.

NOTA.

8. Bonis suis cesserit] *dict. l. 65. §. 1.* Hoc Modestinus dixit, egestate dissociari, *l. 4. §. 1. eod.*

Commentarius.

POstremo etiam egestate unius socii societas solvitur, *l. 4. §. 1. hoc tit.* egestate scilicet extrema, id est, bonorum omnium, aut tantum non omnium amissione. Nam cum societas contrahatur bonorum in commune quærendorum causa, non magis bonis sublatis societati locus esse potest, quam sublata persona socii. Amittuntur bona aut civitate salva, veluti cessione, id est, si socius ære alieno oppressus bonis suis creditoribus cesserit, eaque à creditoribus distracta fuerint: *l. 3. de cess. bonor.* ac tum etiam societatem dirimi placet, *hoc text. & d. l. actione 65. §. 1. eod.* aut civitate una cum bonis amissa, ut in specie præcedente: nam publicatione bona amitti, ipsum verbum publicationis satis indicat: eaque consideratione illa quoque ad hanc rationem dissolvendæ societatis referri potest. Sed & decoctione bona amittuntur & pereunt. Cæterum decoctione sola societatem solvi negat Stracha *de decoctor. part. 2. n. 47.* nisi ea ad manifestam egestatem socium redegerit, *arg. d. l. 4. §. 1.* Quod & D. Tuld. probat *comm. hic, cap. 8.* Non puto autem, quod hic traditur de dissolutione societatis ob amissionem bonorum, locum habere eo casu, quo nihil pecuniæ in societatem collatum est, aut quo ille, qui operam tantum contulit, bona salva civitate amisit, nisi forte ob bona amissa speratam operam præstare nequeat.

Si adhuc consentiant] Nihil prohibet cum socio, qui bonis cessit, renovare societatem: quippe qui cum civis maneat, alia bona acquirere potest, vel operis suis vel alieno beneficio, *l. 6. de cess. bon.*

Textus.
De dolo & culpa à socio præstandis.

9. Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si qvid dolo commiserit, sicut is, qui deponi apud se passus est; an etiam culpæ, id est, desidiæ atque negligentiæ nomine, quæsitum est. Prævaluit tamen, etiam culpæ nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est. Sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. Nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri, sibique hoc imputare debet.

NOTÆ.

9. Socius socio] Ex Cajo *l. 72. h. t.* Actio pro socio ex utroque latere directa est: nam utriusque socii par est conditio.

Qualem suis rebus adhibere] Id est, mediam, qualem plerique patresfam. suis rebus adhibent, *l. 11. de per. & comm. rei vend. l. 35. §. 4. de contr. empt. l. 14. de pign. act.* Levem itaque culpam, non etiam levissimam socius præstat. Quod & ipsum convenit regulæ de contractibus, qui utriusque gratia fiunt, *d. l. 5. §. 2. commod.*

De se queri] Eadem ratione utitur *sup. §. ult. quibus mod. re cont. obl.* ad excludendam culpam levem. Certior est illa, quam modo attulimus, quod in hoc contractu omnium versatur utilitas.

Commentarius.

1 *Nullam videri probabilem rationem dubitandi, utrum socius doli duntaxat, an etiam culpæ seu negligentiæ nomine obligetur.*
2 *Ad quem diligentiæ gradum culpa in judicio societatis exigenda.*
3 *Nodus Gordius, quem nectit l. 32. depos. solutus.*
4 *Fortior ratio, ob quam socius media præstatione diligentiæ obstringitur, quam quæ hic in calce, affertur.*

HÆc etiam sunt apud Gajum *l. socius 72. hoc tit.* cujus verba huc transtulerunt Compositores. Habet autem hic locus majorem difficultatem, quam vulgo interpretes opinantur. Illud constat, societatem esse ex numero eorum contractuum, qui utriusque contrahentis gratia fiunt, in quibus juxta regulam traditam in *l. 5. §. 2. commod.* (ubi nominatim quoque societatis mentio fit) & dolus & culpa præstatur. Sed & illud certum est, appellatione culpæ, quoties ea absolute ponitur, aut dolo opponitur, levem perpetuo significari, latam culpam comprehendi nomine doli, *vid. sup. § 2. quibus mod. re contr. obl.* Quapropter nulla videtur esse probabilis dubitandi causa, utrum socius doli nomine duntaxat, sicut depositarius; an vero etiam ob culpam seu desidiam ac negligentiam teneatur: quod tamen quæsitum esse ait hic Justinianus, & ex veteribus Ulpianus in *l. cum duobus 52. §. 2. eod.* Illa sane dubitandi ratio satis justa non est, quod socius propter suam partem 1

causam

causam habet gerendi: siquidem hoc à culpa neminem excusare potest; sed tantum facit, ut culpa non æstimetur opposito diligentiæ summi gradus, id est, ne præstetur culpa levissima, *l. haredes 25. §. non tantum 16. fam. ercisc.* Fortassis ideo de eo dubitatum putaveris, quia at in calce hujus §. *& d. l. socius 72.* dicitur, is qui parum intelligentem socium sibi adscivit, de se queri, suæque id facilitati atque incuriæ imputare debet. Et sane hanc rationem Justinianus & Gajus alibi afferunt, tanquam ob quam placeat depositarium dolum tantum, non etiam culpam aut negligentiam præstare, §. *pen. sup. quibus mod. re contr. obl. l. 1. §. is quoque 5. de obl. & act.* Verum iidem hoc loco, *& d. l. socius*, eo argumento utuntur, non ut probent, socium de dolo tantum teneri; sed ut probent, eum compellendum non esse ad præstandam exactissimam diligentiam, sive, quod idem valet, sufficere, si mediam diligentiam adhibuerit, & culpa, exigenda ad communem hominum modum, careat. Sed non est, quod in eo nos torqueamus, cum alia & certa ratio sit, quæ manifeste efficiat, ut in societate non modo dolus, sed etiam culpa præstetur; nimirum quia, ut jam diximus, commodum societatis ad omnes socios pertinet: quæ res etiam aperte socios separat à depositario, qui onus tantum sustinet, commodi nihil expectat. Cæterum in hoc posita non est tota hujus loci difficultas.

Qualem suis rebus adhibere solet] Didicimus, socium socio non modo eo nomine teneri, si quid dolo commiserit; verum etiam nomine culpæ ac desidiæ; atque in hoc distare socium ab eo, cui res custodienda data est, seu depositario, qui dolum præstet duntaxat. Porro nunc docemur, ad quem gradum
2 diligentiæ culpa in judicio societatis examinanda sit; quod & ipsum dubio carere videtur, si in societate quoque regulam de contractibus, quæ utriusque utilitatem tangunt, servari placet, & culpæ nomine ex usu juris auctorum levem tantum accipimus, non etiam levissimam. Ait Justinianus, culpam in societate non ad exactissimam diligentiam dirigendam esse, sed sufficere talem diligentiam communibus rebus socium adhibere, qualem suis rebus adhibere solet. Quæ sunt ipsissima verba Gaii in *d. l. socius*
3 *72. hoc tit.* Hic vero nobis pene indissolubilem nodum nectit responsum Celsi in *l. quod Nerva 32. depos.* ubi Jurisconsultus refert & probat, quod Nerva dixit, latiorem culpam dolum esse, scilicet vi & effectu, ut non minus, quam dolus in deposito præstetur. Hujus autem culpæ reum esse ait, qui minus diligens est in rebus alienis, quam in suis, sive ut loquitur Jurisconsultus, qui non ad suum modum curam in deposito præstat. At nihil amplius Justinianus à socio exigere videtur: inter quem tamen & depositarium, hanc ipse differentiam antea constituit, quod socius præter dolum etiam culpam & negligentiam præstet, depositarius non item. Et cujus igitur rei præstatio socium à depositario segregat? Non aliter videtur hic nodus expediri posse, quam si dicamus, Jurisconsultos aliquando eum, qui rem alienam aut communem negligentius habet, quam suam, ponere in lata culpa & proxima dolo, quam etiam præstet depositarius: aliquando vero id factum adscribere culpæ levi & negligentiæ, quam præstet socius, depositarius non præstet. Illud Celsus facit in *d. l. quod Nerva, depos.* hoc alii passim, ut Justinianus hic. Gajus in *dict. l. socius 72.* item Paulus *l. haredes 25. §. non tantum 16. famil. ercisc. l. in rebus 17. de jur. dot.* & Ulpianus *l. 1. de tutel. & ration. distr.* Sed animadvertendum est, Celsum expresse proponere ignavum aliquem & dissolute negligentem, id est, talem, qui nec, ut ait ipse, ad eum modum diligens sit, quem hominum natura desiderat. Hunc ait, si ne ad suum quidem modum curam rei alienæ præstet, reum esse culpæ latioris, doloque proximum. Et merito; quoniam nullum hic aliud extremum dari potest. At extra hunc casum, in homine videlicet diligenti ad communem modum, seu bono alioqui & frugi patrefam. si quando is consuetam in suis rebus diligentiam in re aliena aut communi omiserit, levem culpam id reputabimus: atque omnino existimandum est, curam diligentis hominis considerari, quoties simpliciter ea diligentia in re aliqua ab aliquo exigitur, quam præstare solet in rebus propriis, *argum. d. l. quod Nerva, depos.*

De se queri sibique hoc imputare] Hæc ratio efficere videtur, ut ne media quidem diligentia à socio exigenda sit, per *l. 1. §. is quoque 5. de oblig. & action. & §. pen. sup. quib. mod. re contr. obligat.* Sed in societate ea ratio ideo id non evincit, quia ex adverso alia est & fortior, ob quam justum sit socium præstatione mediæ diligentiæ adstringi; nimirum quia in hoc contractu omnium versatur utilitas: tantum hoc efficit, ut à socio non sit exigenda diligentia summa atque exactissima, quam forte aliquis putet à socio præstandam esse, propterea quod ea societatis natura est, ut diligentiam quandam atque industriam sociorum desideret, quam ipsam etiam singuli in se suscipere & tacite promittere videantur.

TITULUS XXVII.

D. lib. 17. tit. 1. C. lib. 4. tit. 35.

De Mandato.

Continuatio. Definitio mandati, ejusque per partes explicatio: & alia scitu inprimis necessaria.

SUPEREST contractuum, qui consensu obligationem pariunt, species quarta & postrema, mandatum videlicet. Mandatum (quod à manu, quæ fidei symbolum est, dictum putatur) est contractus, quod aliquid gratuito gerendum committitur & suscipitur. Ajo *gerendum;* quoniam mandare non est quovis modo committere; sed committere aliquid gerendum: quo admonemur, commendare aliquem non esse mandare, eumque, qui simpliciter amicum commendat, non obligari, etiamsi quid in eum propter commendationem istam collatum fuerit, *fac. l. si vero 12. §. cum quidam 12. hoc tit.* unde vulgo dicitur, verba aut scripta commendatitia non inducere obligationem mandati, *l. fideicommissa 11. §. 2. de legat. 3.* An & quatenus quis obligetur ex literis credentiæ vel commendatitiis, in favorem alterius scriptis, si earum contemplatione quid creditum sit, *vid. Gomez. 2. var. resol. 13. num. 5. Christin. vol. 3. decis. 34. n. 6. Gloss. & DD. in l. si literas, Cod. hoc tit. l. Lucius 24. de fidejuss. l. si vero 12. §. cum quidam 12. hoc tit.* Ajo *committitur & suscipitur.* Nam mandatum uno rogante, altero recipiente perficitur. Etsi enim mandatum verbi proprietate tantum designet factum mandantis; tamen pro toto contractu passim accipitur, & facto utriusque; veluti cum dicimus mandatum contrahi, mandatum gratuitum esse oportere, obligationes, actiones mandati, &c. quod & in aliis appellationibus observatur, ut in stipulatione, acceptilatione, fidejussione. Cur dixerim *gratuito*, exponam *inf. sub §. ultim.* Suscepto mandato statim ex consensu nascitur obligatio, & qui suscepit, susceptum consummare, & vicissim, qui mandavit, eum indemnem præstare debet; eoque nomine mandanti competit actio mandati directa. Mandatario contraria, *pass. π. & Cod. hoc tit.* Cum autem mandati obligatio consensu consistat, consequens est, posse & per nuntium & per epistolam mandatum contrahi; nec referre, quibus verbis interponatur, *rogo*, an *volo*, an *mando*, an quo alio, ex quo mandatum intelligatur, *l. 1. pr. §. 1. & 2. eodem.* Quin interdum etiam tacite mandatum contrahi intelligitur, veluti si patiar aliquem pro me fidejubere, aut ab alio mandari, ut mihi credatur, *l. 6. §. 2. l. qui patitur 18. eod.* Præmittuntur hoc titulo varii fines & formæ mandandi: materia, effectus, contraria, accidentia, & affinia, dein sequuntur.

TEXTUS.

Divisio à fine.

Mandatum contrahitur quinque modis, sive sua tantum gratia aliquis tibi mandet, sive sua & tua, sive aliena tantum, sive sua & aliena, sive tua & aliena. At si tua tantum gratia tibi mandatum sit, supervacuum est mandatum; & ob id nulla ex eo obligatio, nec mandati inter vos actio nascitur.

NOTA.

MANDATUM CONTRAHITUR] Ex Cajo *l. 2. h. t.* Mandare est gratuito aliquid gerendum committere. *Vide inf. in comm.*

COMMENTARIUS.

MAndatum varias recipit divisiones. Nam aliud est expressum, aliud tacitum, *l. 6. §. 2. l. qui patitur 18. hoc tit.* Ab objecto dividitur in generale, quod universa alicujus negotia continet, & speciale, quod quædam, aut unum tantum. Illud vulgo subdividi solet in generale simplex, & cum libera. De quo nonnihil diximus sub §. *nihil autem 41. sup. de rer. divis.* Hoc etiam pro conditione negotiorum, prout illa aut judicialia, aut extrajudicialia sunt, distingui potest. Hic alia proponitur divisio, sumpta à fine, eaque quinquepartita, quod scilicet mandatum contrahatur vel mandantis tantum gratia, vel mandantis & mandatarii, vel aliena tantum, vel mandantis & aliena, vel mandatarii & aliena. Quæ eadem extat apud Gajum *l. 2. hoc tit.* Unde etiam sequentes §§. descripti sunt. In quibus singulæ istæ formæ exemplis illustrantur. Poterat hic addi & sexta species, quando trium personarum gratia mandatum intervenit, mandantis, mandatarii, & aliena, cujus exempla in *l. 8. §. 3. & 4. eod.*

At si tua tantum gratia] Quod mandatum solius mandatarii gratia interponitur, forma tantum extrema mandatum est, revera consilium potius, quam mandatum; & ideo vim obligandi non habet, vid. *inf. §. tua tantum. 6.*

TEXTUS.

Si mandantis gratia mandetur.

1. Mandantis tantum gratia intervenit mandatum, veluti si quis tibi mandet, ut negotia ejus gereres, vel ut fundum ei emeres, vel ut pro eo sponderes.

COMMENTARIUS.

1 *An & quando valeat mandatum incertæ rei.*

EXempla primæ speciei, seu ejus mandati, quod solius mandantis gratia intervenit, ex Gajo *d. l. 2. §. 1.*

§. 1. hoc tit. Apud Gajum pro eo, quod hic legitur, *sponderes*, est *fidejuberes*: quod à Triboniano repositum existimat Hotomannus, cum veteres *spondere* dixerint, pro *fidejubere*; quasi apud Gajum & alios ejusdem ætatis, ut Javolenum, Julianum, non sæpius *fidejubere*, quam *spondere*, invenias. Locus hic alioqui planus est. Enimvero occasione exempli
1 mandati de fundo emendo, quæritur an mandatum rei incertæ valeat, puta si quis generaliter mandaverit sibi emi servum aut equum; vel si quis mandaverit sibi emi fundum aut domum sine demonstratione possessoris loci, modi, aut magnitudinis. Et probandum, in prioris generis mandato non esse eam incertitudinem, quæ mandatum vitiet; in posteriore esse infinitam, quæ non patitur mandatum valere, *arg. l. cum post. 69. §. 4. de jur. dot. l. ita stipulatus 115. pr. de verb. obl. l. si domus 71. pr. de legat. 1.* add. quæ disputamus sub §. *si generaliter. 22. sup. de legat.* Planè si per relationem aut analogiam de modo prædii constare potest, puto mandatum consistere; veluti si mandavi domum emendam habitationi meæ; vel agrum, unde frumentum annuum victui meo suppetat. Illud constat, non obesse mandato, quod pretium rei emendæ statutum non est: intelligitur enim, judicio mandatarii id relictum esse secundum æstimationem communem, *l. 3. § 1. hoc tit. D. Tulden. comm. hic. cap. 2.*

TEXTUS.

Si mandantis & mandatarii.

2. Tua gratia & mandantis; veluti si mandet tibi, ut pecuniam sub usuris crederes ei; qui in rem ipsius mutuaretur: aut si volente te agere cum eo ex fidejussoria causa mandet tibi, ut cum reo agas periculo mandantis; vel ut ipsius periculo stipuleris ab eo, quem tibi deleget in id, quod tibi debuerat.

NOTÆ.

Ex fidejussoria causa] Nam jure veteri fidejussor ante reum principalem conveniri potuit, *l. 5. C. de fidejuss.* quod mutatum *Nov. 4.* Commodum hîc creditoris mandatarii in eo, quod judicium cum reo instituitur periculo mandantis, cum absque mandato foret, ut electione rei fidejussor liberetur, *l. ult. C. de fidejuss.* ubi demum id jus abrogatur. Exemplum hoc est in *l. 22. §. 2. l. 45. §. ult. h. t.*

Quem tibi deleget] Hoc mandatum in rem mandantis interponitur, quia bonum nomen facit creditor, qui delegatum admittit, propter novationem, *l. 26. §. 2. eod.* & in rem mandatarii, quia novus debitor ita substituitur, ut nihilominus ex mandato agi possit in id, quod minus ab illo servari potuit, *d. l. 22. §. 2. d. l. 45. §. pen.*

COMMENTARIUS.

Secundæ speciei, seu mandati, quod in rem mandantis fit & simul mandatarii, tria exempla hic proferuntur. Primum est, si mandem alicui, ut sub usuris pecuniam credat ei, qui eam in rem & utilitatem meam mutuaturus sit. Hic manifestum est versari mandantis commodum, & propter lucrum usurarum etiam mandatarii: habet hoc exemplum & Gajus in *l. 2. §. tua & mea. 4. hoc tit.* Alterum exemplum est, si fidejussor, metuens ne ex causa fidejussoria conveniatur, mandet creditori, ut cum reo potius agat suo mandantis periculo. Commodum hic fidejussoris mandantis in eo, quod judicio liberatur, cum alioqui agi cum eo ex causa fidejussionis potuisset, reo principali neglecto: siquidem jure veteri fidejussor ante reum principalem conveniri potuit, *l. 5. C. de fidejuss.* de quo alio loco dictum est. Commodum creditoris mandatarii in hoc, quod judicium instituitur periculo mandantis, cum quo postea mandati agi potest in id, quod à reo servatum non erit: cum absque mandato foret, ut electione rei fidejussor liberetur secundum tenorem juris antiqui, *l. ult. C. de fidejuss.* ubi demum id jus ab Imperatore abrogatur: quod vix unus & alter animadvertit. Tertium exemplum est, si is, qui centum debebat, cupiens ea obligatione liberari, rogavit creditorem, ut ea centum suo mandantis periculo stipularetur à Titio, quem in hoc creditori deleget. Hoc etiam mandatum in rem utriusque interponi intelligitur: in rem debitoris mandantis; quia ea delegatione fit novatio, atque ex priore causa debitor liberatur: in rem creditoris mandatarii, quoniam novus debitor ita substituitur, ut nihilominus ex sequenti mandato cum priore agi possit in id, quod minus ab illo servari potuit. Duo posteriora exempla sunt etiam apud Paulum *l. si mandavero 22. §. 2. l. si mandati 45. §. pen. & ult. hoc tit.*

TEXTUS.

Si aliena.

3. Aliena tantum causa intervenit mandatum; veluti si tibi aliquis mandet, ut Titii negotia gereres, vel ut Titio fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes.

NOTÆ.

NOTÆ.

3. ALIENA TANTUM CAUSA] Particula taxativa *tantum* & apud Cajum bis expressa est *d. l. 2. pr. & §. 2. eamque* & Th. agnoscit, ut mirum sit Hotomannum & Pac. censere delendam, vel ideo, quod eam Cajus non habet.

UT TITII NEGOTIA GERERES &c.] In his exemplis etsi ab initio nihil interest mandatoris, tamen ex post facto ut intersit, fieri potest; nempe cum ex gestu tuo mandator Titio obligari cœpit nomine negotiorum gestorum, *l. 28. de neg. gest.* Non obstat igitur *l. 8. §. 6. h. t.*

COMMENTARIUS.

1 *Adversus speciem hîc propositam quæ difficultates moveantur.*
2 *Earum difficultatum remotio.*

AFferuntur hic ex Cajo *l. 2. §. 2. hoc tit.* exempla tertiæ speciei, seu mandati aliena tantum gratia interpositi: quæ species difficultate non caret. Etenim explorati juris est, nemini actionem competere, nisi ei, cujus intersit, *l. qui fundum 32. locat. §. alteri. 18. sup. de inut. stip.* quod & nominatim in causa mandati cautum, *l. 8. §. mandati. 6. hoc tit.* ubi Ulpian. sic scribit; *Mandati actio tunc competit, cum cœpit interesse ejus, qui mandavit: cæterum si nihil interest, cessat mandati actio: & eatenus competit, quatenus interest.* Atqui ut Titii negotia gerantur, ut Titio fundus ematur, ut quis pro Titio fidejubeat, quæ sunt exempla hujus §. nihil interest mandantis: utique si Titius, qua Titius, & negotium, qua alienum, duntaxat consideretur: quo sensu alibi dicitur, nil interesse mea, Titio dari, *d. §. alteri, l. stipulatio ista. 38. §. alteri. 17. de verb. obl.* Et omnino fatendum est, eum, qui mandavit, actionem mandati non habere, nisi ipsius intersit. Sed respondemus, illud mandatum dici aliena tantum gratia intervenire, quod ut fiat, statim & ab initio nihil interest mandatoris: neque enim ut mandati actio aliquando competat, exigitur, ut mandatoris intersit, quo tempore mandatum interponitur, sed sufficit quandocumque ex postfacto incipere interesse. Ut ecce, possum tibi mandare, quod fieri mea initio nihil interest, ut Titii negotia geras; & competet mihi tecum actio mandati, ubi mea interesse cœperit, id est, cum ex gestu tuo Titio obligari cœpero nomine negotiorum, *l. si quis 28. de neg. gest.* Mandavi tibi ut Titio pecuniam crederes, cum mea pecuniariter non interesset Titio credi; si non credideris, concedo nullam mihi tecum esse actionem mandati. At si tu mandatum meum secutus (neque enim necesse est te explorare, utrum mea intersit, necne) pecuniam credideris, quoniam jam ego tibi teneri incipio actione mandati contraria, tu quoque vicissim mihi teneberis directa, si non ex bona fide omnia gessisti, *l. 6. §. si tibi. 4. hoc tit.* Quod vero apud Ulpian. *d. l. 6. §. plane. 5.* traditur, etsi mea non interfuit, quod tibi mandavi, tua tantum interfuit, mandati tamen actionem esse, si non esses facturus, nisi ego mandassem, de contraria mandati actione intelligendum est, quæ quibusdam casibus competit, etiam ubi nulla directa est, ut in specie *l. si hereditatem 32. in pr. eod.* Hæc mihi expeditiora videntur, quam illa aliorum quod ab initio etiam huic formæ mandati implicatum est commodum & interesse mandantis; dici autem, aliena tantum gratia id interponi, non quia in proposito non simul interveniat causa mandantis, sed quia causa aliena hic principalis; vel ut alii, quia persona aliena duntaxat mandato comprehensa est: quam interpretationem vix admittit *d. l. 6. §. 4.* & respuere videtur particula taxativa tantum, quæ bis etiam apud Cajum expressa est *d. l. 2. pr. & §. 2.* ut mirer, Hotomannum & Pacium censuisse delendam vel ideo, quod eam Gajus non habet.

TEXTUS.

Si mandantis & aliena.

4 *Sua & aliena, veluti si de communibus suis & Titii negotiis gerendis tibi mandet, vel ut sibi & Titio fundum emeres, vel ut pro eo & Titio sponderes.*

COMMENTARIUS.

EXempla speciei quartæ item ex Cajo *d. l. 2. §. 3. hoc tit.* Locus hic interpretatione non eget.

TEXTUS.

Si mandatarii & aliena.

5 *Tua & aliena, veluti si tibi mandet, ut Titio sub usuris crederes; quia si sine usuris pecuniam crederes, aliena tantum gratia intercedit mandatum.*

COMMENTARIUS.

EXemplum speciei quintæ, sive mandati interpositi in rem mandatarii & alienam, quod ipsum apud Cajum est *d. l. 2. §. 5. hoc tit.* Mandatarii hic interest propter quæstum usurarum: alieni, propter usum pecuniæ. Incidit autem hæc species in eandem dubitatio-

stionem, quam habet tertia superius proposita §. *aliena 3.* ubi dubitationem sustuli: & illinc igitur petere licebit, quod etiam hic respondeatur.

Textus.

Si mandatarii.

6. Tua tantum gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandet, ut pecunias tuas in emptiones potius prædiorum colloces, quam fœneres: vel ex diverso, ut pecunias tuas fœneres potius, quam in emptiones prædiorum colloces. Cujus generis mandatum magis consilium, quam mandatum est, & ob id non est obligatorium; quia nemo ex consilio mandati obligatur, etiamsi non expediat ei, cui mandabatur, cum liberum cuique sit, apud se explorare, an sibi expediat consilium. Itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emeres, vel eam crederes, quamvis non expediat eam tibi emisse, vel credidisse, non tamen tibi mandati tenetur. Et adeo hæc ita sunt, ut quæsitum sit, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut pecuniam Titio fœnerares. Sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum: quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.

Notæ

Si otiosam pecuniam] Id est, sterilem, *l. 7. de usur.* seu vacuam, *l. 28. depos. l. 24. de præsc. verb.* quæ domino nullum fructum affert, *l. 13. §. 1. de usur.*

Ut pecuniam Titio foenerares] Cum demonstratur persona, mandatum est, cum indefinitè mandatur, consilium, ut & Placentino videtur.

Commentarius.

1 *Mandatum quid differat à consilio.*
2 *Interdum mandatum solius mandatarii gratia interpositum consilii fines excedere.*
3 *Neminem ex consilio si fraus absit, teneri.*
4 *Applicatio l. 6. § 5. hoc tit.*
5 *Si quis alicui suaserit, ut pecuniam certæ personæ credat, tale consilium instar mandati haberi.*
6 *Tollitur difficultas, quæ ex verbis Justiniani oritur.*

Quod mandatum solius mandatarii gratia fit, magis consilium, quam mandatum est. Differt e- 1
nim mandatum à consilio. Mandatum pars quædam voluntatis est, ut quid fiat: consilium non est. Qui mandat, vult & urget, ut fiat, quod mandatum est. Qui dat consilium, consultoris arbitrio rem permittit, neque utrum fiat, necne, laborat. *Chrysostom. de Virgin.* ὁ μὲν συμβουλεύων ἀφίησι τὸν ἀκούοντα κύριον εἶναι τῆς τῶν πραγμάτων αἱρέσεως, ὑπὲρ ὧν ποιεῖται τὴν συμβουλήν. Proinde cum in specie proposita mandatoris nihil intersit, aut interesse possit, utrum alter mandatum ejus sequatur, nec ne, consuli potius, quam mandari videtur negotium, quod eum tantum, cui mandatur, tangit. Et licet hoc quoque nomen mandati habeat, vim tamen & effectum non habet, & revera species mandati non est, sed consilii, cujus nulla est obligatio, *hoc text. l. 2. pr. & §. ult eod. l. 6. §. plane 5. l. Quintus 48. §. ult. eod.* Plane potest mandatum solius mandatarii causa interpositum tale esse, ut excedat terminos simplicis consilii; & tunc etiam obligatorium est. Exemplum habemus apud Julianum *l. si hæreditatem 32. pr. eod.* Mandavit mihi aliquis, ut hæreditatem adirem, cavitque insuper damnum præstari, cum aliter aditurus non essem: si adierim, & damnum sensero, erit eo nomine mihi cum eo actio mandati. Plura ejusdem generis exempla fingi possunt.

Quia nemo ex consilio mandati obligatur] Ex consilio dato neminem obligari placet, etiamsi id consilium non expediat ei, cui datum est; cum liberum sit unicuique, apud se explorare, an expediat, nec
ne, sibi, consilium sequi, *d. l. 2. §. ult.* Cæterum hoc 3
ita, si à consilio absit dolus: nam si dolus & calliditas intervenerit, utique de dolo actio in eum competit, qui consilium fraudulentum, quo alteri nocitum est, dedit, *l. consilii 47. de reg. jur. fac. l. 8. l. si legatarius 23. l. cum quis 31. de dol. l. 2. de proxen.* Ut enim ex consilio nemo obligetur ad hoc, ut præstet eventum; fidem tamen præstare debet, &, si fraudem adhibuerit, minimè excusandus est. Bene Cicero *lib. 16. ad Atticum epist. 8. Qui consilium dat*, inquit, *fidem præstare tenetur:* sed fidem tantum. Nam ut idem alibi, *Si fraus absit, ex consilio nemo tenetur, & qui consulit, præter fidem nihil præstat.* Cui simile est illud Ulpiani, *consilii non fraudulenti nulla est obligatio, l. 47. de reg. jur.* Itaque summa ratione a-

pud Dionem *lib. 52.* Agrippa monet Augustum, ne iis, à quibus consilium petiisset, crimini duceret, si fortè res secius, quam illi existimassent, caderet, his ferè verbis: Τοὺς δ' ἁμαρτόντας μὴ ἀπαιτήσῃς ποτὲ, μηδ' αἰτιάσῃ· τὴν γὰρ διάνοιαν αὐτῶν δεῖ σκοπεῖν, ἀλλ' οὐκ ἐπιτυχίαν μέμφεσθαι.

Otiosam pecuniam] Otiosa pecunia à prudentibus dicitur pecunia sterilis, *l. 7. l. 13. §. 1. de usur.* quæ in arca jacet, nullumque domino suo fructum affert: cui opponitur occupata, id est, pecunia fœnebris, quæ usuras parit, ἐνεργὰ χρήματα *Demosth. advers. Aphob.*

Hortatus fuerit, ut rem aliquam emeres. &c.] Quid ergo, si empturus aut pecuniam fœneraturus non fuisses, nisi ego mandassem? Ne sic quidem puto esse tibi mecum in proposito actionem mandati; quamvis refragari videatur, quod Ulpian. *l. 6. §. plane 5. hoc tit.* scribit, mandati actionem esse, si quid feceris mandatu meo, quod alias facturus non eras, etsi mea non interfuit. Nam si istud tam latè interpretamur, quam verba patiuntur, nemo fere erit, qui non obligetur ex consilio; cum semper is, cui consilium datum est, dicturus sit, se, quod facit, facturum alias non fuisse. Itaque Ulpiani responso accommodanda sunt exempla, non simplicis consilii, sed mandati, quale est in *l. si hæreditatem 32. hoc tit. & simil.*

Ut pecuniam Titio fœnerares] Aliud est, verbis generalibus quid consulere aut suadere alicui, puta verbi causa, ut pecuniam fœneret simpliciter; aliud cum designatione certæ personæ, veluti ut pecuniam credat aut fœneret Titio. Prius meri consilii est, quoniam hic res tota arbitrio consultoris relinquitur, id est, illud etiam, cui pecuniam credat; & ob id, si minus idoneo crediderit, de se queri, sibique hoc imputare debet; consiliarius autem, si fraus non intercessit, excusandus. Posterius vim habere mandati placet, eo quod hic auctor tuus fidem suam pro persona designata interponere videtur, tu qui credis, fidem illius sequi, aliter non crediturus. Itaque si cum Titius verbi gratia, pecuniam mutuam à me peteret, aut pro alio petente fidem suam offerret, nollem autem aut debitorem eum habere aut fidejussorem, quod suspectæ mihi essent facultates ejus, tu consuluisti & hortatus es, ut facerem, idoneum eum esse affirmans; hoc consilium tuum instar mandati est, atque ex eo, si quid secus mihi evenerit, teneri te est æquissimum, propterea quod tuam hortantis & suadentis fidem secutus sum omnino, teque suasore & impulsore feci, quod alias nunquam fecissem: quamvis ut facerem tua non interfuit. Ait Justinianus, quæsitum esse, *an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut pecuniam Titio fœnerares.* At hoc veri mandati exemplum est, ejus scilicet, quod mandatarii & simul aliena gratia interponitur: idem enim valet, si mandem tibi, ut pecuniam sub usuris Titio credas, sive ut fœneres: quod mandatum certo jure obligatorium est: neque de eo unquam dubitatum videtur, non magis quam de eo, quod aliena tantum causa intercedit, veluti si tibi mandem, ut pecuniam Titio credas sine usuris, §. *prac. junct. §. 3. sup. eod. l. 2. §. 2. & pen. eod.* Quamobrem suspicor, Justinianum abusum verbo mandandi pro consulendi aut hortandi, quo paulo ante usus est, dubitatumque an mandati teneatur, non qui ultro & sponte sua alteri forte nihil tale cogitanti mandat, ut pecuniam certæ personæ credat, sed qui aditus & rogatus tale consilium dedit, hortatusque consultorem est, ut faceret, citra animum se obligandi; ut ratio juris videatur denegare actionem; quam tamen ex bono & æquo dandam secundum Sabini sententiam placuerit. Plane, qui simpliciter affirmavit, idoneum esse eum, cui pecunia mutua dabatur, non interveniente mandato aut consilio de credendo, mandati non tenetur, *l. 2. de proxenet. l. 7. §. ult. de dol. & ibi Costal. Gom. 2. resol. 13. n. 5.*

4

5

TEXTUS.

De mandato contra bonos mores.

7. Illud quoque mandatum non est obligatorium, quod contra bonos mores est: veluti si Titius de furto, aut de damno faciendo, aut de injuria facienda mandet tibi: licet enim pœnam istius facti nomine præstiteris, non tamen ullam habes adversus Titium actionem.

COMMENTARIUS.

1 *Mandati rei inhonestæ nullam esse actionem, quamvis nihil flagitiosi habeat.*

2 *Ex delicto tam mandantem, imo & consilium dantem obligari, quam mandatarium.*

3 *An qui mandavit hominem vulnerari, si occisus sit, teneatur pœna homicidii, remissive.*

MAteria seu objectum mandati sunt res licitæ & honestæ: turpium rerum & illicitarum nullum mandatum, nullaque in universum ex ullo contractu obligatio est, *l. 6. §. 3. hoc tit. l. nec prætermittendum 57. pro soc. l. generaliter 26. cum seq. l. si flagitii 123. de verb. obl.* Itaque si quis ædem sacram spoliandam, hominem vulnerandum, occidendum, furtum faciendum, &c. suscepit, neque pœnam, in quam propter flagitium, neque impensas, in quas propter vulnus condemnatus est, in summa nihil man-

mandati judicio consequi potest, propter turpitudinem mandati, & quia proprii delicti pœnam præstat,
1 *l. si mandavero 22. §. qui adem. 6. hoc tit.* Sed & si nihil flagitiosi mandetur, si tamen alias quod mandatur, inhonestum sit, nulla ex eo mandati actio est; veluti si adolescens luxuriosus mandet tibi, ut pro meretrice fidejubeas, & tu sciens mandatum susceperis, non habebis mandati actionem. Idemque obtinet, si mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas; quia simile est ac si perdituro credideris, & adversus bonam fidem, *l. 12. si adolescens 11. eod. l. 8.*
2 *pro empt.* Plane, si Titius tuo mandatu aliquem occidit, aut vulneravit, aut contumelia affecit, etsi hic nulla ex contractu inter vos obligatio oritur, uterque tamen obligamini ex delicto: neque te, qui mandasti, excusat, quod Titius facinus perpetravit; neque Titium, quod tu mandaveris. Quin nec ipsis servis, qui mandatu dominorum deliquerunt, in atrocioribus ignoscitur, *l. 11. §. an ignoscitur. 7. quod vi aut clam. l. servus 20. de obl. & act. l. ad ea. 157. de reg. jur.* atque hoc in tantum procedit, ut tu parem cum Titio pœnam sustineas, *arg. l. nihil interest. §. 1. ad leg. Corn. de sicar. l. 11. §. 3. de injur. l. 5. C. de accus. l. pen. C. si reus vel accus. mort. add. Clar. lib. 5. §. fin. q. 89. & ibi citat. cum citatis apud Baptist. Bajard. in annot.* Sed & consilium quoque in delictis eadem pœna puniri, qua mandatum, communis sententia est; utique si datum sit ei, qui alioqui nihil commisisset, *Clar. d. §. fin. q. 89. Covar. in Clem. si furiosus p. 2. §. 2. de homicid. Menoch. arb. jud. cas. 351.* Quæritur, an is qui mandavit
3 hominem vulnerari tantum, si mandatarius eum occiderit, pœna homicidii teneatur, vid. *Clar. d. q. 89. numer. 5. Menoch. arb. jud. cas. 352. numer. 2. Covar. in d. Clement. p. 2. §. 1. n. 3. Fachin. 1. cont. 36. Christ. vol. 5. dec. 49.* ubi refert, negantium sententiam in judicio contradictorio probatam Senatui Mechliniensium, qui mandatum tale pœna extraordinaria puniverit. Illud convenit, in atrocioribus delictis etiam solum & simplex mandatum, hoc est, etsi non sequatur effectus, aut ad aliquem actum deventum sit, pœna arbitraria coërcendum esse. *Covar. d. Clement. princ. p. 2. n. 9. vers. sexto. Menoch. arb. jud. cas. 352. n. 6.* Hæc obiter indicavi: neque enim hujus loci est, ea tractare latius.

Textus.

De Executione mandati.

8. Is, qui exequitur mandatum, non debet excedere fines mandati: ut ecce, si quis usque ad centum aureos mandaverit tibi, ut fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes: neque pluris emere debes, neque in ampliorem pecuniam fidejubere, alioqui non habebis cum eo mandati actionem: adeo quidem, ut Sabino & Cassio placuerit, etiamsi usque ad centum aureos cum eo agere volueris, inutiliter te acturum. Sed diversæ scholæ auctores rectè usque ad centum aureos te acturum existimant: quæ sententia sanè benignior est. Quod si minoris emeris, habebis scilicet cum eo mandati actionem: quoniam qui mandat, ut sibi centum aureorum fundus emeretur, is utique mandasse intelligitur, ut minoris, si possit, emeretur.

Commentarius.

1 *Fines mandati qui excesſit, actionem mandati non habere: quod exemplis illustratur.*
2 *An legati, aliive, qui mandatum à populo, &c. acceperunt, præcisè quod mandatum est, semper sequi teneantur.*
3 *Quis color Sabini & Cassii sententiæ hic relatæ prætexatur.*
4 *Contrariam Nervæ & Proculi meritò prælatam, cum confutatione argumentorum Sabini.*
5 *Licet res tanti valeat, quanti empta est, tamen mandatarium, quod ultra mandatum impendit, contrario judicio consequi non posse.*
6 *Occurritur argumentis auctorum contrariæ sententiæ.*

Locus insignis de executione mandati. Mandatarius ad præscriptum agere, atque in exequendo mandato cavere debet, ne fines mandati egrediatur, aliudve faciat, quam quod ei mandatum est: alioqui tanquam non impleto mandato repetitionem impensarum contrario judicio non habebit, quamvis ipse directo teneatur, *l. potest 41. h. t.* Ut ecce, mandavi tibi, ut domum Sejanam centum aureis emeres: si tu Titianam emeris, quamvis fortè majoris pretii, & tamen centum, vel etiam minoris, non videris implesse mandatum, *l. 5. §. 2. eod.* Item si mandavero tibi, ut fundum meum centum venderes, tuque eum nonagin- 1

naginta vendideris, egressus es mandatum: & ideo si fundum petam, non obstabit mihi exceptio, nisi & reliquum mihi, quod deest, mandatu meo præstes, & indemnem me per omnia conserves, *d. l. 5. §. 5.* Similiter si tibi mandavero, ut pro me in diem fidejuberes, atque purè fidejusseris & solveris, interim non erit tibi mecum actio mandati, quia mandatum excessisti, *l. si mandavero 22. eod.* Idque est quod generaliter Paulus definit, diligenter fines mandati custodiendos esse: eum enim, qui excessit, aliud quid fecisse videri, *d. l. 5. in pr.* Planè in finibus mandati constitisse videtur, qui fecit æquipollens, τὸ ἰσοδυνάμον, veluti si rogatus fidejubere pro Titio apud Mævium, mandavit creditori Mævio, ut Titio crederet,
2 §. *ult. eod.* Hic introduci potest quæstio agitata in philosophia, an legatus aliusve, qui mandatum à populo, principe, aut duce exercitus accepit, præcisè id omne & solum, quod mandatum est, facere teneatur; an nonnunquam quædam etiam præter & contra mandatum, si videlicet ea aut videat, aut speret ei, qui mandavit, utiliora fore: quam quæstionem problematicè tractat Agellius *1. not. Attic. 13.* Nobis in ista excurrere non licet. Equidem arbitror, regulam Pauli de custodiendis mandati finibus, vel maximè locum habere in negotiis publicis & bello, corrumpique atque dissolvi officium imperantis, si quis ad id quod facere jussus est, non obsequio debito, sed consilio non desiderato respondeat, ut ait *Agell. d. loc.* Cæterum æquum nihilominus videtur, ut ratio aliqua habeatur circumstantiarum, puta vel temporis, ne, dum nova & longinqua mandat expectantur, occasio rei ex utilitate mandantis gerendæ elabatur; vel certitudinis successûs: quo utroque nomine excusari potest factum Phœbidæ Lacedæmonii, qui missus in Olynthios injussu reipub. arcem Cadmeam occupavit consilio & ope Leontiadis Thebani: quod factum Agesilaum defensorem habuit, *Xenoph. lib. 5. hist. Græc.* fortè & ingenium ejus, qui imperavit, considerandum, facilisne sit & placidus, an Manlius aliquis, aut Posthumius: nam si tali præceptori ratio reddenda sit, nihil faciendum monerem aliter, quam præceptum est. Illud Cæsaris est; *Alia sunt legati partes, alia Imperatoris. Alter agere ad præscriptum, alter libere ad summam rerum consulere debet. Cæs. comment. 3.* Sed de hoc fusius scriptores politici. *Vid. Besold. de legat. c. ult. & ibi citat. &* τοὺς *Gifan. in præfat. comm. de Imp. Just.*

Adeo quidem ut Sabino & Cassio, &c.] Posito generaliter recepto hoc jure, eum, qui aliud facit, quam quod mandatum est, non videri implere mandatum, quæri cœpit, quando idem aut aliud factum esse videretur, ut hinc judicari possit de actione mandati. Constitit autem dubitatio ferè in hac specie, si quis, cum ei mandatum esset, ut ad certum usque pretium fundum emeret, vel ad certam summam pro Titio fidejuberet, fundum quidem emerit, cæterum pluris, vel pro Titio spoponderit, sed in majorem summam. Et Sabino & Cassio placebat nullam hoc casu mandatario actionem mandati esse, etiamsi ad summam mandato comprehensam tantum agere velit, paratus id, quod excedit, remittere: nec dubium, quin ideo, quod hic aliud factum putaverint, quam quod mandatum erat: quanquam & alio argumento utebantur, quod iniquum esse dicebant, uni dari actionem, alteri denegari: id autem in casu proposito contingere, si mandatum egresso actionem damus adversus mandantem: mandanti enim cum illo actionem non esse, *l. 3. in fin. hoc tit.* Sed Nervæ & Proculo contra visum est, in hujusmodi specie saltem ad summam mandato expressam mandatarium rectè agere, quasi hactenus non aliud, sed quod rogatus est, fecerit, mandatumque impleverit. Ut ecce, rogatus fundum emere centum aureis, eum emit centum & viginti: qui autem centum & viginti emit, eum verum quoque est centum emisse; cum utique majori summæ semper insit & minor, *l. 1. §. si stipulanti 4. de verb. obl.* Itaque censuerunt, in hypothesi proposita centum juxta mandatum impensa, atque hactenus actionem mandatario rectè dari: quod amplius est, quia extra mandatum, pro inutiliter adjecto habendum: quæ sententia merito recepta est, *d. l. 3. §. ult. junct. l. 4. l. rogatus 33. h. t.* Nec video, quid in contrarium valeat alterum Sabini & Cassii argumentum obscuriusculè à Paulo propositum *d. l. 3. in fin.* Nam si hæc eorum mens fuit, non esse mandati actionem cum eo, qui mandatum excessit; & ideo nec esse debere cum illo, apertè falsum assumunt. Nam pro certo jure traditum est, ei, qui mandavit, competere judicium mandati adversus eum, qui mandatum egressus est, licet huic non competat adversus illum, *l. potest. 41. eod.* Sed opinor, hoc eos sensisse, cum tu pluris fundum emisti, quam ego mandaveram, puta centum & viginti aureis, cum de centum tantum mandassem, si ego in hujusmodi specie non rectè mandati tecum ago, ut mihi fundum tradas, quantumvis parato mihi refundere pretium mandato comprehensum, id est, centum aureos; vicissim æquum non esse, ut tibi contrario judicio mecum experiri liceat, ut fundum statuto pretio recipiam, quamvis tu paratus sis reliquum remittere. Cæterum in hac argumentatione manifestè vitiosa est illatio. Etenim nihil iniqui habet, ut ego tenear fundum recipere eo pretio, quo emptum eum mihi volui, licet procurator meus eum pluris emerit; qui etiam reliquo remisso mihi gratificatur. At iniquum est, teneri procuratorem, fundum, quem emit centum

tum & viginti, mihi tradere centum duntaxat restituturo, ad quam usque summam ut emeret, tantum
8 mandaveram. In hac eadem specie de mandatario quæsitum est, non ab auctoribus juris, sed ab interpretibus, an si fundus tanti valeat, quanti emptus est, non possit mandatarius etiam id, quod amplius impendit, & nimirum etiam viginti illa, contrario judicio repetere, non quidem mandati, sed negotiorum gestorum, tanquam extra mandatum utiliter impensa in rem & contemplatione mandantis. Visum id olim Martino fuit & Joan. Fabr. ex recentioribus Baroni, Mynſ. & Bronch. 1. *miscell. 66. arg. l. 2. l. qua utiliter 45. de neg. gest.* Sed rectius id mihi negare videntur Joan. Bulg. & Accursius; quoniam actio negotiorum gestorum competere non potest ei, qui gessit invito domino, *l. ult. C. de neg. gest.* Id autem fit in specie proposita: nam qui fines mandati excedit, is, quatenus excedit, facit contra id, quod præscriptum est, & tantum non contra expressam prohibitionem mandantis: quippe eo ipso quod quis mandat rem sibi emi centum, prohibere intelligitur pluris sibi emi; quæ etiam voluntas modum & finem erogationi imponit, *l. liberto 31. §. libertos 4. de neg. gest.* Et vero si mandatorem ultra id, quod impendi voluit, obligari dicimus, manifesta ei fiet injuria, aperieturque fenestra improbis hominibus callidè excedendi fines mandati. Utiq; mea nihil refert, utrum quis actione mandati, an negotiorum gestorũ experiri queat. An ergo credimus, Jurisconsultum, *in d. l. 4.* aut Justinianum, hoc loco actionem mandati usque ad statutum pretium duntaxat, idque ex humanitate secundum Proculi sententiam concedentes, in verbis ludere, atque in reliquum adhuc concedi voluisse actionem negotiorum gestorum? Aut Sabinum & Cassium, in totum denegantes actionem mandati, admisisse tamen actionem negotiorum gestorum? Argumentis auctorum contrariæ sententiæ facilè occurri potest. Prætexitur æquitas, sed nullo
6 colore. Nam mandatarius aut suo nomine pluris emit; & certum est, eum, quatenus definitum pretium excessit, nullam omnino actionem habere: aut nomine mandatoris; & hic non potest quidem mandator ultro conveniri, ut restituat totum, quod impensum est: cæterum si ipse cum mandatario agat, ut res tradatur, defendetur mandatarius exceptione, nisi totum, quod erogavit, restituatur. Quod si facta sit traditio? Et siquidem mandatarius rem tradens pretium pro ea datum indicavit, mandator hoc ipso, quod rem recipit, ratam habere emptionem videtur; quod perinde est, ac si, ut tanti emeretur, ab initio mandasset, per *l. 12. in fin. de solut. l. semper 60. de reg. jur. cap. ratihabitionem ; x. eod. in 6.* Si vero pretium non indicavit, tenetur mandator, ubi resciverit, emptionem probare aut improbare, ea probata totum pretium restituere, improbata rem ipsam. Ita ferme *Angel. & Sylvest. hic*, citato Saliceto, ad eundem modum distinguente in *l. 3. hoc tit.*

Quod si minoris emeris, &c.] Qui rem aliquam minoris emit, quam ex mandato pluris emere poterat, non aliud facit, sed illud ipsum, quod ei mandatum est: nec ideo mandati fines excessisse videri potest, ὅτι δ᾽ αὐτὸν τετύχηκε. Nam qui certa summa rem sibi emi mandat, etiam minoris, si possit, eam sibi emi mandasse intelligitur. Itaque dubium nunquam fuit, quin hic ad eam summam, quæ impensa est, mandatarius actionem habeat, *l. 5. §. ult. hoc tit.* Non idem intelligi debet, si quis mandaverit certo pretio rem suam vendi, eaque minoris vendita sit, *d. l. 5. §. 3. l. cum mandati 12. C. eod.* Idem dicendum esset, si pluris vendidisset: quippe multum refert, causa mandantis melior fiat, an deterior, *l. 3. pr. d. l. 5. §. ult. eod.*

Textus.

De revocatione mandati.

9. Rectè quoque mandatum contractum, si, dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit.

Commentarius.

1 *Quod mandatum revocatione mandantis solvatur, contra communes regulas receptum esse: & quare.*

Mandatum itidem ut societas, non tantum solvitur communibus illis & ad omnem obligationem pertinentibus modis, de quibus tit. hujus lib. sed etiam propriis quibusdam & remotis à communi lege dissolvendarum obligationum: quos modos ideo Justinianus etiam hic tradere voluit, sicut tit. præc. perstrinxit modos finiendæ societatis proprios. Recensentur autem hic modi quatuor, quibus proprio jure mandatum solvitur; duo, quibus ex persona mandantis, revocatio & mors mandatoris; totidemque, quibus ex persona mandatarii, mors hujus ipsius & renuntiatio.

Si, dum adhuc res integra, revocatum] Si re 1
adhuc integra consensu mutuo à mandato recedatur, solvitur mandatum jure communi, *§. ult. inf. quib. mod. toll. obl.* at ut sola voluntate & revocatione mandantis finiatur mandatum, *l. 12. § pen. l. 15. hoc tit.* videtur esse præter regulam, traditam in *l. 5. C. de ob. & act.* neminem ab obligatione semel constituta adversario non consentiente recedere posse. Cur igitur

gitur placet, mandatum hoc modo solvi? Nimirum quia is, qui mandavit, non obligatur ad hoc, ut quod semel mandavit, perfici patiatur. Cur enim quod sua causa susceptum est, prohibeatur repudiare? Aut opera atque officia oblato non uti? Nec habet, quod queratur mandatarius, cujus nihil interest, si re adhuc integra revocatio facta sit. Quid ergo si facta sit postquam res integra esse desiit, id est, postquam jam mandatario per causam mandati quid abesse cœpit? Solvitur quidem nihilominus adhuc mandatum, ut, quod post à mandatario fit, intelligatur non fieri ex mandato: cæterum hic ex antegesto, aut gesto antequam sciret, mandatorem revocasse, actionem mandati habet, ut consequatur, quod ei propter mandatum abest, ne damno afficiatur, per *l. 15. l. inter 26. pr. hoc tit.* Illud etiam notandum est, revocationem mandati non tantum expressè fieri, sed interdum etiam tacitè factam intelligi, ut in specie *l. pen. de reb. cred. & §. seq. in fin.*

TEXTUS.

De morte.

10. Item si adhuc integro mandato mors alterius interveniat, id est, vel ejus, qui mandaverit, vel illius, qui mandatum susceperit, solvitur mandatum. Sed utilitatis causa receptum est, si eo mortuo, qui tibi mandaverat, tu ignorans eum decessisse, executus fueris mandatum, posse te agere mandati actione: alioqui justa & probabilis ignorantia tibi damnum afferet. Et huic simile est, quod placuit, si debitores manumisso dispensatore Titii, per ignorantiam liberto solverint, liberari eos: cum alioqui stricta juris ratione non possent liberari: quia alii solvissent, quam cui solvere debuerint.

NOTA.

LIBERARI EOS] Nam stricta quidem ratione, sed tamen ratione summa, διὰ τὸ φιλάγαθον, id est, *propter utilitatem*, seu ex æquo & bono, *d. l. pen. de reb. cred. l. 11. in fin. depos. l. 18. l. 51. de solut.*

COMMENTARIUS.

1 *Proprium quoque mandati esse, quod morte & tam mandantis, quam mandatarii extinguatur: & cur ita visum.*

2 *An eo etiam casu mandatum finiatur morte mandatoris, cum mandavit quid fieri post mortem suam.*

3 *Quid sibi velit, quod additur, si integro adhuc mandato mors intervenerit.*

4 *Interdum mandatario post mortem mandantis implenti mandatum ex bono & æquo actionem dari: & quibus casibus.*

5 *Casus alius, & exemplum superioribus simile.*

ETiam morte, & tam mandantis, quam mandatarii mandatum extinguitur, *l. inter 26. & l. seq. §. 3. l. mandatum 57. & l. seq. hoc tit. l. 15. C. eod. l. ult. de solut.* Et hoc quoque utrumque contra communem regulam juris, qua placet hæredem in universum jus defuncti succedere. Sed nimirum natura mandati tacite continetur, ut ne mandatum personam egrediatur aut mandantis aut mandatarii: non mandantis; 1 quippe quem sibi soli officiosum hanc operam ab amico præstari, & cui soli, ut amicô, in eo gratificari mandatarium voluisse putandum est: non mandatarii; quia industriæ & fidei certæ personæ in hoc electæ res commissa fuit: quæ ratio expressa est in *cap. ult. ꝟ. de off. de leg.* significatur in *d. l. mandatum 57. hoc tit.* explicatur in *l. 9. de curat. fur. Cic. pro Rosc. Comœd. Nemo enim mandat, nisi amico & fideli.* Itaque cum præstatio officii in mandato, & ratione ejus, cui præstatur, & ejus qui præstat, tota personalis sit, mirum videri non debet, mandati obligationem cum persona eorum expirare, *l. 8. § 3. de lib. legat.* Videamus prius de mandatore. Igitur si mandator integro adhuc mandato decesserit, dicimus, mandatum solvi, ut jam nec is, qui mandatum suscepit, id mortuo mandatore implere teneatur, nec hæredes mandatoris obligentur, ut patiantur eum mandatum exequi, *d. l. inter 26. & arg. l. seq. § 3. hoc tit.* Ex quo intelligimus, neque illum, si mortuo mandatore mandatum executus fuerit, ullam adversus hæredes mandatoris actionem habere, neque ex diverso, si executus non sit, hæredes mandatoris agere posse, ut exequatur, aut id, quod eorum interest, præstet. De illo quæritur, an mandatum morte mandatoris 2 usque adeo solvatur, ut idem probandum sit, etiamsi nominatim mandaverit quid fieri post mortem suam. Et in eo hæc distinctio communiter probata est, ut hujuscemodi mandatum post mortem mandatoris non finiatur, sed omnino implendum sit, si tale sit, quod non nisi post mortem ejus impleri queat; veluti si cui funeris sui curam mandaverit, aut ut post mortem suam sibi monumentum fieret, aut hæredibus suis fundus emeretur, *l. 14. §. 2. de relig. l. 12. §. ult. & l. seq. hoc. tit.* Sin autem quod mandavit, eo vivo impleri

pleri potuit, mortuo eo mandatum extingui; veluti si jusserit debitorem suum post mortem suam solvere Titio, *l. ult. de solut.* cujusmodi etiam causa hæredibus, ad quos tum res pertinet, non obstante mandato, integra servata intelligitur. Similiter ex converso mandatum solvi placet, si mandatarius re adhuc integra decesserit: & ob id hæredes ejus non tenentur, quod ille susceperit exequi; & licet sponte executi fuerint, actionem tamen mandati non habent, *l. si quis 27. §. 3. l. mandatum 57. hoc tit.* Cur vero in utraque

3 specie additur, si re adhuc integra mors intervenerit? Non sane quod postquam res integra esse desiit, seu interesse cœpit, morte alterutrius interveniente mandatum non solvatur, & adhuc libere perfici possit, quod cœptum est: sed quia obligatio mandati & actio ante mortem nata post mortem perseverat, *l. inter 26. fac. d. l. mandatum 57. & l. seq. eod.* Vt ecce, actio mandati statim competit, cum cœpit interesse, *l. 8. §. mandati 6. eod.* Et igitur sive mandatarius decesserit, quo tempore jam interesse cœperat mandatoris, puta cum jam ille eandem rem per alium explicare non poterat, sive decesserit mandator, cum res non amplius integra esset mandatario, quod forte jam sumptus ad negotium exequendum necessarios fecisset, actio mandati semel alterutri quæsita neutrius morte intercidit, *dd. ll.*

4 *Tu ignorans eum decessisse executus fueris*] Etsi mandatum morte mandatoris extinguitur, & ideo secundum stricti juris rationem, quamvis mandatarius ignorans mandatorem decessisse mandatum impleverit, agere mandati non potest: tamen utilitatis causa, sed ex bono & æquo, placet impleto per ignorantiam mandato actionem ei dari, *l. inter 26. l. si præcedente 58. hoc tit.* quippe in hoc judicio de bona fide agitur, cui non congruit de apicibus juris disputare ut eleganter ait Ulpianus, *l. si fidejussor. 29. §. quædam 4. eod.* Atque hoc ipsum etiam admittendum videtur in ignorantia juris, puta si mandatarius, quamvis non ignarus mortis mandatoris, errore juris persvasus id sibi incumbere, mandatum impleverit, arg. ejus, quod de hæredibus mandatarii simili errore mandatum exequentibus Papinianus respondit *l. mandatum 57. eod.* nam & alias; cum de damno vitando agitur, error juris nocere non solet, *l. 7. & 8. de jur. & fact. ign.* Illud hic quæri potest, an si forte ad consummationem mandati adhuc aliquid desit, id recte absolvatur vel à mandatario post mortem mandatoris ei cognitam, vel ab hæredibus mandatarii post mortem illius. In quo hæc distinctio probanda videtur, ut siquidem ea, quæ agenda supersunt, cum prioribus connexa non sint, tum non liceat, mandatario aut hæredibus ejus reliqua implere: sin vero connexam cum negotio cœpto rationem habeant, tum illis liceat, imo incumbat, *arg. l. 5. §. si tutor. 5. l. tutorem 37. §. 1. de adm. tut. l. 13. de tut. & rat. distr. l. 3. §. pen. de contr. act. tut. l. 11. Cod. arbitr. tut.*

Alioqui justa & probabilis ignorantia] Justa & probabilis ignorantia nemini fraudi esse debet; atque in proposito ne juris quidem, per *l. mandatum 57. hoc tit.* ubi ignoscitur hæredibus mandatarii, iisq; actio conceditur, qui errore lapsi, non animo furandi, sed exequendi, quod defunctus suæ curæ fecerat, mandatum impleverunt.

Huic simile est] Quod dixit de mandato consummato post mortem mandatoris per ignorantiam 5 mandatarii, illud illustrat exemplo simili, nempe creditorum per ignorantiam solventium manumisso dispensatori creditoris mandantis; quos ex æquo & bono liberari placet; quamvis stricta ratione juris non liberentur, cum alii solverint, quam cui oportebat, *l. 11. in fin. depos. l. penul. de reb. cred. l. si quis 18. l. dispensatori 51. de solut.* Quod ut intelligamus, tria hæc scire oportet. 1. dispensatorem dici servum pecuniis domini exigendis & administrandis præpositum, *d. l. pen. cred. de reb. d. l. 18. de solut.* 2. qui servum dispensatorem facit, eum intelligi suis debitoribus mandare, ut ei solvant, *fac. l. qui hominem 34. §. 3. de solut.* 3. qui servum dispensatorem manumittit, tacite mandatum revocare. Est vero liberatio hæc communis omnium debitorum, qui ignorantes mandatum revocatum esse, procuratori quondam creditoris solvere, *l. 12. §. 2. d. l. 18. d. l. qui hominem 34. §. 3. de sol.*

TEXTUS.

De renunciatione.

11. Mandatum non suscipere cuilibet liberum est: susceptum autẽ consummandum est, aut quam primum renuntiandum, ut per semetipsum, aut per alium eandem rem mandator exequatur. Nam nisi ita renuntietur, ut integra causa mandatori reservetur, eandem rem explicandi, nihilominus mandati actio locum habet; nisi justa causa intercesserit aut non renuntiandi, aut intempestivè renuntiandi.

COMMENTARIUS.

1 *Cur mandatum solvi placeat tempestiva renuntiatione: & quid si intempestive renuntiatio facta.*

2. Man-

2 *Mandatarium præter dolum etiam culpam præstare, & qualem.*

3 *Justa causa interveniente excusari mandatarium, licet non renuntiaverit, aut non tempestive.*

PRoponitur hic & explicatur secundus modus, quo ex persona mandatarii mandatum finitur, nempe renuntiatio. Ut ergo revocatione mandantis, ita ex contrario & renuntiatione mandatarii mandatum solvi placet. Quippe quod officii causam habet, non magis reluctanti extorqueri, quam invito obtrudi convenit: nec oportet quenquam difficilem esse in eo, in quo dispendium ejus nullum vertitur, *l. in creditore 38. de evict.* Quamobrem nec ab initio mandatarius aliter obligari intelligitur, quam sub hac disjunctione, ut aut impleat mandatum, aut in tempore renuntiet, *l. si mandavero 25.* §. *ult. l. si quis 27.* §. *2. hoc tit. & pr. hujus text.* ut frustra objiciatur *l. 2. C. de obl. & act.*

Susceptum consummandum, aut quam primum renuntiandum] *dict. l. 22.* §. *ult. d. leg. 27.* §. *2.* Quo probatur, quod modo diximus, mandatarium sub disjunctione obligari, ut aut officium susceptum exequatur, aut cum primum poterit, renuntiet. Renuntiatio aut tempestive fit, id est, ita ut integra facultas mandatori conservetur eandem rem æque commode explicandi: aut intempestive, id est, eo tempore, quo jam mandator neque per se neque per alium idem negotium expedire potest. Renuntiatione tempestiva mandatum omnimodo solvitur, ut tamen actio competat ex antegesto. Intempestiva vero mandatarium non liberat, sed nisi justa causa intercesserit, tenetur nihilominus actione mandati; non quidem ut mandatum præcise impleat, sed ut præstet, quod mandatoris interest impletum esse, *dd. ll. & hoc text.* sicut in cæteris quoque obligationibus faciendi evenit, *l. si quis 13.* §. *1. de re judic.* §. *ult. sup. de verb. obl.*

2 Circa obligationem mandatarii incidere solet quæstio de dolo, culpa & diligentia, quid horum in mandato exequendo & rerum receptarum administratione mandatarius præstare debeat. Dixeris, præter præstationem doli & culpæ latæ nihil à mandatario exigendum secundum definitionem *l. 5.* §. *2. commod.* esse enim similem depositario, seu ei, qui rem custodiendam accepit: utrumque beneficii debitorem esse, & contemplatione alterius rem suscipere. Cæterum hanc definitionem in mandato sequi non licet propter eos textus, quibus expresse traditum est, mandatarium non tantum de dolo, sed etiam ob culpam teneri, *l. 8.* §. *ult. hoc tit. l. procuratorem 11. Cod. eod. l. contractus 23. de reg. jur. Modestin. in collat. leg. Mosaic. & Rom. tit. de depos.* certum autem est, verbo culpæ absolute posito significari culpam levem. Plus dicimus, etiam culpam levissimam in judicio mandati venire. Sic enim diserte scriptum est in *l. à procuratore 13. C. hoc tit.* procuratorem dolum & omnem culpam præstare, solum casum improvisum non præstare. Ac ne quis putet, hoc pertinere duntaxat ad procuratores forenses, non ad omnem mandatarium, utique ad quemvis mandatarium & procuratorem pertinet, quod traditur in *l. in re 21. C. eod.* aliena negotia exacto officio geri, nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum esse. Cui similis est locus apud Ciceronem in *orat. pro Rosc. Amerino,* ubi de judicio mandati disserens, ait, in minimis rebus teneri mandatarium, si quid non modo malitiosius, verum etiam negligentius fecerit. Cur ergo in mandato recedimus à regula, quam in deposito servari placet? Nimirum ideo, quoniam, cum in negotio gerendo opus sit diligentia atque industria, & is, qui mandat diligentiam rei gerendæ convenientem exigere; & qui suscipit mandatum, hoc ipso industriam & diligentiam ad rem exequendam necessariam in se futuram recipere videtur. Quod deposito non convenit: nam ad aliquid custodiendum non diligentia aut industria, sed fide opus est duntaxat. Ex quo intelligimus, mandatarium comparandum esse non cum quovis depositario, sed cum eo, qui se deposito obtulit, quem omnem culpam præstare placet, non alia de causa, quam quod offerendo se de diligentia sua promittere videatur, *l. 1.* §. *sæpe 35. depos.* Sunt qui de his præstationibus statuendum arbitrantur pro varia conditione mandati, qua modo mandantis, modo mandatarii, modo utriusque utilitatem spectat: quoniam vident, eam distinctionem in commodato probatam esse, *l. 5.* §. *2. in fin. junct.* §. *interdum 10. & l. in rebus 18. in fin. pr. commod.* Nempe ergo, si his credimus, ubi mandatum solius mandantis gratia intervenit, dolus duntaxat, & culpa lata præstabitur; ubi utriusque gratia, etiam culpa levis; ubi solius mandatarii, etiam levissima. Sed profecto talis distinctio in mandatum non cadit; neque quicquam mandato cum commodato hic commune est. Etenim mandatum solius mandatarii contemplatione interpositum etsi mandantem obligat, si dolus ejus intervenerit; §. *tua tantum 6. h. t.* mandatarium tamen non obligat ullo modo; quippe cujus nulla obligatio esse potest, nisi quatenus negotium, quod gerendum suscepit, ad alium pertinet, *d. l. in re 21. C. h. t.* ut proinde cum de obligatione mandatari circa prædictas præstationes quæritur, mandatarius tantum considerari debeat, ut rem alienam gerens; quomodo etiam consideratur in *d. l. in re, & passim in hoc arg.* Plane in iis, quæ actum commissum consequuntur, interdum

dum culpa aut fraude carere sufficit, *l. 8. §. ult. l. 10. l. 29. §. 4 hoc tit.*

Justa causa intercesserit, &c.] Hoc admisso renuntiatione tempestiva mandatum solvi, consequens fuit, ut etiam propter intervenientem justam causam aut non renuntiandi, aut intempestive renuntiandi excusationes mandatarius allegans audiri debuerit.
3. Justa non renuntiandi aut omittendi mandati causa est, veluti si actiones mandatario competituræ, inanes illi futuræ sunt, eo quod mandator solvendo esse desierit, ne forte mandatario pereat, quod impendit. Item inimicitiæ capitales, quibus intervenientibus nec mandatorem credibile est amplius opera mandatarii uti velle, nec ab hoc exigi debet, ut eandem illi operam porro præstet. Non tempestive renuntiandi, adversa valetudo, aut similes casus, quibus impeditus tempestive renuntiare non potuerit, *l. sane 23. l. 24. & l. seq. eod.*

TEXTUS.

De die & conditione.

12. Mandatum & in diem differri, & sub conditione fieri potest.

COMMENTARIUS.

Mandatum & in diem differri, & sub conditione contrahi potest, ut hic, & *l. 1. §. pen. eod.* & cum mandati obligatio mere à consensu pendeat, potest per nuntium quoque, vel per epistolam, mandatum fieri ac suscipi, *d. l. 1. pr. & §. 1. sed hac,* & alia id genus, *sub rubr.*

TEXTUS.

De mercede.

13. In summa sciendum est, mandatum, nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere. Nam mercede constituta, incipit locatio & conductio esse. Et (ut generaliter dicamus) quibus casibus sine mercede suscepto officio, mandati sive depositi contrahitur negotium; iis casibus interveniente mercede locatio & conductio intelligitur contrahi. Et ideo si fulloni polienda curandave quis dederit vestimenta, aut sarcinatori sarcienda, nulla mercede constituta, neque promissa, mandati competit actio.

COMMENTARIUS.

1 *Honorarii sive salarii constitutione mandatum non vitiari: nec tamen de ipso salario actionem mandati esse.*
2 *Pactum de quota litis jure improbatum esse.*
3 *Operas liberales pretio nummario non æstimari.*
4 *In dubio præsumendum non esse, fullonem, &c. operam gratis suscipere.*

Mandatum originem ex officio atque amicitia trahit: ac proinde nisi gratuitum sit, nullum est. Quippe officio atque amicitiæ contraria est merces, *l. 1. §. ult. l. ita ut 36. §. 1. h. t.* alioqui videretur mandatarius *καπηλεύειν τὴν φιλανθρωπίαν*, beneficium cauponari. Enim vero gratiam referre amicitiæ bene 1
convenit, gratuitamque operam remunerare, Qua de causa mandatum esse non desinit si remunerandi causa honor intervenerit, *l. 6. pr. eod.* ubi Jurisconsultus figurate honorem appellat pecuniam remunerandi sive honorandi causa datam promissamve. Passim honorarium & salarium nominatur, *l. 1. in fin. pr. si mens. fals. mod. l. 1. §. in honorariis 10. de extraord. cogn. l. 7. l. qui mutuum 56. §. pen. hoc tit. l. 1. l. 17. C. eod.* & à mercede hoc differt, quod merces fere analoga sit operæ, seu ita constituatur, ut æstimationi operæ proportione respondeat: honorarium autem est voluntaria operæ gratis præstitæ remuneratio. Etsi vero honorarii sive salarii constitutio mandatum non vitiat, nec impedit, quominus mandati actio sit de iis omnibus, quæ mandati judicio peti potuissent, si salarium non intervenisset: *d. l. 6. in pr.* de ipso tamen salario mandati actio non est, sed extra ordinem peti solet, *l. 7. l. qui mutuum 56. §. pen. eod. l. 1. C. eod.* Utique autem ut peti possit salarium, promissum & conventum esse oportet, saltem nudo pacto: si nullum constitutum sit, nulla quoque eo nomine persecutio est: in tantum ut nec, si promissum sit, sed incertæ quantitatis, ulla adhuc sit aut extraordinaria salarii petitio, aut actio mandati, ut certum constituatur, *l. qui mutuum 56. §. pen. hoc. tit. l. 17. C. eod.* sed hic forte ad eos solos pertinet, qui familiaritatis causa operam præstant, non ad Advocatos, &c. per *l. 1. §. 10. & l. 4. de extr. cogn.* Certe hodie moribus nostris possunt Advocati & Procuratores forenses (*mits overleverende declaratie van haere besoigne, conform de instructie van de hoven ende lagerechte vierscharen*) petere salarium quantumvis nullum pacti aut stipulati sint, dum tamen instructionem suam, quam curia dedit, non excedant. *Add. Guid. Pap. quæst. 67. Papon. lib. 6. tit. 12. arrest. 5. & lib. 15. tit. de tut. arrest. 12. Garz. de expens. & mel. cap. 20. num. 15.* Illud obiter notandum, pactum 2
de

de quota litis, ut vulgo loqui amant, id est, cum Advocatus aut Procurator ex eventu litis certam quantitatem salarii nomine paciscitur, puta dimidiam aut tertiam partem victoriæ, improbatum esse, tanquam quod turpe atque adversus bonos mores sit, *l. 7. hoc titul. l. si contra 20. C. eodem, l. sumptus 53. de pact. l. 1. §. si cui 12. de extra. cogn. Don. post alios in d. l. si contra.*

Mercede constituta incipit locatio esse] Modo tale factum sit, quod locari soleat: qualia fere sunt, quæ mercede, eaque proportionata facto æstimantur, ut operæ mechanicæ. Nam operas liberales pretio nummario æstimari indignum est; ideoque nec cum
3 iis, qui ingenio, patrocinio, fide, consilio operam impendunt, crediderunt veteres locationem & conductionem esse; & quicquid hic vel datum vel constitutum est, non merces, sed honorarium dicitur; de quo extra ordinem cognoscit prætor. Sed neque talis facti locatio est, unde nihil commodi pecuniarii ad alterum redit; veluti si pecuniam tibi dem, ut servum manumittas, non locatio & conductio est, sed contractus innominatus, *l. 5. §. 2. de præscr. verb.*

Fulloni aut sarcinatori nulla mercede constituta, &c.] Id est, cum fullo aut sarcinator eam operam gratis & amicitiæ causa expresse susceperunt: alioqui non mandati actio, sed præscriptis verbis competit, *l. si tibi 22. de præscript. verb.* §. *1. sup. de locat. Bachov.* ubi Cajus scribit, cum gratis ejusmodi operam fullo aut sarcinator suscipit, mandati obligationem esse: cum mercede data aut constituta, locationis conductionisque negotium geri: si neque gratis, neque protinus data aut constituta mercede, sed eo animo, ut merces postea constitueretur & daretur, esse contractum innominatum, ex quo in fa-
4 ctum actio, id est, præscriptis verbis, detur. Talis autem animus utrinque præsumendus est, cum fulloni, sarcinatori, & similibus, qui manuum opera victum quæritant, & spe lucri eam suscipiunt, aliquid faciendum datur, nisi nominatim convenerit, ut gratis præstaretur, *fac. §. 1. sup. de locat.*

TITULUS XXVIII.
De obligationibus, quæ quasi ex contractu nascuntur.

TEXTUS.
Continuatio.

Post genera contractuum enumerata, dispiciamus etiam de iis obligationibus, quæ quidem non proprie nasci ex contractu intelliguntur: sed tamen quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur.

COMMENTARIUS.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Particulam* quasi *notam esse similitudinis, & simul improprietatis.*
3 *Falsos esse, qui putant, obligationem hic nasci ex tacita conventione.*
4 *Non esse confundendum tacitum cum ficto, expressum cum vero.*
5 *Factum, unde hic obligatio nascitur, non male vulgo quasi contractum appellari: & quid sit.*

Expositis obligationibus, quæ ex contractu nascuntur, progreditur ordine Imperator ad eas, quæ nascuntur quasi ex contractu. Quippe quibus in quadripartita illa distributione, proposita §. *ult. sup. de oblig.* secundum locum tribuit. Ait, *quasi ex contractu.* 1
Particula *quasi* & similitudinis nota est, & impro- 2
prietatis: quamobrem recte dicemus, quasi ex contractu obligationem nasci, cum citra conventionem nascitur ex facto non turpi. Improprietatem noto, cum dico, citra conventionem: nam ex contractu nulla est obligatio sine conventione, *l. 1. §. 3. de pact.* Similitudinem, cum dico, ex facto non turpi, id est, quod non cadit in speciem maleficii. Neque aliam rationem aut Cajus *l. 5. de obl. & act.* aut Justinianus *hoc tit.* reddunt, cur quasi ex contractu obligatio
nasci dicatur. Sunt, qui etiam ex conventione hic ob- 3
ligationem nasci tradant, non quidem expressa, sed tacita: quod non probo. Nam quid refert, tacite seu re & facto aliquo consensus declaretur, an verbis & conventione expressa? Utique enim tacita conventio non minus vera conventio est, *l. 2. l. 4. §. ult. de pact.* atque ad actionem ex contractu producendam non minus efficax, quam verbis nuncupata. Quippe in omnibus contractibus, quod tacite inter contrahentes agitur, pro expresso habetur, *l. 3. de reb. cred. l. semper 34. de reg. jur.* Ita societas tacite contrahi potest, *l. 4. pro socio,* item mandatum, *l. 6. §. 2. l. qui patitur 18. mand.* locatio conductio, *l. 13. §. ult. locat.* Denique conventio sæpe titulo contractus inclusa est, ut conventio restituendi in mutuo, commodato, deposito, pignore. Sed nec posse hic vel tacitam conventionem intervenire, intelligi ex eo patet, quod omnis conventio plurium est, *l. 1. §. 1. de pact.* hic autem ex facto unius fere obligatio oritur. Adde, quod quasi ex contractu inviti quoque & ignorantes obli-

obligamur, §. 1. *inf. hoc tit. l. 2. de neg. gest.* adeo ut ea obligatione etiam furiosi & pupilli teneantur, *l. 3. §. & si 5. d. tit. l. furiosus 46. de obl. & act.* Postremo nusquam proditum est, ullum consensum hic vel tacite intervenire, sed obligationem ex re nasci, *d. l. 46.* in eam nos incidere, *l. hæredes 25. §. non tantum 16. fam. erc.* utilitatis causa introductam esse, *l. 5. de obl. & act.* §. 1. *hoc tit.*

4 Plane, si quis tacitum appellet, non quod simpliciter expressum non est, sed quod nec verum est, sed fictum, & contra naturam gesti auctoritate juris præsumptum; *l. 3. in fin. cum l. seq. quib. ex cau. in poss. l. 13. in fin. commod.* hoc sensu per me licet, obligatio quasi ex contractu veniens dicatur nasci ex tacita conventione. Sed cavendum omnino est ab iis, qui nullum verum contractum agnoscunt sine expressa conventione; nullam veram conventionem, quæ non eadem & expressa sit; confundentes expressum cum vero, tacitum cum falso & ficto.

5 Factum, unde hic obligatio nascitur, cum interpretibus, contempta quorundam superstitione, quasi contractum appellamus. Nam etsi veteres non ita hic loquuntur, ut dicant, obligationem nasci ex quasi contractu, sed quasi ex contractu nasci: alia tamen multa, quæ ad aliarum rerum similitudinem inducta sunt, ea nota sic distinguunt; ex quibus hæc, quasi possessio quasi maritus, *l. 32. §. pen. de don. int. vir. & ux.* quasi Serviana actio, peculium quasi castrense. Nonnunquam appellatione contractus etiam quasi contractus comprehenditur, §. 1. *inf. de act. l. ex contractibus 49. de obl. & act. l. 23. de reg jur.* & interdum absolute contractus vocatur, *l. 16. de neg. gest. l. ult. in quib. ca. pign.* largo scilicet modo & per abusionem, *l. 3. in fin. cum l. seq. quib. ex ca. in poss.* Sic autem non male quasi contractum definiemus, factum omne non turpe, quo aut is, qui fecit, alteri, aut alter ei, aut uterque alteri, sine conventione obligatur. Hujus generis facta quinque hic recensentur, negotiorum gestio, administratio tutelæ, communionis rerum citra societatem susceptio, aditio hæreditatis, indebiti solutio.

TEXTUS.

De negotiorum gestione.

1. Igitur cum quis negotia absentis gesserit, ultro citroque inter eos nascuntur actiones, quæ appellantur negotiorum gestorum. Sed domino quidem rei gestæ adversus eum, qui gessit, directa competit actio: negotiorum autem gestori contraria. Quas ex nullo contractu proprie nasci manifestum est: quippe ita nascuntur istæ actiones, si sine mandato quisque alienis negotiis gerendis se obtulerit, ex qua causa ii, quorum negotia gesta fuerint, etiam ignorantes obligantur. Idque utilitatis causa receptum est, ne absentium, qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregre profecti essent, desererentur negotia: quæ sane nemo curaturus esset, si de eo, quod quis impendisset, nullam habiturus esset actionem. Sicut autem is, qui utiliter gessit negotia, dominum habet obligatum negotiorum gestorum, ita & contra iste quoque tenetur, ut administrationis reddat rationem. Quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem: nec sufficit, talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet: si modo alius diligentior eo commodius administraturus esset negotia.

NOTÆ.

ABSENTIS] Qui præsens patitur negotia geri, mandare intelligitur, *l. 6. §. 2. l. 18. mand.*

CONTRARIA] Ita dicta, quoniam contrariæ parti per consequentiam accommodatur ad minuendam ejus condemnationem, *l. 5. depos. l. 6. in fin. de his qui not. infam.*

AD EXACTISSIMAM DILIGENTIAM] fac. *l. 21. C. mandat. l. 25. §. 16. fam. erc. l. 24. C. de usur.* Tenetur ergo negotiorum gestor, non tantum si quid lata aut levi culpa peccavit; sed etiam, si quid vel culpa levissima: nullaque causa est, cur levius obligetur, quam depositarius, qui ultro se deposito obtulit, *l. 1. §. 35. depos.*

NEC SUFFICIT TALEM, &c.] His verbis perspicue significatur, etiam culpam levissimam à gestore præstari, arg. §. 2. *sup. quib. mod. de cont. obl.* ubi eadem præstatio & iisdem verbis imponitur commodatario. Interdum tamen dolus solummodo præstatur, ut in casu, *l. 3. §. 9. de neg. gest.*

Commentarius.

1 *Negotiorum gestionem esse factum natura media inter negotia, quæ utrinque, & quæ ab uno tantum latere sunt obligatoria.*

2 *Actio ex gesto directa cui detur, item cui contraria: & quid utraque contineat.*

3 *Doline tantum, an etiam culpa, & cujus nomine gestor teneatur; accuratius, quam vulgo.*

PRima species quasi contractus, negotiorum gestio. Ex Cajo *l.5. de obl. & act.* Ait, *cum quis negotia absentis gesserit.* Videlicet sine mandato, aut ignorantia: nam si ex mandato gesserit, palam est, ex contractu nasci inter eos obligationem mandati. Si vero sine mandato gesserit, nascitur quidem & hic ultro citroque obligatio. Cæterum hæ actiones nascuntur ex contractu, qui nullus interpositus est: quia non geritur negotium invicem: sed quia nec maleficium est, alia negotia sine mandato administrare, nec dominus negotiorum quicquam deliquisse intelligi potest, quasi ex contractu hic obligatio oriri videtur, *d. l.5. de obl. & act. l. 2. de negot. gest.*

Domino directa competit actio] Monuimus in explicatione §.*2. sup. quib. mod. re contr. obl.* esse quosdam contractus, qui ex uno tantum latere obligant, quosdam, qui ex utroque, nonnullos etiam esse naturæ intermediæ, ex quibus nec semper unus
1 tantum, nec semper uterque obligetur. Hujus generis, præter contractus reales, quos illic enumeramus, commodatum, depositum, pignus, etiam mandatum est, & quasi contractus mandato similes, negotiorum voluntaria administratio, & tutela. Nam ut hi contractus & quasi contractus principaliter comparati non sunt ad obligandum eum, cujus res aut negotium est, ita nec ab initio ex his causis obligatur; sed ut obligetur, fit ex accidenti & per consequentiam, si quid alter de suo necessario aut utiliter impendit, alter autem statim tenetur, & directo,
2 ex ipso contractu aut negotio. Hinc est, quod actio, quæ ex his causis domino proposita est, directa dicitur, & interdum principalis, *l. in commodato 17. §.1. commod.* quæ adversus dominum, contraria; quoniam contrariæ parti per consequentiam accommodatur ad minuendam ejus condemnationem. Et in proposito igitur actio, qua negotiorum gestor tenetur domino, est & dicitur actio negotiorum gestorum directa; qua dominus per consequentiam tenetur gestori, cui per causam gesti quid abest, contraria.

Adversus eum, qui gessit] Ut gesti rationem reddat, & interdum non gesti, videlicet ejus, quod gerendum suscepit: nam novum inchoare non habet necesse, *l. nam & Servius 12. §.2. de neg gest.* Gesti obligatio duo continet. Restitutionem ejus, quod per occasionem negotii ad gerentem pervenit, *l.2. eod.* exempla sume ex *l.8. §.1. l. si quis 23. eod.* & damni ejus, quod perperam gessit, præstationem: cæterum hic lucrum cum damno casu dato pensatur, *l.11. eod.* In non gesto non tantum damni culpa aut negligentia dati ratio habetur, sed etiam lucri omissi: ad quod declarandum accommodatissimum exemplum est, quo & veteres utuntur, in debitore, qui creditoris sui negotia gessit, *l.6. §. ult. l.7. l. divortio 35. eodem.*

Negotiorum gestori contraria] Si modo utiliter negotium gessit: nam qui gessit inutiliter, actionem non habet, *l.2. eodem.* Competit autem hæc actio, ut & cæteræ ejusdem naturæ, de indemnitate, *l. 5. l. 6. in fin. de his qui not. inf.* & in proposito duarum rerum nomine comparata est; nempe ut præstetur & quod abest ei, qui utiliter gessit, puta si de suo quid erogaverit, aut quid consecutus non sit, quod alias consequi potuisset; & quod ei absuturum est, veluti si se in rem absentis alicui obligavit, *d. l. 2. l. si quis 28. de neg. gest. l. ob negotium 18. C. eod.*

Subita festinatione coacti] Sed & sæpe homines eo animo peregre proficiscuntur, quasi statim redituri, nec ob id ulli curam negotiorum suorum mandant: deinde novis causis intervenientibus diutius abesse coguntur, *l.5. in pr. vers. ideo, de obl. & act.*

Dominum habet obligatum negotiorum gestorum] Cujacius, Hotomannus, Wesembecius legunt, *habet obligatum dominum negotiorum.* Et ita quoque Theophilus legisse videtur.

Ad exactissimam diligentiam] Secundum regulam traditam *l.5. §. 2. commod.* non plus à negotiorum gestore exigendum videtur, quam à depositario; nimirum ut dolum præstet duntaxat, non etiam culpam, nisi dolo proximam; quoniam non magis gerentis in causa negotiorum gestorum, quam depositarii in deposito, commodum agitur: & tamen certi atque explorati juris est, non doli tantum nomine, sed etiam culpæ gestorem obstringi, *l.11. de neg. gest. l. tutori 20. C. eod. l. contractus 23. de reg. jur.* Sed nimirum, ut superius quoque sub §. *2. sup. quib. mod. re contr. obl. & §. propen. prec. tit.* monui, regula de dolo duntaxat præstando in negotio, in quo suscipientis nulla versatur utilitas, vim suam perdit, cum quis se negotio & officio offert; quod qui facit, de diligentia sua quodammodo polliceri & recipere videtur. At hoc facit, qui de aliena negotia sua voluntate gerenda accedit. Qua eadem ratione hoc amplius placuit, negotiorum gestorem non tantum eo nomine teneri, si quid consulto, lata aut levi culpa, peccavit, sed etiam si quid vel culpa levis-

levissima. Exigitur enim ab eo diligentia, eaque summa & exactissima, ut non excusetur talem diligentiam alienis negotiis adhibens, qualem suis rebus adhibere solet, si modo alius diligentior utilius negotia administraturus esset. Quibus verbis palam est significari, etiam culpam levissimam à gestore præstandam esse, cum eadem plane præstatio & iisdem verbis imponatur commodatario, quem sane etiã ob levissimam culpam teneri constat, *d.§ 2. sup. quibus mod. re contr. obl. l. 1. §. ille 4. de obl. & act.* Hoc idem non obscure indicat *l. hæredes 25. §. non tantum 16. fam. erc.* ubi Jurisconsultus scribit, cohæredem & collegatarium in re communi dolum quidem & culpam præstare, diligentiam autem non majorem, quam rebus suis: neque enim hos esse similes negotiorum gestori, ut summa ab iis diligentia exigi debeat: quoniam negotiorum gestor causam gerendi non habet, illi habent propter partem suam. Sed & quod scriptum est in *l. 21. C. mand.* aliena negotia exacto officio geri, nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum esse, tam ad negotiorum gestorem, quam mandatarium pertinet, & vel magis ad illum, qui se ingerit, quam ad hunc, qui rogatus gerit.. Postremo nulla causa est, cur levius obligetur, qui se miscet rebus ignorantis, quam depositarius offerens se deposito. At hunc illa officii oblatio periculo depositi sic illigat, ut omnia præstet præter improvisos casus, sicut diserte scriptum est in *l. 1. §. sæpe 35. depos.* Dices, ita fore, ut nemo facile ad absentium negotia gerenda accedat; quod tamen ut fiat, ipsorum absentium interesse: nam si nemo sit, quia ea capessat, futurum esse, ut pereant. Resp. etiam interesse absentium, ne quis temere se negotiis eorum immisceat, & diligentiorem forte antevertat. Neque enim semper negotia aliena urgente necessitate suscipiuntur: cumque id fit, doli tantum nomine gestorem teneri placet, *l. 3. §. interdum 9. de neg. gest.* sed sæpe homines præpropere se alienis ingerunt, non affectione ducti ad negotia alioqui peritura accedentes, sed acti aut spe emolumenti, aut præpostera curiositate Quo pertinet *l. culpa 36. de reg. jur.* ut vel maxime absentium utilitas in eo vertatur, ut quicunque se negotiis alienis nulla urgente necessitate immiscent, intelligant, nihil in eorum administratione omissum neglectumve impune fore. Interpretes communiter *post Gloss. hic.* statuunt, eo demum casu negotiorum gestorem propter culpam levissimam teneri, cum alius diligentior ad gerendum se obtulit: nimirum verba illa hujus textus, *si modo alius diligentior, &c.* pro limitatione accipientes: quod non convenit sententiæ hujus loci, qui descriptionem quandam continet exactissimæ diligentiæ, cui culpa levissima opponitur, *argum. §. 2. sup. quib. mod. re contr. obl. l. 1. §. & ille 4. de obl. & act. add. Paul. 1. sent. 4. l. 24. C. de usur.*

Textus.
De Tutela.

2. Tutores quoque, qui tutelæ judicio tenentur, non proprie ex contractu obligati esse intelliguntur: nullum enim negotium inter tutorem & pupillum contrabitur. Sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. Hoc autem casu mutuæ sunt actiones. Non tantum enim pupillus cum tutore habet tutelæ actionem: sed & contra tutor cum pupillo habet contrariam tutelæ, si vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem suam creditoribus ejus obligaverit.

Commentarius.

1 *Tutorem in rebus pupilli non tantum dolum, sed etiam culpam præstare.*

2 *Cur levem duntaxat culpam, non etiam levissimam tutor præstet.*

Secunda species quasi contractus, administratio tutelæ. Necessarii quoque rerum alienarum administratores, veluti tutores, quasi ex contractu obligari videntur: neque enim hi aut tutelam suscipientes, aut susceptam administrantes, cum pupillis ullum negotium contrahunt; multoque minus ea res speciem maleficii aut quasi malefici habet, *l. 5. §. 1. de obl. & act.*

Actiones mutuæ] Pupillo prodita est actio tutelæ directa, qua, finita tutela, *l. 4. de tut. & rat. distr.* tutorem convenire potest, ut rationem reddat administrationis suæ, & tam non gesti, quam gesti, atque ut reliqua inferat, *l. 1. d. tut. l. 7. l. 9. C. arbitr. tut. l. 2. C. si tut. vel cur non gess.* Et quamvis in administratione tutelæ nulla versetur utilitas tutoris, placet tamen, tutorem in rebus pupilli non tantum dolum & culpam latam, sed etiam levem præstare, *l. contractus 23. de reg. jur. d. l. 7. C. arb. tut.* quod ratio muneris publici ad defensionem miseræ ætatis constituti suasit. Quicquid ergo vel dolo tutoris aut lata ejus culpa, vel etiam levi amissum, vel non acquisitum erit, cum conservari aut acquiri potuisset, hoc in tutelæ judicium veniet, *d. l. 1. l. cum tutor. 18. de* 1

tut.

tut. & rat. distr. d. l. 7. & l. 4. C. arb. tut. l. si tutoris 23. Cod. de adm. tut. l. 3. C. de peric. tut. Enimvero quoniam necessitas gerendi excusatione digna est, si tutor pro captu suo bona fide facit, quod potest, non majorem diligentiam ab eo requiremus, quam quantam suis rebus adhibere solet, hoc est, ut levem culpam præstet duntaxat, non etiam levissimam, *d. l. 1. tut. & rat. dist. d. l. 7. C. arb. tut. l. à tutoribus 33. pr. de adm. tut.* Frustra vero ex *l. 4. C. de peric. tut.* quæ ait, à tutore fortuitos casus non præstari, quidam eliciunt, tutorem teneri ex cæteris causis omnibus, atque adeo ex culpa quoque levissima, add. *Pet. Fab. ad l. 23. de reg. jur.* Vice mutua tutor cum pupillo, cujus tutelam gessit, habet contrariam tutelæ actionem, qua, si vel impenderit quid in rem pupilli, sive aut se aut res suas pro pupillo obligaverit, & impensas recipiat, & ab obligationibus liberetur, *l. 1. in pr. l. ult. de contr. tut. act. l. ult. C. eod.* Hæc eadem mutatis personis ad curatores quoque & adultos transferenda sunt, *l. 8. §. 1. de reb. eor. qui sub tut. l. 3. l. 4. l. 7. C. de arbitr. tut. cum simil.*

Textus.

De rei communione.

3. Item si inter aliquos communis res sit sine societate; veluti quod pariter eis legata donatave esset, & alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo judicio, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius ejus solus in eam rem necessarias impensas fecerit: non intelligitur ex contractu propriè obligatus esse, quippe nihil inter se contraxerunt: sed quia ex maleficio non tenetur, quasi ex contractu teneri videtur.

De hereditatis communione.

4. Idem juris est de eo, qui cohæredi familiæ erciscundæ judicio ex his causis obligatus est.

Notæ.

3. Sine societate] Datur quidem judicium communi dividundo etiam cum ex societate res communis est, *l. 1. & 2. comm. div.* sed eo casu est ex contractu.

Et alter eorum alteri] Principalis finis judicii communi dividundo est, ut res dividantur & à communione recedatur, *§. 4. & 5. inf. de off. jud. d. l. 1. comm. div. l. 1. fam. ercisc.* tum ut utrinque præstetur, quod alterum alteri præstare oportet lucri, damni, impensarum nomine, *l. 3. d. t.* lucri, ut in *l. 3. C. eod. §. 4. inf. de off. jud.* damni ut *l. 16. §. pen. l. 16. §. pen. l. 25. § 16. fam. erc.* impensarum, ut *l. 18. §. 3. d. t. l. 4. §. 3. comm. div. & hoc text.*

Quod socius ejus solus] Observa socium dici etiam eum, qui rem cum alio communem habet extra causam societatis, puta collegatarium ejusdem rei, &c. sed ista societas voluntaria non est, sed necessaria.

Commentarius.

1 *Communio inter aliquos constituta quarum rerum obligationem pariat.*
2 *Culpa in judicio communi dividundo ad quam diligentiam dirigatur.*

Tertia species, quæ quasi ex contractu obligationem producit, est communio rerum inter aliquos citra societatem suscepta. Rerum communio sic inter aliquos constituta, sive hæreditatis inter cohæredes, sive rerum singularum inter eos, quibus eadem res legata aut donata est, quive simul eandem rem emerunt sine affectione societatis, duarum rerum obligationem parit: nam & consortem ad rerum divisionem obligat, & in communione manenti præstationibus quibusdam, ad eam communionem pertinentibus, implicat, *l. item Labeo. 22. §. 4. fam. erc. l. 4. §. 3. comm. divid.* Prima & præcipua hic obligatio est, quod consors, si sponte communionẽ omittere nolit, compellatur ad divisionem judicio divisorio: in quo hoc maximè agi constat, ut sua cuique parte adjudicata, à communione quam nec suscipere, nec retinere quisquam cogitur, *l. 26. §. 4. de cond. ind. l. ultim. C. comm. div.* discedatur, *l. 1. fam. erc. l. 1. comm. divid. §. quædam. 20. inf. de act.* Divisio rerum qualis sit, quæ in ea adjudicatio, quæve mutua condemnatio, explicatur *§. 4. & seqq. inf. de offic. jud.* Præstationes personales inducuntur vel lucri, vel damni, vel impensarum nomine, *l. 3. comm. div.* Lucri, ut si quid ad unum è consortibus ex re communi pervenit, id cæteris communicet, *l. 3. C. eod. d. §. 4. inf. de off. jud. & hoc text.* Damni, ut si quid damni in re communi datum aut factum est culpa aut negligentia unius, id cæteris proportione cujusque sarciat, *l. 16. §. pen. l. heredes 25. §. non tantum 16. & §. item culpa. 18. l. inter cohæredes 44. §. quod ex fact. 5. fam. ercisc.* Culpa non ad exactissimam diligentiam dirigitur; quoniam qui rem cum alio communem habet, propter suam partem causam habet gerendi; & ideo non major diligentia ab eo exigitur, quam qualem suis rebus adhibere consuevit

suevit, *d. l. hæredes* §. *non tantum.* Impensarum, ut si quæ ab uno in res communes factæ sunt, quas propter partem suam necesse habuit facere, ei à cæteris pro rata refundantur, *hoc text. l. 18.* §. *3. d. hæredes* §. *idem juris & seqq. fam. erc. l. 4.* §. *3. comm. div.* Quorum omnium consequendorum causa comparatæ sunt actiones inter hæredes familiæ erciscundæ, inter eos, quibus res una vel plures communes sunt, extra causam hæreditatis, communi dividundo, *tit. ff. & C. fam. erc. & comm. div.* Sive autem propter præstationes illas, sive propter divisionem rerum hæc judicia reddantur, semper quasi ex contractu proficiscuntur.

Textus.

De aditione hereditatis.

5. Hæres quoque legatorum nomine non propriè ex contractu obligatus intelligitur, (neque enim cum hærede, neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse propriè dici potest) & tamen quia ex maleficio non est obligatus, quasi ex contractu debere intelligitur.

Notæ.

4. Qui cohaeredi familiae ercisc.] Quippe semota hæreditatis divisione, cætera sunt utrique judicio cum altero communia, *l. 6.* §. *11. comm. div.*

5. Haeres quoque] Ex Cajo *l. 5.* §. *2. de obl. & act.*

Commentarius.

1 *Hæredem propriè quasi ex contractu obligari legatariis & fideicommissariis, non item creditoribus hæreditariis.*

Quarta species quasi contractus, aditio hæreditatis. Certum est, hæredem adeuntem hæreditatem nullum cum legatariis, quos fortassis ne novit quidem, negotium contrahere: sed & plus quam manifestum est, nullum in ea re maleficium esse. Restat ergo, ut ex hac causa quasi ex contractu obligetur. Nimirum cum quis hæreditatem sibi delatam amplectitur, simul judicium defuncti agnoscere, seque oneribus, quæ ex voluntate defuncti subeunda sunt, subjicere creditur, atque ita quodammodo cum legatariis contrahere, taciteque iis sese obligare videtur, *l. 5.* §. *2. de obl. & act. l. 3.* §. *ult. & l. seq. quib. ex ca. in poss.*

Legatorum nomine] Hæres tunc proprie quasi ex contractu obligatur, cum non alia obligationis causa est, quam agnitio voluntatis defuncti. 1 Itaque ex hac causa tantum tenetur creditoribus testamentariis, seu legatariis & fideicommissariis *d. l. 5.* §. *2. de obl. & act. & hoc text.* Atque his solis actio personalis, quæ in usu juris actio ex testamento dicitur, & quasi ex contractu nascitur, competit, *vid. sup.* §. *2. de legat. & ibi not.* Creditoribus autem hæreditariis, id est, creditoribus defuncti, non tenetur quasi ex contractu & facto suo, sed ex ipso contractu & facto defuncti, qui obligationem & actionem, qua illis teneri cœperat, in hæredem suum transmittit. Hæ sunt obligationes & actiones hæreditariæ, eædem nimirum illæ, quæ competebant adversus defunctum, & ex eadem causa. Inauditum enim est, creditores hæreditarios actione ex testamento experiri. Ex legatis vero non est obligatio hæreditaria, sed obligatio hæredis; quamvis hæreditariæ loco esse dicatur, *l. hæreditariarum 40. de obl. & act.* Eadem obligationis ratio est & in legatariis & fideicommissariis, à quibus quid relictum est; eædemque adversus eos actiones ejus rei obtinendæ causa constitutæ, *l. un.* §. *pro secundo 4. C. de cad. toll. l. 1. C. comm. de legat.*

Textus.

De solutione indebiti.

6. Item is, cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur. Adeo enim non intelligitur propriè ex contractu obligatus esse, ut, si certiorem rationem sequamur, magis (ut supra diximus) ex distractu, quam ex contractu possit dici obligatus esse. Nam qui solvendi animo pecuniam dat, in hoc dare videtur, ut distrahat potius negotium, quam contrahat. Sed tamen perinde is, qui accipit, obligatur, ac si mutuum ei daretur, & ideo condictione tenetur.

Notæ.

6. Cui quis per errorem] Facti quidem etiamsi subsit naturalis aliqua obligatio, quæ tamen destituta sit juris civilis auxilio, *l. 9. C. ad leg. Falc. l. 7. de cond. ind.* Cæterum etiam juris, si is, qui solvit, ne natura quidem qualis qualis debitor est, arg. *l. 7. de cond. ca. dat. l. 32.* §. *1. l. 59. l. 66. de cond.*

cond. ind. l. 8. de jur. & fact. ign. l. 1. pr. ut in poss. leg. cum simil.

QUASI EX CONTRACTU] Quia hæc res speciem negotii invicem gesti habet, *l. 33. de cond. ind.* Cæterum extra id, quod agitur, tacitè hic obligatio nascitur, *l. 13. in fin. commod.*

PERINDE OBLIGATUR] *l. 5. §. 3. de obl. & act.* Ex bono scil. & æquo *l. 14. l. 66. de cond. ind.* cum stricta ratione actus agentium non operentur ultra eorum intentionem, *l. 19. de reb. cred.*

COMMENTARIUS.

1 *Quando, qui sciens indebitum recipit, furti obstringatur.*

2 *Quæ requirantur, ut indebitum solventi competat.*

3 *An ejus, quod errore juris solutum est, aliquando repetitio sit.*

4 *Sitne hæc obligatio ex vero contractu, an quasi.*

QUinta & postrema species, unde obligatio quasi ex contractu proficiscitur, est indebiti per errorem solutio. Habet hæc species magnam cum mutuo affinitatem; quæ causa est, quod *sup. §. 1. quib. mod. re cont. obl.* statim post contractum mutui etiam indebiti soluti mentionem fecit: sed cum illic dicat, obligationem, qua tenetur is, qui indebitum accepit, ex contractu non consistere, tacitè significat quasi ex contractu eum obligari: quod hoc loco apertius ostendit ex Cajo *l. 5. §. is quoque 3. de obl. & act.* Res ita habet. Qui indebitum solvit, aut sciens ac prudens hoc facit: quo casu accipiens non obligatur, cessàtque adeo repetitio, etiamsi ea mente dedit, ut postea repeteret, *l. 1. l. si non sortem 26. §. 2. & 3. h. t. de cond. ind. l. 9. C. eod. l. cujus 53. de reg. jur. junct. l. quod quis 50. h. t.* Aut dubitans; qui si nominatim solutioni hanc legem dicat, ut reddatur, si postea apparuerit esse indebitum, ex vero contractu accipientem obligat ad restitutionem, *l. 2. eod.* Si vero simpliciter solvat; quasi ex contractu: siquidem dubitanti æquè ut erranti repetitio datur, *l. ult. C. eod.* Aut denique, quod plerumque fit per errorem, seu ignorans se non debere; de qua specie passim agitur in *ff. & Cod. de cond. ind.* estque eadem illa, in qua accipientem quasi ex contractu obligari hoc loco & *d. l. 5. §. 3. de obl. & act.* traditum est: quam rectè, videbimus postea. In accipiente nulla erroris aut scientiæ distinctio est. Denique
1 qui sciens indebitum recipit, etiam furti obstringitur, *l. quoniam 18. de cond. furt. l. falsus 43. in pr. de furt.* quod ita verum est, si creditorem se simulans alterum ad solvendum induxit: nam si pecuniam ultro sibi oblatam à debitore accepit, furtum non committit, *arg. d. l. falsus. Costal. post Bart. ad d. l. quoniam.*

Cui quis per errorem indebitum solvit] Ut
2 in specie proposita solventi quæratur obligatio & soluti condictio, duo requiruntur; ut indebitum sit, quod solvitur; ut solvatur per errorem. Primum exigimus, ut sit indebitum: nam debiti soluti nulla repetitio est. Et quidem nemo dubitat, quin cesset repetitio, si id quod solutum est, & civili & naturali jure debitum fuit. Sed quid si alterutro tantum? Si tantum jure civili, id est, ex obligatione, cui deest vinculum æquitatis, ut summo quidem adhuc jure eo nomine actio competat, sed quæ per exceptionem perpetuam excludatur, placet locum esse repetitioni, *l. si non sortem 26. §. 3. l. qui exceptionem 40. l. ex his omnibus 54. hoc tit. de cond. ind.* Nimirum tale debitum tantum verbo ita dicitur, re autem debitum non est; quoniam jure naturali non debetur, adeoque nec jure civili verè deberi intelligitur, *l. 3. §. 1. de const. pec. l. nihil. 112. de reg. jur.* Naturale autem debitum in hac causa pro vero debito habetur, eoque etsi exigi non potest, solutum tamen, quamvis ab eo, qui etiam civiliter se obligatum putabat, non repetitur: sententia innumeris locis tradita, *l. 10. de obl. & act. l. 16. § naturales de fideic. l. 3. §. ult. quod quisque jur. l. 13. l. 19. hoc tit.* Et vero cum etiam id, quod natura debetur, in compensationem veniat, *l. 6. de compens.* summa ratione denegatur quoque ejus soluti repetitio. Sed & si debitori detur exceptio perpetua, cæterum ex causa non tollente naturalem obligationem, adhuc dicimus, solutum per errorem non repeti. Hujus generis est exceptio rei judicatæ: siquidem sententia judicis obligationem consensu constitutam perimere non potest: & ideo quod verus debitor absolutus solvit, repetere eum non posse, Julianus & Paulus responderunt, *l. 60. hoc tit.* Huc item plerique referunt exceptionem Senatusc. Macedoniani: nam & filiusfa. si mutuam pecuniam Senatusc. acceperit, & paterfa. factus perperam solverit, non repetit; quoniam naturalis obligatio manet, *l. 10. de sen. Mac.* Affertur & alia ratio denegandæ in hac causa condictionis, *l. 40. hoc tit. l. 9. in fin. de sen. Mac.* sed ea non est generalis, ut apparet ex *d. l. 60.* Atque ego in hac specie omnino distinguendum puto inter errorem juris & facti, *juxta not. inf. num. 3. in fin.* Enimvero naturale debitum more veterum hic accipimus, quod ex ea obligatione naturali debetur, quæ civilis & efficacis obligationis effectus omnes habet, dempta una actione. Quod si naturalis obligatio jure civili improbata sit, aut destituta juris civilis auxilio; qualis est mulieris intercedentis, *l. 16. §. 1. ad sen. Vell.* prodigi promittentis *l. 6. de verb. oblig.* pupilli, sine tutoris auctoritate contracta, licet hæc admittat accessiones;

cessiones; ea non attenditur, & perinde repetitio datur, ac si quod ex ea causa solutum est, nullo jure debitum esset, *l. 9. C. ad sen. Vell. l. 41. hoc tit. l. 6. de verb. oblig.* Eodem jure civili insuper habetur obligatio naturalis, quam inducit voluntas testatoris vel minus solemnis, vel legantis supra dodrantem bonorum. Cæterum hæc in errore juris effectum naturalis obligationis habet, *l. 9. C. ad leg. Falc. l. 7. C. hoc tit.* Error duplex est; facti unus, scilicet cum factum ignoratur, ex quo jus oritur; alter juris, cum factum scitur, sed quid jus hic tribuat, ignoratur, *l. 1. de jur. & fact. ign.*

3 Unde quæsitum est, quomodo accipiendum, quod passim simpliciter & generaliter definitur, indebitum per errorem solutum repeti posse, de errore facti tantum, an etiam de errore juris. Veterum interpretum sententia est, si nulla subest naturalis obligatio, etiam ejus, quod per errorem juris solutum est, repetitionem esse: in quam sententiam & ipse concedo, cum *D. Zas. ad rubr. hoc tit. n. 5. Sichard. ad rubr. & l. 1. C. eod. Wesemb. par. eod. num. 9. Christin. vol. 3. decis. 8. num. 3. Bachov. de act. disp. 4. thes. 17. Jo. Arn. Corvin. in Enchiridio, tit. quib. mod. re contr. obl.* Movet me primum hæc ratio, quod condictio indebiti ex bono & æquo datur, *l. hac condictio. 66. hoc tit. de cond. ind.* cui omnino consequens est, eam non nisi exceptione æquitatis ex adverso excludi posse. At quam æquitatem prætendere poterit, quove colore de iniquitate conductionis excipere, cui quid solutum est, quantumvis per ignorantiam juris, quod natura non debetur, sive quod causa debendi jure non valet, ut omnino non debeatur, sive quod effectum non habet, ut accidit in mere civili debito? Nam cum tale debitum nullos veri debiti effectus habeat, non compensetur, *l. quacumque 14. de compens.* accessiones non admittat, *l. 3. §. 1. de pec. const. l. 7. de fidejuss.* cum prætor eo nomine in re aperta deneget actionem, in dubio non det nisi cum exceptione, quo ipso ostendit se id pro debito non habere: per *l. 9. de jurej.* quis credat, si id vel per errorem juris solutum sit, retineri posse? Ut ecce, si quis dolo malo aliquem induxerit, aut metu illato coëgerit, ut promitteret, non possum adduci ut credam, solutum ex his causis retineri posse, atque improbitatem suam cuiquam prodesse, hoc solo prætextu, quod solvens in jure erravit, ignorans se adjuvari potuisse exceptione doli mali aut quod metus causa. Et ne videamur sine auctoritate loqui, textus in eam rem evidens est in *l. qui se debere 7. de cond. ca. dat.* ubi disertè Julianus post Nervam & Attilicinum respondet, pecuniam solutam ab eo, qui se debere putabat, cum exceptione doli mali se tueri potuisset, repeti posse, ac proinde solutam errore juris. Similes loci sunt in *l. cum is 32. §. 1. l. si fidejussor. 59. de cond. ind. l. 5. C. eod. l. qua fideicommissa. 79. de leg. 2.* & apertissimus in *l. 1. ut in poss. leg. in po. fac. item l. mandatum 57. mandat.* Porro etiam me movet, quod in toto *tit. ff. de cond. ind.* quamvis prolixo, nusquam aut tantum errori facti repetitio tribuitur, aut errori juris denegatur, sed perpetuo tribuitur errori simpliciter, sive quod solutum est omnino non debeatur, sive propter exceptionem perpetuam exigi non potest, *l. si non sortem 26. §. 3. l. qui exceptionem 40. l. ex his omnibus 54. eod.* ut vel hinc intelligere liceat errorem quidem, qualiscumque sit, repetitioni non obstare, sed obstare solventis scientiam, & quidem solam: quod luculenter probat tum *d. l. si non sortem §. 3. & l. 24. eod.* tum ratio, ob quam placet eum, qui sciens indebitum solvit, non repetere; nimirum quia donasse intelligitur, *l. cujus 53. de reg. jur. l. 7. C. de cond. ob ca. dat.* quod de eo, qui se solvendi adstrictum putat, dici non potest. Postremo illud me movet, & vel maximè, quod traditur in *l. 8. de jur. & fact. ign.* nemini in damnis amittendæ rei suæ ignorantiam juris nocere: ex eo enim perspicuè evincere mihi videor, etiam id, quod per errorem juris indebitum solutum esse, condici posse: nam si hoc negamus; illud fateamur necesse est, errorem juris etiam in amittenda re sua cuique nocere, contra sententiam Papiniani in *d. l. 8.* Neque video quid ad hoc responderi sine cavillatione possit. Nam certè illa Neotericorum dissentientium responsio captiosa est, quod condicens non laboret de re amittenda, sed de amissa: si enim per errorem juris solvens ita rem suam amittat, ut nullam habeat repetitionem, utique juris error in damno amittendæ rei suæ ei nocet. Neque vero de tempore condictionis instituendæ quæritur, sed factæ solutionis: negatque Papinianus errantem in jure rem suam amittere, videlicet sic, ut eam nunquam possit repetere: & quod idem Papinianus in *l. 7. eod.* definit, ignorantiam juris suum petentibus nō nocere, id ad omnes pertinet, qui de damno vitando laborant. Neque huic obstat *l. 29. §. 1. mand.* nam illic proponitur species, ubi duo de damno vitando laborant, debitor, qui exceptione perpetua se tueri poterat; & fidejussor, qui cum id non ignoraret, nihilominus tamen solvit: negaturque hoc casu fidejussori competere actionem mandati: de condictione autem nullum ibi verbum. Quod vero dicitur juris ignorantiam nocere, *l. 9. de jur. & fact. ign.* sic accipiendum est, non prodesse, lucro non afficere; cæterum nec damno. Cæterum meminisse oportet ejus, quod initio diximus, ita errorem juris non impedire quominus solutum condici possit, si nulla subsit naturalis obligatio. Quod si is qui solvit, natura qualisqualis debitor est, quæ res simul justam retentionis causam accipienti tribuat, hoc sane casu juris inter & facti errorem distinguendum erit, ut alteri dene-

denegetur repetitio, alteri concedatur. Ut ecce; cum essem filiusfam. mutuam pecuniam contra Senatusconsultum accepi, & paterfam. factus solvi: si per ignorantiam juris, non repetam; si per errorem facti, contra, *arg. l. qui exceptionem 40. de cond. ind. l. 9. in fin. cum l. seq. junct. l. ult. de sen. Mac.* Solvi legatum vel fideicommissum secundum voluntatem testatoris, sed minus solemnem: solvi integra legata non retenta quarta ex lege Falcidia; si errore facti, repetitionem habeo; si errore juris, non item; *l. 2. C. si adv. sol. l. 7. C. de cond. ind. l. 9. C. ad leg. Falc.* Non equidem ideo, quod hic solus error juris mihi noceat, sed quod simul intercedens naturalis obligatio, quam inducit voluntas testatoris, per *l. 2. C. de fideicom. l. in testamento 38. de fideic. lib. l. 5. §. si quis 15. de don. int. vir. & ux.* justam facit retentionem. Atque ad hujusmodi aut similes casus accommodandi sunt alii loci Codicis, in quibus fortè aut errori juris denegatur repetitio, aut errori facti tantum tribuitur: ut in *l. 10. C. de jur. & fact. ign. l. 6. C. cond. ind.* Nam profecto ob hoc solum, quod ego in jure erravi, tu justam retinendi ejus, quod tibi nullo jure debetur, causam habere non potes: & hic melius est favere repetitioni, quam adventitio lucro, per *l. non debet 41. §. 1. de reg. jur.*

4 *Magis ex distractu, quam ex contractu*] Obligatio indebiti per errorem soluti non est ex contractu: nam omnis ex contractu obligatio est ex mutuo consensu & conventione. At neque qui in solutum dat, eo animo est, ut accipientem sibi obliget; neque qui accipit, ut alteri obligetur: sed datur & accipitur obligationis, quæ subesse putatur, tollendæ causa. Verum, extra id quod agitur, tacitè hæc obligatio nascitur, *l. 13. in fin. commod.* nimirum ex consensu ficto & præsumpto, & ideo quasi ex contractu: nam & qui solvit, interpretatione juris existimatur eo animo esse, ut si indebitum sit, accipientem ad restituendum obliget; & qui accipit, ea conditione accipere, ut nihil alienum injuria retineat: quæ res speciem quandam contractus & negotii invicem gesti habet, *l. si in area. 33. de cond. ind.* verum autem contractum non efficit, *l. non omnis 19. de reb. cred.* quod etiam ex eo intelligere licet, quod condictio indebiti non datur ultra, quam locupletior factus est, qui accipit, *l. si non sortem 26. §. libertus 12. de cond. ind.* si vero ex contractu & conventione descenderet, daretur in solidum. Illud paulo pinguius dicitur, accipientem obligari ex distractu: nam si esset ex distractu obligatus, ex quasi contractu non esset; quippe distractus & contractus nulla similitudo est: neque ex eo, quod verè & expressè agitur, hic nascitur obligatio, sed extra id tacitè inducitur, ut jam ostensum est. Ac ne illud quidem verum est, ullum hic intervenire distractum, cum nulla præcedat obligatio, quæ distrahatur: neque putandum, hoc Imperatorem sensisse, cujus mens satis plana est, hæc scilicet, eum cui indebitum per errorem solutum est, non obligari ex contractu; quoniam qui solvendi animo pecuniam dat, non hoc agit, ut accipientem sibi obliget, sed ut obligationem, qua se teneri falso putat, distrahat & dissolvat; & qui accipit, non ea mente esse, ut se obliget alteri, sed ut alterum, quem sibi obligatum existimat, ea obligatione liberet: quanquam neutrum revera fiat.

TEXTUS.

Quibus ex causis debitum solutum non repetitur.

7. Ex quibusdam tamen causis repeti non potest, quod per errorem non debitum solutum sit: sic namque definierunt veteres. Ex quibus causis inficiando lis crescit, ex iis causis non debitum solutum repeti non posse: veluti ex lege Aquilia, item ex legato. Quod veteres quidem in iis legatis locum habere voluerunt, quæ certa constituta, per damnationem cuique legata fuerant: nostra autem constitutio cum unam naturam omnibus legatis & fideicommissis indulsit, hujusmodi argumentum in omnibus legatis & fideicommissis extendi voluit: sed non omnibus legatariis hoc præbuit, sed tantummodo in iis legatis & fideicommissis, quæ sacrosanctis Ecclesiis, & cæteris venerabilibus locis, quæ vel religionis vel pietatis intuitu honorantur, relicta sunt; quæ si indebita solvantur, non repetuntur.

NOTÆ.

7. REPETI NON POTEST] Quasi solutum transactionis causa ad evitandum periculum dupli.

EX QUIBUS CAUSIS INFICIANDO] Hoc est, ex quibus actio adversus confitentem in simplum datur adversus negantem in duplum, *l. 23. §. pen. ad leg. Aq. §. 26. inf. de act.* Paul. *1. sent. 19.*

ITEM EX LEGATO] Et tertio ex causa depositi miserabilis, *l. 1. §. 1. & seq. depos. d. §. 26. inf. de act.* Sed nec quod transactionis causa *l. 65. §. 1. de cond.*

cond. ind. aut dotis nomine datum est opinione debiti, repetitur, *l. 32. §. 2. eod.*

NON REPETUNTUR] Nam sublata falsa opinione, relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest. Julian. *l. 32. §. 2. de cond. ind.*

COMMENTARIUS.

1 *Causa, ex quibus lis per inficiationem crescit.*
2 *Cur ex his causis veteribus placuerit, indebitum per errorem solutum repeti non posse.*
3 *Nonnulla alia causa, ex quibus indebitum errore solutum non repetitur: & quid hic moribus nostris.*

SUnt quædam causæ, ex quibus indebitum per errorem solutum repeti non potest: cujusmodi sunt illæ, in quibus lis seu actio per inficiationem crescit, hoc est, ex quibus actio adversus confitentem in simplum datur, adversus negantem in duplum, *l. inde Neratius 23. §. pen. ad leg. Aquil. §. sed furti. 26. inf. de act. Paul. 1. sent. 19.* Crescit hoc modo lis per
1 inficiationem tribus in causis, uno loco comprehensis à Justiniano *d. §. sed furti.* Primo in actione legis Aquiliæ de damno dato, *d. l. inde Neratius. §. pen. l. item veniunt. 20. §. 4. de her. petit. l. 5. §. 2. de serv. corr. Paul. d. loc.* Deinde in actione depositi miserabilis, id est, quod tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa factum est, *l. 1. §. 1. cum seqq. depos.* Postremo in actione legatorum, religionis aut pietatis intuitu relictorum, *d. §. sed furti.* Ex his causis si quis per errorem solvit, quod non debebat, ejus secundum definitionem veterum nullam repetitionem habet, *l. 4. C. de cond. ind. & hoc tit.* Cujus rei ratio perobscura est: nam manifesta æquitas reclamare
2 videtur. Non habeo quod respondeam, nisi quod verisimile est, certis in causis receptum fuisse, ut interrogati in jure, si negarent, & mendacii convincerentur, in duplum irent: unde postea inductum ut qui ex his causis conventus solvisset, quantumvis indebitum, non repeteret; quasi simplum ideo solverit, ne inficiando periculum dupli subiret, & ita quasi transigendo hoc periculum à se amovere voluerit. Oportet vero causam aliquam subesse, verbi gratia, damnum esse datum, licet fortè non ab eo, qui convenitur, sed ab alio; legatum aliquod in pios usus relictum esse, licet fortè minus solemniter. Nam si nullum damnum datum sit, aut nihil relictum, puto, locum esse repetitioni: quod etiam interpretes notant. Excipiuntur & aliæ causæ, ex quibus indebitum per errorem solutum non repetitur, ut causa dotis, & transactionis. Quod dotis nomine solutum est, puta à matre aut
3 sorore, licet falsa opinione debiti, tamen pietatis ratio efficit, ut non repetatur, uti traditum in *l. cum is 32. §. 2. de cond. ind.* Similiter quod transactionis causa datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur, ne lites resuscitentur, *l. in summa. 65. §. 1. eod. l. 2. C. de transact.* Excipiunt & causam judicati; sed malè; quoniam regula est de indebito soluto: at quod ex causa judicati solvitur, id vel maximè debitum est: quippe quod etiam ab invito exigi potest: ut mirum non sit, pecuniæ ex ea causa solutæ repetitionem non esse, *vid. Cujac. par. C. de cond. ind.*

Per damnationem] In legatis per damnationem relictis olim lis inficiatione crescebat. *Paul. 1. sent. 19.* quod in his legatis receptum fuisse videtur propter severitatem judicii testatoris, hæredem suum dare damnantis, haud secus ac judex reum convictum condemnat; quasi majori odio dignus sit, qui inficiatur, quod testator tam enixè voluit, & severè imperavit, quam qui legatum simpliciter datum negat.

Nostra autem constitutio] Constitutione Justiniani, quæ extat in *l. 2. C. comm. de legat.* legatis omnibus & fideicommissis eadem natura attributa est. Illa autem constitutio, qua jus, de quo hic agitur, ad legata & fideicommissa religionis aut pietatis causa relicta coarctavit, non extat; & credibile est, Græcè scriptam intercidisse.

Religionis vel pietatis] Religionis intuitu quid relinquitur ecclesiis, cœnobiis: pietatis intuitu xenodochiis, nosocomiis, orphanotrophiis, &c. Nostris moribus jus hoc §. constitutum exolevit, nullaque lis crescit inficiando. *Grænevv. de leg. abrog. hic.*

TITULUS XXIX.

C. lib. 4. t. 27.

Per quas personas obligatio acquiritur.

Ratio ordinis

HUc usque expositæ sunt duæ illæ obligationum causæ, contractus & quasi contractus. Quoniam autem ex his causis non tantum per nosmetipsos & facto nostro obligationem acquirere possumus, sed etiam per eos, qui in potestate nostra sunt, vel revera, vel justa opinione nostra, de eo nunc conclusionis loco aliquid subjicitur, ad eundem modum, quo *sup. lib. 2.* disputationem de acq. rer. dominio concludit titulus *per quas pers. cuiq. acquir.* Unde etiam pleraque, quæ ad explicationem hujus loci pertinent, petere licebit: nam quod ad personas, per quas acquiritur, causam acquirendi, & rerum qualitatem pertinet, dominii & obligationis eadem ratio est.

TEXTUS.

De his qui sunt in potestate.

Expositis generibus obligationum, quæ ex contractu, vel quasi ex contractu nascuntur, admonendi sumus, acquiri nobis non solum per nosmetipsos, sed per eas quoque personas, quæ in nostra potestate sunt, veluti per servos & filios nostros: ut tamen quod per servos nostros nobis acquiritur, totum nostrum fiat: quod autem per liberos, quos in potestate habemus, ex obligatione fuerit acquisitum, hoc dividatur secundum imaginem rerum, proprietatis & ususfructus, quam nostra decrevit constitutio: ut quod ab actione commodum perveniat, hujus usumfructum quidem habeat pater, proprietas autem filio servetur, scilicet patre actionem movente secundum novellæ nostræ constitutionis divisionem.

NOTÆ.

QUOD AUTEM LIBEROS] Quod ad personas, per quas acquiritur, causam acquirendi, & rerum qualitatem pertinet, dominii & obligationis eadem ratio est.

PATRE ACTIONEM MOVENTE] Utpote qui non nudus sit fructuarius, sed simul etiam legitimus bonorum administrator. Filii tamen consensus quoque adhibendus, nisi adhuc in prima ætate sit constitutus, *l. ult. §. 3. C. d. t.*

NOVELLAE NOSTRAE CONSTITUT.] *d. l. ult.* Novellam vocat, eo quod lata est priore Codice jam edito. In summa sic habe. Ex castrensi & quasi castrensi peculio filius sibi pleno jure actiones acquirit, ex profecttimo pleno jure patri, ex adventitio sibi proprietatem, patri usumfructum.

COMMENTARIUS.

VEluti per servos] Quemadmodum res cæteræ per servos nostros nobis acquiruntur, sic etiam obligationes, earumque jus integrum ac solidum ad dominum pertinet, *l. 1. & passim de stip. serv. & sup. eod. tit.* ubi de hoc explicatum est.

Quam nostra decrevit constitutio] Theophilus διὲκρινε, *discrevit.* Intelligit autem *l. cum oportet. 6. C. de bon. quæ lib.* ubi ea omnia, quæ peculii adventitii nomine continentur, ita partitur, ut eorum usumfructum assignet patri, filio proprietatem. Peculii profectitii, castrensis & quasi castrensis quæ ratio sit, docetur *§. 1. sup. per quas pers. cuiq. acq.* Unde summatim illud intelligitur, ex castrensi & quasi castrensi peculio filium sibi pleno jure actiones acquirere, ex profectitio pleno jure patri, ex adventitio sibi proprietatem, patri usumfructum.

Secundum novellæ nostræ] Licet ex causa peculii adventitii filiofa. proprietas quæratur, patri tantum ususfructus, quod minus est: placet tamen, solum patrem actiones exercere & excipere, utpote qui non nudus sit fructuarius, sed simul etiam legitimus bonorum administrator. Adhibendus tamen est filii quoque consensus, nisi is in prima adhuc ætate sit constitutus, vel longè absit, *l. ult. §. ubi autem 3. C. de bon. quæ lib.* quæ est illa novella constitutio, cujus hic meminit Justinianus. Novellam vocat, eo quod lata est priore Codice jam edito, qui solus tunc cum institutiones scriberentur, pro Codice erat. Nam constitutiones emissæ post priorem Codicem, novellæ vocitatæ sunt usque ad posterioris Codicis, cui insertæ sunt, editionem; quemadmodnm nunc constitutiones promulgatæ post secundum Codicem, Novellarum titulo circumferuntur.

TEXTUS.

De bona fide possessis.

1. *Item per liberos homines & alienos servos, quos bona fide possidemus, acquiritur nobis, sed tantum ex duabus causis, id est, si quid ex operis suis, vel ex re nostra acquirant.*

De servo fructuario, vel usuario.

2. *Per eum quoque servum, in quo usumfructum, vel usum habemus, similiter ex duabus istis causis nobis acquiritur.*

COMMENTARIUS.

ETiam per eos, qui à nobis bona fide possidentur, sive liberi sint, sive servi alieni; item per servos, in quibus usumfructum habemus, obligatio nobis acquiritur: cæterum duabus duntaxat ex causis, ex operis eorum, & ex re nostra. Sed & hoc pluribus explicavimus *sub §. de iis autem 4. sup. per quas pers. cuiq. acq.*

Vel

Vel usum] Has voces à vetustis quibusdam codicibus abesse notat Accurs. & probabiliter delebuntur. Nam sanè usuarius non idem jus habet, quod fructuarius, ut ex utraque prædicta causa acquirat. Constat enim ex operis servi, in quo nudum usum habemus, nobis non aliter acquiri, quam si operis ejus utamur, in re nostra, *l. per servum* 14. *l. si ita* 16. §. 2. *l. servus* 20. *de usu & habit. vid. sup.* §. 3. *eod. tit.*

TEXTUS.
De servo communi.

3. *Communem servum pro dominica parte dominis acquirere certum est, excepto eo, quod nominatim uni stipulando, aut per traditionem accipiendo, illi soli acquirit; veluti cum ita stipulatur*, Titio domino meo dare spondes? *Sed si domini unius jussu servus fuerit stipulatus, licet antea dubitabatur: tamen post nostram decisionem res expedita est, ut illi tantum acquirat, qui hoc ei facere jussit, ut supra dictum est.*

COMMENTARIUS.

SI servus communis sit plurium dominorum, quibus & quatenus acquirat, disces ex §. *ult. sup. de stip. serv. & ibi notat.*

Post nostram decisionem] Est *l. ult. C. per quas pers. nob. acq.* ubi veterum super re proposita controversiam decidens sic in summa cavet: Cum unus ex dominis servum stipulari jubet; & is nominatim alteri domino stipulatur, siquidem is, qui jussit servum stipulari, jussit specialiter, ut stipularetur sibi, seu suo jubentis nomine, statuit Justinianus, ut stipulatio acquiratur jubenti, ita & hoc casu plus valeat jussio, quam nominatio: sin autem is, qui jussit servum stipulari, simpliciter jussit, hoc casu vult obligationem acquiri nominato; ut hic nominatio plus valeat, quam generalis jussio; cujus distinctionis meminisse debuerat Tribonianus. Quod si simpliciter ab uno stipulari jussus, simpliciter quoque, id est, nullo dominorum nominato, stipulatus fuerit, hunc casum apud veteres jus centum habuisse indicat, ut tunc ei soli acquiratur, qui jussit.

TITULUS XXX.
D. lib. 4. t. 2. 3. 4. C. lib. 8. t. 42. 43. 44.

Quibus modis tollatur obligatio.

Continuatio. Quibus modis aut ipso jure, aut per exceptionem, tollatur obligatio.

EXplicatum hactenus, quibus modis obligatio contrahatur: commodum nunc subjungitur, quomodo rectè ab initio constituta distrahatur, ejusque nexu debitor liberetur; quanquam & differri hæc tractatio potuit, donec de obligationibus quoque quæ ex delicto, vel quasi ex delicto nascuntur, præceptum esset. Modi distrahendarum obligationum multi sunt, quorum alii ipso jure liberant, alii per exceptionem seu tuitione prætoris. Ipso jure liberant solutio, acceptilatio, novatio, dissensus utriusque partis interdum, obligationis confusio, *l. sicut* 71. *l. pen. de solut. l. 7. C. de pact.* debiti oblatio & consignatio, *l. 9. C. de solut.* compensatio, §. *in bonæ* 30. *inf. de act.* duarum causarum lucrativarum in eandem rem & personam concursus, *l. omnes* 17. *de obl. & act.* rei debitæ ante moram à debitore factam contingens interitus, *l. si ex legati* 23. *de verb. obl.* & si quæ sunt generis ejusdem. Per exceptionem liberamur testamento, pacto, sententia, jurejurando, tempore, &c. De liberatione per exceptionem dicetur *inf. lib. 4. tit. de except.* Hic tantum traduntur modi, quibus obligatio perimitur ipso jure, atque ex his duntaxat hi quatuor maximè celebres, solutio, acceptilatio, novatio, mutuus consensus. Plerosque alios data occasione alibi interpretati sumus.

TEXTUS.
De solutione.

Tollitur autem omnis obligatio solutione ejus, quod debetur: vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit. Nec interest, quis solvat, utrum ipse, qui debet, an alius pro eo: liberatur enim & alio solvente, sive sciente, sive ignorante debitore, vel invito eo solutio fiat. Item si reus solverit, etiam ii, qui pro eo intervenerunt, liberantur. Idem ex contrario contingit, si fidejussor solverit: non enim ipse solus liberatur, sed etiam reus.

NOTÆ.

QUIBUS MODIS TOLLITUR] Ipso scil. jure, de liberatione per exceptionem dicetur *lib. 4. tit. de except.*

ALIUD PRO ALIO] *l. 17. C. de solut.* Invito autem creditori aliud pro alio solvi non potest, *l. 2.* §. *1. de reb. cred.* Qui nummos in alia forma reddit, non videtur aliud pro alio solvere, arg. *l. 1. de cont. empt. l. 65.* §. *1. de verb. obl.* Sen. *6. de ben. 5. Pecuniam dicimur reddidisse, quamvis numeravimus pro argenteis aureos, &c.*

VEL INVITO EO] *l. 23. l. 40. l. 53. de solut.* quoniam & naturali & civili ratione licet conditionem alterius, quamvis ignorantis & inviti, facere meliorem, *l. 39. de neg. gest.*

COMMENTARIUS.

1 *Solutionis verbum quam late pateat, & quid in specie denotet.*

2 *Aliud pro alio invito creditore solvi non posse: consentiente autem posse. n. 8.*

3 *Quibus casibus æstimatio aut aliud pro re debita recte præstetur.*

4 *Ad justam solutionem requiri, ut solvatur simul & semel totum, quod debetur.*

5 *Confirmatur hac sententia adversus opinionem Alciati, etiam partis solutionem invito creditore admittentis.*

6 *Respondetur ad argumenta, quibus movetur Alciatus.*

7 *Interdum nec parte à volente creditore accepta pro ea parte liberationem contingere, & quando.*

8 *Licere unicuique pro debitore solvere, etiam ignorante & invito, ut ipso jure liberetur; cum remotione contrariorum.*

9 *Quid si creditor solutionem ab alio oblatam recuset accipere. Et quid si alius pro emphyteuta velit canonem solvere, quo is pœnam commissi evitet.*

10 *Fidejussore simpliciter solvente utrum reus ipso jure liberetur, an per exceptionem.*

TOllitur *omnis obligatio solutione*] Primus modus, quo ipso jure obligatio tollitur, ex quatuor hic propositis, est solutio. Solutionis verbum & generale est & speciale. Generaliter acceptum ad omnem liberationem quocunque modo factam pertinet, refertur que tunc non tam ad rei, quæ in obligationem deducta est, præstationem, quam ad ipsius obligationis, quæ quavis liberatione tollitur, substantiam, *l. solutionis 54. de solut. junct. l. liberationis 47. l. solutionis 176. de verb. sign.* Specialiter autem accepta vox solutionis unum tantum tollendæ obligationis modum denotat, naturalem scilicet, sive realem, ut nunc loquuntur præstationem ejus, quod debetur. Itaque contra in hac significatione solutio ad rem debitam refertur, quæ cum præstatur, solvitur, id est, liberatur eo nexu, quo cum ipso debitore quodammodo tenebatur. Atque hoc modo accepta sejungitur solutio à satisfactione, & omnibus iis modis, quibus citra numerationem aliamve naturalem rei debitæ præstationem liberatio contingit, *l. solutum 49. l. satisfactio 52. l. prout 80. &c. de solut. l. 9.* §. *3. de pign. act. l. 4.* §. *3. de re judic.* & in hac speciali significatione etiam accipitur hoc loco. Ait, *Omnis obligatio*, id est, cujuscunque ea sit generis, aut quomodocunque contracta: quod non item in alias omnes species liberationis cadit.

Ejus quod debetur] Recte *ejus, quod debetur*: nam aliud pro eo, quod debetur, invito creditore solvi non potest, ut sequatur liberatio, *l. 2.* §. *1. de reb. cred. l. eum 16. C. de solut.* veluti si pro pecunia debita certa species obtrudatur creditori, vel pro specie debita offeratur alia species aut speciei debitæ æstimatio: vel si factum pro facto solvatur, *l. qui res 98.* §. *mihi 6. de solut.* Nummi quidem in alia forma reddi possunt, nisi hoc damnosum sit creditori, *l. creditorem 99. eod.* sed hoc casu non intelligitur aliud pro alio solvi, *vid. sup. not. ad pr. quib. mod. re contr. obl.* Sunt sane nonnulli casus, quibus placet debitorem posse æstimationem pro re debita præstare. Sed hi singulares sunt: quippe in quibus necessitas hoc exprimit; veluti si res debita post moram periit; *l. 8. de cond. furt.* aut extat quidem sed aliena est, & eam dominus non vendat, *l. si domus 71.* §. *3. de legat. 1.* similemque rationem habet species *l. non amplius 26.* §. *2. eod. tit.* Idem aliquando suadet & favor; ut in casu *d. l. si domus,* §. *3. in fin.* At vero extra hujusmodi casus & causas aliud pro re debita dissentiente creditore non recte solvitur, nisi forte debitor eam facultatem aliunde acceperit. Veluti in causa noxali: ex qua cum solam damni æstimationem dominus debeat, per legem tamen noxæ deditione liberatur, *l. 6.* §. *1. de re judic.* item in obligationibus faciendi; ubi sibi factum non est, quod fieri debuit, pecunia deberi incipit, sed tamen debitor ante litem contestatam faciendo liberatur; quoniam hanc potestatem ab initio ex conventione accepit, *l. stipulationes 72. junct. l. si insulam 84. de verb. oblig.* Ad hæc sciendum est, ad justam solutionem requiri, ut solvatur simul & semel totum, quod debetur, utique si creditor desideret: natura enim obligationis postulat, ut eodem modo, quo quæque contracta est, dissolvatur, *l. prout 80. de solut. l. nihil 35. de reg. jur.* ac proinde non dissolvitur, nisi res inde debita ita præstetur, ut ab initio deberi cœpit: cœpit autem semel deberi tota, quæ obligationis conditio invito creditore mutari non potest. Sed quoniam hanc sententiam in dubium vocat & impugnat vir summi judicii & auctoritatis And. Alciatus in *l. quidam 21. de reb. credit.* contendens creditorem etiam partem debiti, quæ offeratur, cogendum accipere, alioqui moram eum facere, & peri-

& periculo rei oblatæ illigari; age paulo diligentius eam & explicemus & adstruamus. Ajo igitur, contra
5 quam existimat Alciatus, debitorem non posse partem rei debitæ solvere invito creditore. Quod hanc habet sententiam, debitorem non posse partem debiti ita offerre, ut creditore recusante accipere, possit eam partem offerre & obsignare hoc effectu, ut vel oblatione mora ejus, si qua intercessit, purgetur, vel obsignatione pro parte, quam obtulit, liberetur: & quod idem fere valet, ajo, si debitor ejus, quod totum ex aliqua causa debet, partem creditori offerat, licere creditori eam partem non accipere impune, nullumq; esse hujus obligationis effectum. Confirmat hanc sententiam præter id, quod modo attuli, de natura obligationis & jure creditori inde quæsito, quod respondetur *l. 3. fam. erc.* & quotidiana experientia docet, partium solutionem multa incommoda habere, & ideo damnosam esse creditori. Jam vero constat non posse cogi creditorem accipere, quod aliter offertur, quam obligatio contracta est, si ex ea re damnum aliquod metuat, *l. creditorem 99. de solut.* Consentiat auctoritas Modestini *l. tutor 41. §. de usur.* ubi diserte Jurisconsultus respondet, debitore solam partem debiti obsignante, non retardari totius debiti usurarum præstationem, nisi expresse cautum sit, ut liceret & partem ejus, quod acceptum est, solvere, ut in specie *l. lecta, de reb. cred.* Consentit & illud, quod Impp. rescribunt, *l. 9. C. de solut.* obsignatione totius debiti solenniter facta liberationem contingere. Postremo, ita jus esse commune, vel ex eo intelligitur, quod jure singulari favore libertatis receptum est, ut hæres cogatur per partes accipere pecuniam, quam servus pro libertate dare jussus est, *l. 4. §. 6. de statulib.* & quod in causis publicarum pensionum, quæ pro fundis patrimonialibus præstantur, propria quoque consideratione particularis solutio admissa, dum tribus cotannis vicibus totæ exsolvantur, *l. penult.*
6 *Cod. de collat. fund. patrim. lib. 11.* Non adversatur huic sententiæ, quod ratio compensationis pro parte obligationem tollit, *l. 5. C. de compens. l. 7. C. de solut.* Nam compensatio auctoritate legum vim justæ solutionis habet, id est, ejus, quæ facta est volente creditore, atque ipso jure pro soluto est, quoad concurrentes quantitates, ex eo tempore, ex quo utrinque pecunia deberi cœpit, *l. 4. C. de compens. l. 4. l. 11. & seq. ff. eod.* Neq; textus in *l. ult. quib. mod. pign. vel hyp. solv.* ibi enim agitur de debitore ex diversis causis obligato, atq; ex una earum solidũ, quod debet, offerente. Nos vero quærimus de uno debito & ex una causa. In contrarium quoque movit Alciatum, quod scriptum est in fine *§. 1. hoc tit.* id quod debetur, pro parte recte solvi: sed bene vulgo hoc sic accipitur, si creditor ad partis solutionem admittatur: & illud, quod traditur *l. 2. §. 1. de Verb. obl.* quasdam obligationes partium præstationem recipere, nimirum natura sua, ut pars rei in obligationem deductæ præstari & à creditore accipi possit; ad differentiam earum, quæ natura divisionem non admittunt, ad quas hæc disputatio pertinere non potest. Non omnia argumenta Alciati indigent refutatione: ipse textus in *l. quidem 21. de reb. cred.* quo præcipue movetur, nostram potius sententiam juvat: nam cum Jurisconsultus certum tantum casum proponat, quo creditor partem ejus, quod petit, accipere cogitur, nempe cum debitor de reliquo, quod an debeatur, non apparet, paratus sit judicio contendere, hoc ipso satis significat, regulam esse in contrarium. Eademque sententia est *l. 8. si pars hær. pet.* Illud in con- 7
fesso, nec parte à volente creditore accepta semper pro ea parte debitorem liberari; sed conditionem obligationis hic inspiciendam esse. Si obligatio non solum naturâ rei dividua est, sed etiam conditione sua, veluti si res una aut conjunctim plures, quæ divisionem admittunt, promissæ sunt, liberatio pro parte contingit: sin minus, non nisi toto soluto, *l. 9. §. 1. l. si is cui 94. pr. de solut. l. 2. §. 1. de Verb. obl.* Conditione sua divisionem non recipiunt, quamvis alioqui res natura sua dividuas continuant hæ tres; obligatio generis; alternativa; pœnalis: in quibus omnibus placet debitorem partem rei solvendo pro ea parte non liberari, obstante nimirum conditione obligationis. In stipulatione pœnæ hoc aperte efficit ipsa conditio, neque aliud sine manifesta injuria stipulatoris constitui potest, *l. 5. §. ult. de Verb. obl. add. l. in executione 85. eod.* Ex duabus autem prioribus liberum quidem est debitori unam aliquam rem ex promissis solvere, non autem duarum rerum partes, quod alias evenire posset, *d. l. 2. §. 1. d. tit. d. l. 9. §. 1. de solut.* In acceptilatione hoc non metuitur, & ideo etiam in hoc genere pro parte accepto lata liberatio contingit, *l. qui hominem 17. de acceptil. d. l. 2. §. 3. de Verb. obl.* An quod in idem debetur, etiam ante diem recte solvatur, dixi sub §. 2 *sup. de Verb. obl.*

Consentiente creditore] Creditore consentiente 8
etiam res alia pro alia recte solvitur, proficitque reo ad liberationem non minus, quam si eadem res soluta esset, *l. manifesti 17. C. de solut.* nempe creditori contento rem aliam pro debita accepisse satisfactum est. Satisfactio autem certo jure pro solutione cedit, *l. satisfactio 52. de solut.* Enimvero ita demum hic nascitur liberatio, si res soluta in solidum accipientis fiat, ut avocari non possit; alioqui & manet pristina obligatio, & manet pro solido, etiamsi pars tantum evicta fuerit, *l. si quis aliam 46. eod. t.* quod idem juris est in solutione ipsius rei debitæ, quæ propria

pria fuit debitoris, *l. si rem meam 20. l. cum quis 38. §.3. l. qui decem 72. §. pen. eod.*

Nec interest, quis solvat, &c.] Non tantum debitor ipse recte solvit; sed etiam alius pro eo, ut ista solutione non minus liberetur, quam si ipse solvisset, *l. manifesti 17. C. de solut.* Quinimo placet licere

9 cuique pro debitore solvere etiam ignorante eo & invito, *l. solutione 23. l. si pro 40. l. solvere 53. eod.* idque naturalis simul & civilis ratio suasit, per quam licet conditionem alterius, quamvis inviti aut ignorantis, facere meliorem, *l. solvendo 39. de neg. gest. d. l. solvere de solut.* Neque obstat, quod traditur in *l. invito 69. de reg. jur.* invito beneficium non dari. Nam hoc vel ad beneficia, quæ à legibus conceduntur, referendum est, quibus uti nemo cogitur, *l. pen. C. de pact.* Vel eo sensu hoc dictum accipiemus, quo illud Lesbonici apud Plautum in *Trinum, act. 3. scen. 2.*

Nullum beneficium
Esse duco, quod quoi facias, non placet.

Item illa Senecæ 2. *de benef. 19. Non est beneficium accipere cogi: Non est beneficium debere, cui nolis.* Et Theodorici regis apud *Cassiod. lib. 5. epist. 39. Non est defensio, qua præstatur invitis. Suspectum est quod patiuntur nolentes* &c. & alibi: *Non est beneficium, quo l præstatur invitis: nec cuiquam videtur utile, quod adversa voluntate conceditur.* Similiter nec pro beneficio reputandum erit, invitum & repugnantem liberari. Plane, si consideremus animum benefacere volentis, & commodum, quod revera ad alium inde pervenit, non male beneficium etiam illud appellabimus, quod præstatur nolenti & invito. Sic Seneca 5. *de benef. 20. Non est,* inquit, *dubium, quin beneficium sit, etiam invito prodesse.* Idem *lib. 6. c. 23. & 24.* docet, beneficiorum maxima esse, quæ à parentibus accipimus, dum aut nescimus, aut nolumus.

Liberatur enim & alio solvente] Et liberatur non ope exceptionis, sed ipso jure, perinde ac si ipse soluisset, ut ex hoc loco & præcitat. ll. intelligitur: efficitque hoc ipsum etiam manifesta ratio juris: nam cum creditor accipit, quod est in obligatione, necesse est, eam extingui, ipsoque jure liberari debitorem. Nec adversatur *l. 6. in fin. de dol. mal. exc.* alius enim casus ibi proponitur, atque ab eo, de quo hic quæritur, longe diversus, scilicet cum quis alii soluit, quam cui debebat. Igitur ad effectum liberationis, quæ debitori contingit à veteri obligatione, nihil interest, ipse solvat, an alius pro eo: nihil item, utrum alius solvat pro debitore sciente & volente, an pro ignorante, adeoque pro invito & vetante. Ad jus vero repetendi quod attinet, hoc interest, quod ejus, quod pro invito solvi, recuperandi causa nullam actionem habeam; quod solvi pro volente, repetere possim actione mandati; quod pro ignorante, actione negotiorum gestorum, *l. 6. §. 2. l. ex mandato 20. §. 1. l. si pro 40. mand. l. ult. C. de neg. gest.*

Ignorante debitore vel invito] Si quid si creditor 10 hoc casu solutionem ab extraneo obl... m recuset accipere, nonne audiendus erit? Minime quia nihil ejus interest, quis solvat. Et quod jure cuique facere licet, id etiam licet creditori invito. Non cogitur quidem præcise creditor accipere; nam nec ipso quidem debitore offerente cogeretur: sed quod debitor hic facere potest, idem potest & extraneus, pecuniam scilicet oblatam obsignare & deponere, quæ obsignatio pro solutione cedit, *l. 9. Cod de solut.* Plane, si creditoris intersit solutionem ab alio oblatam non recipere, puto recusantem audiendum esse: & ideo, quod quidam existimaverunt etiam emphyteutæ ad evitandam pœnam commissi prodesse solutionem ab alio etiam proprio nomine, quamvis nullo jure obstricto, factam, si forte solvens jus pignoris in re emphyteutica sibi con...tutum conservare velit, (quippe quod resoluto jure emphyteutæ & ipsum evanesceret, *l. ex vectigali 31. de pignor.*) *argum. l. 12. §. 2. vers. non solum, de usufr. & d. l. 31. de pignor.* simpliciter probandum non est; sed tunc demum, ubi dominus ultro eam solutionem admisit: nam si recuset accipere, non dubito; quin id jure faciat; quoniam per solutionem non ex voluntate emphyteutæ factam non recognoscitur dominus, ut oportet, ab ipso emphyteuta, neque potest quisquam conditionem alterius deteriorem facere, *l. solvendo 39. de neg. gest.* Ita sentio cum *D. Tuld. comm. hic, c. 1.* Plane, si res emphyteutica ad tertium pervenerit, qui canonem solvit tanquam emphyteuta, magis est, ut solutio vero emphyteutæ prosit, adi *Jas. in l. 2. C. de jure emph. col. 20. quæst. 25. Tiraqu. de retract. gentil. §. 36. gloss. 2. num. 19. add. D. Bachov. lib. 5. de pign. c. 13. num. 3. & in Treutl. vol. 2. disp. 29. th. 53.*

Qui pro eo intervenerunt] Ut puta fidejussores & mandatores. Sed & reliquæ accessiones liberantur, ut pignora & hypothecæ, *l. in omnibus 43. de solut.* Ratio perspicua est, quia sublata re principali etiam ea, quæ accessionis locum obtinent, intercidere necesse est.

Sed etiam reus] Et igitur eodem quoque modo reus liberatur, solvente fidejussore, quo fidejussor solvente reo, hoc est, ipso itidem jure. De quo genere liberationis hic agitur. Interpretes vulgo id 11 quidem admittunt, cum fidejussor expresse solvere dicit nomine rei: cæterum si solvat simpliciter, quasi suo tum nomine solvere intelligatur, contendunt, reum ipso jure obligatum manere & defendi duntaxat per exceptionem doli mali, ne bis idem creditor consequatur, *arg. l. Papinianus 28. mandat.* Ego vero cum Giphanio & Bachovio fidejussoris & mandatoris

datoris diversam in proposito causam arbitror. Nempe fidejussor ipsam obligationem rei principalis in se suscipit, dum quod alius debet, fide sua esse jubet; ac proinde si solvat fidejussor, ea solutio non potest non intelligi facta ejusdem obligationis nomine, quam idcirco tolli necesse est, & rerum quoque principalem ipso jure liberari, secundum hunc textum. *Ant. Fab. Cod. suo defin. 17. de fidejuss.* Mandati vero alia ratio est: hoc enim nihil commune habet cum contractu creditoris, qui verbi causa meo mandatu pecuniam credidit Titio. Itaque nisi ego expresse nomine Titii solvero, ratio suadet, ut Titius non liberetur ipso jure: quoniam meo nomine ex causa mandati solvisse intelligor: & ideo creditor adhuc actiones suas adversus debitorem mihi præstare & potest & debet, *d. l. 28. mand. l. Stichum 95. §. propen. de solut.* quod secus est, si solutio facta sit à fidejussore, & in solvendo de cedendis actionibus nihil cautum, *l. fidejussoribus 17. l. cum is 36. l. ut fidejussor. 39. de fidejussor. l. Modestinus 76. de solut. cum similibus vid. sup. §. si plures 4. de fidejuss.*

Textus.
De acceptilatione.

1. Item per acceptilationem tollitur obligatio. Est autem acceptilatio imaginaria solutio. Quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id si velit Titius remittere, poterit sic fieri, ut patiatur hæc verba debitorem dicere: Quod ego tibi promisi, habesne acceptum? & *Titius respondeat,* Habeo. *Sed & Græce potest acceptilatio fieri; dummodo sic fiat, ut Latinis verbis solet:* Ἔχεις λαβὼν δηνάρια τόσα; Ἔχω λαβών. *Quo genere (ut diximus) tantum eæ solvuntur obligationes, quæ ex verbis consistunt, non etiam cæteræ. Consentaneum enim visum est, verbis factam obligationem aliis posse verbis dissolvi. Sed & id, quod alia ex causa debetur, potest in stipulationem deduci, & per acceptilationem dissolvi. Sicut etiam quod debetur, pro parte recte solvitur; ita in parte debiti acceptilatio fieri potest.*

Notæ.

1. Per acceptilationem] Quæ est verborum conceptio, quibus creditor; cui verbis quid promissum est, rogatus à debitore, an id, quod ita debetur, acceptum ferat, respondet se acceptum ferre. Definitio Modest. *l. 1. de accept.* obscurior est.

Consentaneum visum est] *l. 80. de solut. l. 35. de reg. jur.* Plane si quod ex alia obligatione debetur, acceptilatum fuerit, proderit id debitori ad exceptionem, *leg. 19. de accept.* Nam inutilis acceptilatio saltim vim pacti habet, *d. l. 8. pr.*

Commentarius.

1 *Explicatur Modestiniana acceptilationis definitio.*
2 *Traditur alia plenior & planior.*
3 *Acceptilationem non videri recte dici speciem stipulationis.*
4 *Solutionis & acceptilationis communia & propria. & n. 7.*
5 *In forma acceptilationis quæ consideranda.*
6 *Materia seu objectum.*

Etiam acceptilatione ipso jure tollitur obligatio. Acceptilatio definitore Modestino, est liberatio per mutuam interrogationem, qua utriusque contingit ab eodem nexu absolutio, *l. 1. de accept.* Sed hæc Jurisconsulti definitio dura plerisque & absurda videtur; neque sane immerito. Nam primum in 1
acceptilatione uterque alterum mutuo non interrogat, sed debitor duntaxat interrogat creditorem; deinde nec uterque per acceptilationem liberatur, sed solus debitor, qui & solus obligatus est. Sunt, qui hanc definitionem Modestini, propter illa verba, *per mutuam interrogationem*, accipiendam existimant non de quavis acceptilatione, sed de ea tantum, quam præcedit novatio & stipulatio Aquiliana; quoniam hæc species sola mutua interrogatione constet, in stipulatione Aquiliana debitor interrogetur, in subsequente acceptilatione vices commuteantur, & interrogetur creditor: nec obstare quod distinctæ sunt species, stipulatio Aquiliana, & acceptilatio, quæ illam perimit: ut enim verbo stipulationis Aquilianæ & acceptilatio, quæ eam sequitur, significatur; *l. 5. l. 15. de transact. l. 3. Cod. eod.* ita acceptilationis verbo plerumque & eam, quæ præcessit, stipulationem adsignificari. Cujac. 5. *obs. 36. Hotom 3. obs. 18.* Cæterum probabilius meo quidem judicio dicemus, Jurisconsultum abusive mutuam interrogationem appellasse, quæ in se quidem una est, sed mutuam habet & subsequentem responsionem, tanquam partem præcedentis interrogationis; ut definitio generaliter concepta, & in exorsu tractationis de acceptilatione

proposita, ad utramque speciem referatur, & tam simplicem, quam eam, quæ fit præposita stipulatione Aquiliana, complectatur. Quod autem Modestinus ait, per acceptilationem contingere utriusque ab eodem nexu absolutionem, id non passive in persona utriusque accipi debet, sed passive in persona debitoris, active in persona creditoris; ut hæc sit sententia, acceptilatio est liberatio, qua debitor absolvitur, & creditor absolvit, ab eodem nexu, quo debitor nectitur, & creditor nectit. Plena & magis perspicua definitio hæc est, Acceptilatio est verborum conceptio, quibus creditor, cui verbis quid promissum est, rogatus à debitore an id, quod ita debetur, acceptum ferat, respondet, sese acceptum ferre liberandi ejus causa. Est verborum conceptio, quoniam verbis transigitur; id est, interrogatione & responsione certis verbis conceptis, quæ liberationi conveniant, *l. 1. C. de accept.* qualia veteribus promiscue usurpata sunt hæc, *acceptum ferre, acceptum facere, acceptum habere*, *l. 6. l. 7. l. 13. §. 1. & deinceps*, §§. *& ll. seqq. eod.* Hinc autem intelligimus, acceptilationem non fieri nudo consensu: fieri autem ac liberare sine solutione. In quo differt ab apocha, quæ debitorem non liberat, nisi pecunia verè soluta sit, *l. si accepto 19. §. 1. eod.* Reliqua definitionis materiam & finem indicant, removentque hinc stipulationem, quæ quidem & ipsa verborum conceptio est, sed ad obligandum, non ad liberandum, comparata. Scio, nonnullos acceptilationem speciem facere stipulationis, quibus stipulatio duplex est, una obligatoria, altera liberatoria. (D. Tuldenus dissolutoriam vocat) argum. *l. si unus 27. §. 2. de pact.* Sed neque veterum usui, neque fini stipulationis, neque notationi verbi convenit, distractum nomine stipulationis appellare: & verba hæc Jurisconsulti *in d. l. 27. §. 2. Sicut tollitur stipulatio per stipulationem*, non sunt accipienda de acceptilatione, sed de stipulatione novandi causa interposita. Addit enim, *Si hoc actum est*. Quæ verba auctores nostri usurpare solent, cum de novatione, non cum de acceptilatione tractant, *l. 2. l. 6. & pass. de novat.* ita & *D. Cujac. in d. l. 27. §. 2. de pact.*

4 *Imaginaria solutio*] Solutio naturaliter obligationem resolvit; acceptilatio civiliter, *l. pen. de solut.* nam in solutione debitor aliquid re ipsa & actu præstat, in acceptilatione nihil: sed tamen quasi præstiterit, liberatur, & acceptilatio solutioni comparatur, *l. 7. §. 1. de lib. leg.* adeoque imaginem solutionis gerit: nam qui accepto fert, ita debitorem liberat, quasi sibi solutum esset: unde acceptilatio exemplo solutionis liberare dicitur, *l. 5. de accept.* & veluti solvisse videri, cui accepto latum est, *l. 16. eod.* Pertinet autem hæc comparatio ad effectum liberationis, non ad potestatem liberandi. Etenim in solutum accipiendo tam extraneus quivis, qui modo potestate creditoris in eo utatur, quam ipse creditor, debitorem liberat, *l. 12. l. 14. §. 1. de solut.* & contra debitor liberatur, non modo si ipse solvat, sed etiam si quivis alius pro eo, quamvis ignorante & invito, ut dictum *pr. hujus tit.* At vero acceptilatione nemo debitorem liberare potest, præterquam ipse creditor, nemo liberari, nisi ipse debitor per se: adeo ut nec pupillus per tutorem, nec dominus per procuratorem, licet interposito speciali mandato, liberentur aut liberent, *l. 13. l. tutor. 10. l. pen. de acceptil.* quoniam scilicet actus legitimi solennitas per alium peragi non potest, *l. nemo 123. junct. l. actus 77. de reg. jur.* Atenim quo recta nequit, eo obliqua via pervenitur adhibito remedio novationis. Videlicet ut tutor pupilli, aut procurator, speciale mandatum habens, domini obligationem novatione in se transferant, translatamque deinde suo nomine acceptam ferant aut rogent, *d. l. 13. §. tutor.* & cave aliud colligas ex *l. 3. eod. Cujac. 15. obs. 16.*

Græce potest fieri] Forma acceptilationis est illa, 5 quam supra exposui, verborum conceptio, ad liberandum comparata. Itaque & verba intervenire necesse est, & talia, quæ liberationi conveniant. Et olim quidem hic actus, ut pote civilis & legitimus, civilibus duntaxat & legitimus verbis, ac proinde non nisi Latinis, explicari potuit: sed postquam utilitatis causa receptum fuit, ut acceptilatio etiam cum peregrinis & juris civilis incapacibus recte interponeretur, illud quoque admittendum fuit, ut interponi posset etiam peregrina lingua. Quod significat Ulpianus *l. 8. §. ult. de accept.* Ubi ait, *hoc jure nos uti, ut juris gentium sit acceptilatio*, id est, ut etiam ii, qui cives non sunt, accepto rogent & ferant: Unde mox, *& ideo puto*, inquit, *& Græce posse acceptum fieri* ducens hoc consequens ab illo antecedente. Atque hoc in acceptilatione haud dubie exemplo stipulationis inductum, quæ & ipsa antea Latinis tantum verbis concipiebatur: sed usu ejus peregrinis communicato, obtinuit, ut etiam lingua peregrina, id est, quavis alia, quam Latina, fieri posset; dummodo sensus congrueret, & uterque vel per se vel per verum interpretem linguam intelligeret, *l. 1. §. ult. de verb. obl. §. 1. sup. eod.* In forma acceptilationis illud observandum, ne concipiatur in diem aut sub conditione, alioqui nullius momenti erit. Quippe quæ exemplo solutionis liberare solet, *l. 4. & l. 5. de accept.* & actus est legitimus, cujus generis actus per temporis vel conditionis adjectionem vitiantur, *l. actus 77. de reg. jur.* Plane quod in diem aut sub conditione debetur, pure acceptum ferri potest, quamvis eadem illa huic acceptilationi tacite insint, ac proinde non prius valeat, quam si conditio extiterit aut dies venerit. Sed novum non est, ut ea non expressa non noceant, quæ aperte

aperte comprehensa vitium afferunt, *l. 12. de accept. d. l. actus 77. de reg. jur. l. expressa 195. eod.* Eleganter hæc explicat D. Brissonius *lib. 2. de solut. tit. de acceptil.*

6 *Quæ verbis consistunt, non etiam cætera*] Materia sive res, quæ in acceptilationem deduci potest, est debitum verbis antea contractum. Primum ut valeat acceptilatio, debitum esse oportet, quod acceptum rogatur & fertur: si aliud, quam quod debetur & revera est in obligatione, acceptum rogatum aut latum fuerit, acceptilatio inutilis est, nec inde liberatio nascitur, *l. 6. in fin. l. 13. §. 2. & §. eum qui 5. eod.* & hoc est, quod definitur in *l. 14. eod.* nisi consentiat acceptilatio cum obligatione, & nisi verum sit, quod in acceptilatione demonstratur, imperfectam esse liberationem; videlicet propter defectum materiæ, cui acceptilatio seu liberatio applicetur: de quo vid. *D. Joan. Wames. cent. 1. consf. 73. n. 13.* Præter debitum autem si quid amplius adjiciatur, non vitiatur quidem acceptilatio, sed adjectum nullius est momenti, *l. 13. eod.* Secundo id debitum solum acceptilatione perimi potest, quod verbis contractum est, non alia obligatio: siquidem naturæ convenit, eodem genere unumquodque dissolvi, quo colligatum est: & ideo cum acceptilatio verbis conficiatur, consentaneum, solas verborum obligationes acceptilatione posse tolli, *l. 8. §. 3. eod. l. nihil. 35. de reg. jur. l. prout 80. de solut.* Plane, si, quod ex alia obligatione debetur, accepto latum fuerit, etsi hoc debitori ipso jure ad liberationem non proficit, pacti tamen conventi vel doli mali exceptione se tueri poterit, *l. si acceptilatio 19. de accept.* nam inutilem acceptilationem saltem vim pacti habere placuit, nisi quid aliud impediat, *l. 8. pr. eod.*

Quod ex alia causa debetur, potest in stipulat. deduci] Etsi debita, quæ non ex verborum obligatione veniunt, acceptilatione directo tolli nequeũt, obliquè tamen possunt, remedio novationis & stipulationis Aquilianæ, per quam in verborum obligationem prius convertantur, ut obligatio jam verbis constans mox verbis itidem dissolvatur: de quo mox plura.

Pro parte recte solvitur] Intellige, consentiente creditore; qua de re abunde dictum in exegesi *pr. hujus tit.*

7 *Pro parte debiti acceptilatio fieri*] Dum debitum sit, totum an pars accepto feratur, ad acceptilationem nihil interest, *l. 9. l. 10. l. 13. §. 2. de accept.* & pro parte accepto lata contingit liberatio, quamvis alias obligatio conditione sua divisionem non admittat, *l. qui hominem 17. eod.* quod in solutione contra est, *l. 2. §. 1. de verb. obl. l. 9. §. 1. de solut.* discriminis rationem superius indicavi. Illud monere plane supervacuum est, si res in stipulationem deducta natura sua divisionem non recipiat, veluti servitus prædii, acceptilationem in partem nullius esse momenti, *d. l. 13. §. 1. de acceptil.*

Textus.

De Aquiliana stipulatione & acceptilatione.

2. *Est autem prodita stipulatio, quæ vulgo Aquiliana appellatur, per quam contingit, ut omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur, & ea per acceptilationem tollatur. Stipulatio enim Aquiliana renovat omnes obligationes, & à Gallo Aquilio ita composita est;* Quicquid te mihi ex quacunque causa dare facere oportet oportebitve, præsens in diemve, aut sub conditione: quarumcunque rerum mihi tecum actio est, quæque adversus te petitio, vel adversus te persecutio est eritve; quodve tu meum habes, tenes, possides, dolove malo fecisti, quo minus possideas: quanti quæque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Nigidius. Quod Numerius Nigidius Aulo Agerio spopondit, id haberetne à se acceptum Numerius Nigidius Aulum Agerium rogavit. Aulus Agerius Numerio Nigidio acceptum fecit.

Commentarius.

C. Aquilius Gallius, homo Jurisconsultissimus, cujus in formulis concipiendis singularis quædam prudentia extitit, ut constat ex ea de dolo malo, quam Cicero *3. offic.* everriculum omnium malitiarum appellat, & ea de posthumo nepote, vivo adhuc filio, hærede instituendo, *l. Gallus 29. de lib. & posth.* stipulationis formulam prodidit, in quam quæ non verbis contractæ essent obligationes translatæ, acceptilatione deinde perimerentur: quæ stipulatio ab Auctore suo Aquiliana dicta est.

Renovat omnes obligationes] Et sic via est ac ratio, per quam usus acceptilationis, per se alioqui angustus

gustus, & intra verborum obligationes consistens, dilatetur. Stipulationis Aquilianæ frequens olim usus fuit in transactionibus, *l. 2. l. 4. l. 5. l. 15. de transact. l. 3. l. 4. C. eod.* Apud nos autem supervacua est: quoniam moribus hodiernis, ut alibi diximus, stipulationum solennitas exolevit, pactaque nuda eandem vim habent, quam stipulatio.

Ita composita est] Exhibetur hic ex Florentino *l. 18. §. 1. hoc tit.* formula stipulationis novantis, uti ea ab Aquilio concepta est: sic autem est concepta, ut nobis præbeat certissimum anxiæ veterum in cautionibus componendis diligentiæ argumentum, in qua ne quid omissum videretur, multa ex abundanti sunt adjecta. Verba obiter excutiemus.

Quicquid te mihi ex quacunque causa] Causa negotium significat & obligationem, latiusque patet contractu: nam & ad eas obligationum species pertinet, quæ ex maleficio vel quasi ex maleficio proficiscuntur, *l. 9. de reb. cred.*

Dare facere] Sine conjunctione hæc proferri solent, ut pleraque alia, veluti *uti frui, ire agere, dare legare,* &c. innuunt autem, omnem obligationem vel in dando vel in faciendo consistere.

Oportet oportebitve, præsens, in diemve, aut sub conditione] Verbo *oportet* præsens tantum debitum demonstratur, *l. si stipulatus 76. §. 1. de verb. oblig.* verbo *oportebit* etiam quod in diem aut sub conditione debetur; utrumque enim comprehendit, *l. 8. de verb. sign.* Hoc autem verbum *oportet* non ad facultatem judicis, qui potest vel pluris vel minoris condemnare, sed ad veritatem refertur, *l. 37. de verb. sign.*

Tecum actio, petitio, persecutio] Actio in personam est, petitio in rem, persecutio ad extraordinarias magistratuum cognitiones pertinet, *l. pecunia 178. §. 2. de verb. sign.* Sensus ergo est, quicquid actione in personam consequi, vel vendicare, vel magistratu cognoscente extra ordinem persequi potes.

Quodve tu meum habes] Hæc abundant: ex superioribus enim satis intelligi poterant, cum suum cujusque sit, cujus vendicandi jus habet, *l. Quintus 27. §. 2. de aur. arg. leg.*

Habes, tenes, possides?] Tenere ad factum refertur, possidere etiam ad jus. Habere dicimur & jure dominii & jure possessionis & mera detentione, *l. habere 188. de verb. sign. l. stipulatio 38. §. hac quoque 7. & 2. seqq. de verb. obl.* quanquam hæc distinctio non est perpetua.

Dolove malo fecisti, &c.] Dolus enim pro possessione est, semperque possidere intelligitur, qui dolo fecit quo minus possideat, *l. parem 130. l. ad ea 175. §. 1. de reg. jur.* Cætera per se satis plana sunt.

TEXTUS.
De novatione.

3. Præterea novatione tollitur obligatio; veluti si id, quod tibi Sejus debebat, à Titio stipulatus sis. Nam interventu novæ personæ nova nascitur obligatio, & prima tollitur, translata in posteriorem: adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollatur: veluti si id, quod tu Titio debes, à pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuerit. Quo casu res amittitur. Nam & prior debitor liberatur, & posterior obligatio nulla est. Non idem juris est, si à servo quis fuerit stipulatus: nam tunc prior perinde obligatus manet, ac si postea nullus stipulatus fuisset. Sed si eadem persona sit, à qua postea stipuleris, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit, forte si conditio aut dies aut fidejussor adjiciatur aut detrahatur. Quod autem diximus, si conditio adjiciatur, novationem fieri, sic intelligi oportet, ut ita dicamus factam novationem, si conditio extiterit: alioqui si defecerit, durat prior obligatio. Sed cum hoc quidem inter veteres constabat, tunc fieri novationem, cum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat, per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri, & quasdam de hoc præsumtiones alii in aliis casibus introducebant, ideo nostra processit constitutio, quæ apertissime definivit, tunc solum novationem prioris obligationis fieri, quoties hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt: alioqui

& ma-

& manere pristinam obligationem, & secundam ei accedere, ut maneat ex utraq; causa obligatio, secundum nostræ constitutionis definitionem, quam licet ex ipsius lectione apertius cognoscere.

NOTÆ.

3. NOVATIONE TOLLITUR OBLIGATIO] Sed ita, ut in locum sublatæ nova substituatur, *l. 1. de novat.* Fit autem hæc conversio verbis seu stipulatione, *d. l. 1 §. 1. l. 2. l. 5. & pass. eod.*

INUTILIS SIT] Non ratione formæ, sed effectus, ut exemplum subjectum declarat. Eadem ratione si expromissor non sit solvendo, prior tamen obligatio tollitur; etiam in casu delegationis: quia bonum nomen facit creditor admittens delegatum, *l. 26. §. 2. mand.*

COMMENTARIUS.

1 *In novatione quæ necessaria, & an aliter, quam per stipulationem præcedens obligatio novetur.*
2 *Veræ novationis effectus.*
3 *Quot modis novatio fiat: ubi & de delegatione.*
4 *De novatione, quæ fit per litis contestationem: & quantum hæc differat à vera & voluntaria.*
5 *Quis effectus, si quis quod alius debet, à pupillo stipuletur sine tutoris auctoritate: & cur diversum si à servo.*
6 *Si ab eodem debitore quis stipuletur, quando novatio fieri intelligatur.*
7 *Quid novi juris à Justiniano constitutum circa novationem: ubi multa notabilia.*

NOvatione quoque ipso jure obligatio tollitur; sed ita, ut in locum sublatæ alia nova substituatur: est enim novatio, prioris debiti in aliam obligationem conversio, *l. 1. de novat.* Fit hæc conversio verbis seu stipulatione, *d. l. 1. §. 1. l. 2. l. 5. 6. 7. l. 11. & pass. eod. l. 1. l. 3. l. 7. l. ult. C. eod. l. 6. C. si cert.*
1 *pet.* Ac proinde in novatione hæc sunt necessaria; obligatio vetus, obligatio nova, & stipulatio, per quam illa in hanc transferatur. Vetus obligatio, qualiscunque est, aut quomodocunque contracta, verbis novari potest, *l. 1. l. 2. de novat.* nec metuendum hic est ne obstet regula juris de dissolvendis obligationibus, *l. nihil 35. de reg. jur.* Nam in novatione solutio quædam est, & quasi naturalis præstatio, *l. 8. §. 1. ff. ad Sct. Vell.* qualis est, cum pro eo, quod debetur, præstatur aliud volenti creditori, *l. 17. C. de solut.* Nova quæ constituitur obligatio utrum civiliter teneat, an naturaliter, ad novationem nihil interest, *d. l. 1. in fin. de novat.* de quo pluscula in explicatione textus. Stipulationem cum exigimus, hoc significamus, sola stipulatione præcedentes obligationes novari, non etiam nudis pactis, ac ne contractu quidem alio, veluti mandato, ut ex memoratis textibus apparet, & bene post alios defendit *Gædd. de contr. stip. c. 5. concl. 8. n. 90. & seqq.* adversus Bartolum in *d. l. 1.* in contrarium adducentem *l. si mandatu 45. §. ult. mand.* Tantum in contractibus, quæ solo consensu perficiuntur, hoc accidit, ut & nudus consensus contractum dissolvat, & alium ejusdem generis constituat, *l. 7. §. adeo, de pact. l. pacta 72. de contr. emt.* Hodie sane etiam simplicibus pactis novationes fieri solent, adeoque frequentius, quam per stipulationem, utpote cujus solennitas pene exolevit, uti post DD. in *l. singularia 15. de reb. cred.* tradunt *VVesemb. hic, Gudelin. lib. 3. de jur. noviss. c. 12.* Præter hæc & animus novandi exigitur; nec enim aliter fit novatio, quam si hoc agatur, ut prior obligatio novetur, *l. 2. in fin. l. 6. l. 8. §. 2. & ult. l. 28. de novat. l. 3. C. eod.* de quo item fusius postea. Effectus novationis est, ut nova obligatione constituta, 2
ut prior perimatur, *d. l. 1. eod.* quæ res facit, ut etiam incommoda omnia, quæ prioris obligationis fuerunt, simul evanescant, qualia sunt hæc: mora facta periculum interitus rei debitæ; pœna veteri obligatione promissa; usuræ ex eadem causa debitæ, privilegium, quod prioris actionis fuit; pignora denique & fidejussores, *l. 8. l. si creditor. 15. l. novatione, 18. l. emptor. 27. l. aliam. 29. de novat. l. in omnibus 43. de solut.* Planè, si pignora prioris obligationis in novatione repetita fuerint, placet creditori manere ordinem & prærogativam temporis, ut in his præferatur posteriori creditori, id est, cui eadem pignora postea, licet ante novationem, obligata sunt, *l. 3 qui pot. in pign.* & ibi *Bart. Mynf. 1. obs. 59 Gail. 2. obs. 30. n. 10.* Potest autem novatio dupliciter fieri; vel 3
manente eodem debitore; vel persona debitoris mutata: priore casu novi aliquid adjici debet, ut novatio facta intelligatur, *hoc text. vers. Sed si eadem persona:* posteriore novatio fit, quoties liberato priore debitore alius, qui expromissor appellari solet, ut notatum sub *tit. de fidejuss.* locum ejus subit; veluti si Titius novationis causa promittat Sempronio, quod ei Sejus debet; sive id sua sponte Titius faciat, & vel ignorante vel nolente debitore; *l. 8. in fin. de novat.* sive debitoris mandatu, quæ species novationis delegatio dicitur per metonymiam causæ, siquidem delegare hic est vice sua alium reum dare creditori, *l. 11. eod.* quæ delegatio inter delegantem quidem & delegatum nudo consensu fit, *l. delegare.*

legare.17. eod. sed non perficitur, id est novatio debiti non fit, nisi stipulanti creditori is, qui delegatus est, promiserit, *l. 1. C. eod. Gail. 2. obs. 30. n. 8. Christin. Vol. 4. decis. 180. num. 4. & 5. D. Tulden. comm. hic. c. 8.*
4 Porro sciendum est, agi hoc loco de novatione, cui hoc nomen per excellentiam & absolutè tribuitur. Est vero præter hanc, quæ stipulatione fit, & alia, quam inducit litis contestatio, *d. l. 11. §. 1. l. aliam. 29. eod. l. 3. C. de usur. rei jud.* nam & judicio contrahitur, & velut nova inducitur obligatio judicati, *l. 3. §. idem scribit. 11. de pecul.* Atque hæc quoque fit vel manente eodem reo, puta si ille ipse litem contestetur & suo nomine suscipiat, vel persona rei mutata, si alius pro reo judicium accipiat, sive mandatu illius, quæ species est delegationis, *d. l. 11. §. 1. de novat.* sive reo ignorante aut etiam nolente, *l. solutione 23. de solut.* Cæterum hæc species novationis superiori longè dissimilis, & secundum quid tantum dicitur novatio fieri per litis contestationem, quatenus scilicet actio in judicium deducta novas quasdam assumit qualitates; veluti quod quæ tempore aut morte peritura fuisset, judicio inclusa salva manet, & ad hæredes transmittitur, *l. omnes 26. de obl. & act. §. 1. inf. de perp. & temp. act.* & quia reo condemnato nova accedit actio judicati, priore multo utilior, *l. post rem. 56. de re jud. l. 3. C. de usur. rei jud.* At enimvero per litis contestationem vel sententiam vetus actio non consumitur: per *text. in l. fidejussores 41. §. 1. de fidejuss. l. qui servum 20. de interr. in jur. l. 2. C. de judic. arg. l. qui jurasse 26. §. ult. l. 27. l. 28. §. 1. de jurejur. junct. l. eum qui 30. in pr. eod. junct. l. 2. eod. l. 8. C. de reb. cred. & d. l. post rem. de re jud.* Et hinc est, quod commoda quoque prioris actionis creditori salva manent, *l. 8. §. 3. de fidejuss. l. 13. §. 4. de pign. l. aliam 29. de novat. fac. l. non solet. 86. & seq. de reg. jur. Christin. Vol. 4. decis. 180. n. 2.* Interpretes vulgo has novationis species sic distinguunt, ut eam, quæ per stipulationem fit, voluntariam appellent, quæ judicio accepto, necessariam: cujus distinctionis fundamentum est in *d. l. aliam 29. de novat.*

Interventu novæ personæ] Non quæ alienæ obligationi accedat adpromittendo; sed quæ alienam obligationem in se transferat expromittendo. Per adstipulationem & adpromissionem fidejussor intervenit; novatio per exstipulationem & expromissionem: unde per hanc prior obligatio extinguitur.

Licet posterior stipulatio inutilis] Non ratione formæ, sed effectus, ut exemplum subjectum declarat. Similiter etsi expromissor non sit solvendo: præcedens tamen obligatio tollitur, etiam in casu delegationis: quoniam, ut ait Paulus, bonum nomen promissoris fecisse videtur creditor, qui admisit debitorem delegatum, *l. inter. 26. §. 2. mandat.*

A pupillo sine tutoris auctoritate] Pupillum sine tutoris auctoritate cōtrahentem non obligari jure civili, nisi in quantum factus est locupletior, constat, 5
l. 5. l. 9. de auct. tut. Attamen si ejus ætatis sit, ut intelligat quod agitur, naturaliter saltem obligatur, ut demonstravimus *sup. ad §. pupillus 9. de inut. stip.* & ideo, quod huic consequens est, si pupillus sine tutoris auctoritate, quod alius debet, stipulanti creditori novandi animo promiserit, prior obligatio jure novationis tollitur translata in posteriorem naturalem: quippe sufficit ad novationem, quod posterior obligatio vel naturaliter teneat, *l. 1. in pr. & §. 1. de novat.* Neque est contrarium, quod Paulus scribit in *l. novare 20. §. 1. eod.* pupillum sine tutoris auctoritate non posse novare: neque enim hoc nos dicimus, posse pupillum, quod sibi ex aliqua causa debetur, in aliam obligationem absque tutoris auctoritate transferre, atque ita fortè conditionem suam facere deteriorem; quod negat Paul. *d. loco:* sed hoc, pupillo sine tutoris auctoritate expromittente novari obligationem alienam eo effectu, ut prior debitor liberetur; quamvis sequens pupilli obligatio creditori inutilis sit, quia ad agendum inefficax: nimirum sibi imputare creditor debet, quod alienam obligationem in pupillum transtulerit, quem sciebat aut scire debebat, non aliter ex contractu civiliter obligari, quam interposita tutoris auctoritate, per *l. qui cum alio. 19. de reg. jur.*

Et posterior obligatio nulla est] Non simpliciter nulla: nam utique naturaliter tenet, *l. 1. in fin. de novat.* sed nulla dicitur, tum quia ad agendum inutilis, tum quia ne naturalis quidem obligationis effecta habet, quæ quidem pupillo nocere possint; qualia sunt, jus compensandi, soluti retinendi; quo etiam intuitu, quod pupillus sine auctoritate tutoris promisit, ne natura quidem deberi interdum dicitur: *l. quod pupillus 41. de cond. ind.* quamvis revera naturaliter debeatur, & incommoda ejus obligationis ad alios pertineant: qua de re uberius sub *§. pupillus de inut. stip.* Quod si nulla hic succederet obligatio, nulla etiam intelligeretur novatio fieri, sed prior obligatio maneret in suo statu, *d. l. 1 per tot.*

Non idem juris est, si à servo] Non quia servus ex contractu suo, si consensum spectemus, non obligetur naturaliter, *l. 13. de cond. ind. l. 14. de obl. & act.* sed quia jure civili non est idoneus expromissor, & omnino novationis, extra causam peculiarem, incapax, *l. 30. §. 1. de pact. l. ult. h. t.* Sunt enim quædam causæ, quas jus civile ita in servo improbat, ut si cum eo intervenerit, ne intervenisse quidem videantur; ac proinde nec dominum obligent de peculio, & pecunia ex his causis soluta repeti possit: cujusmodi sunt: si servus pro libero se gerens judicio conventus & condemnatus sit; si in arbitrium compromiserit; *l. 3. §.*

l. 3. §. si servus 8. de pecul. si cum conveniretur, jus jurandum adversario detulerit; *l. 5. §. 2. d. tit.* si pro aliofidejusserit rem peculiarem non gerens; *l. 3. si filiusfa. 5. eod. tit. l. servus 19. & seq. de fidejuss.* & denique si expromiserit, aut alias obligationem non peculiarem novaverit, *l. in persona. 30. §. 1. de pact. l. ult. de novat.* Quinetiam quibusdam visum est, nec peculiarem obligationem servum novare posse, extra quam si liberam habeat peculii administrationem, ac ne tunc quidem expromissorem accipiendo debitorem peculiarem liberare: quæ sententia probari videtur *l. ult. de novat. junct. l. servus 16. eod. l. fugitivus 19. de solut.* & facit *l. servus 20. cum l. seq. de jurejur.*

6 *Si eadem persona sit, à qua postea stipuleris, &c.*] Sententia hujus loci hæc esse videtur, si idem debitor sit, à quo postea stipuleris, & præcedens obligatio verbis quoque contracta, non aliter novationem fieri, quam si posteriore stipulatione aliquid novi comprehensum fuerit, conditio, aut dies, aut fidejussor adjectus, detractusve. Nam neque si alia persona intervenerit, hoc desideratur, neque si debitum prius ex alia causa descendat; quantumvis cum eodem debitore stipulatio postea fit, modo animus novandi adsit. Neque enim dubito, quin si decem à te stipulatus sim, quæ mihi verbi gratia ex causa mutui debebas, & tu promiseris, obligatio ex numeratione nata novetur & transferatur in obligationem verborum; utique si de jure veteri quæratur, *arg. l. 6. & l. 7. de novat.*

Si conditio aut dies] Stipulatio etiam novationis causa non tantum purè, verum etiam sub conditione aut in diem concipi potest. Potest & quod sub conditione aut in diem debetur, purè novandi causa promitti; quo effectu, docebunt textus in *l. 5. l. 8. §. 1. l. quoties 14. per tot. l. novatio 24. l. si rem 31. de novat. l. Julian. 60. §. 1. de cond. ind.* Late & eleganter D. Brissonius *lib. 2. de solut. tit. de nov.*

Dubium erat, quando novandi animo] In omni quidem novatione etiam jure veteri animus novandi requirebatur, id est, nulla intelligebatur novatio fieri, nisi id actum esset, ut præcedens obligatio novaretur, *l. 2. in fin. l. 8. pr. §. 2. & ult. l. fundum 28. de novat. l. 3. C. eod.* Cæterum dubium erat, quando id actum videretur, & novandi animo in secundam obligationem itum; quo in dubio veteres decurrebant ad conjecturas & præsumptiones: si nihil erat, ex quo animus novandi colligi posset, expressam requirebant conventionem, *l. si usumfructum 58. de verb. oblig. vid. D. Ant. Fab. 3. conj. 3* Justinian. vero, ut materiam litium præcideret, in universum definivit, non aliter novationem prioris obligationis fieri, quam si hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, si novandi animo & prioris obligationis tollendæ causa posteriorem interponere: alioqui & manere pristinam obligationem, & secundam ei accedere, *l. ult. C. de novat.* quæ est illa constitutio, cujus hic meminit. Nihilominus tamen plerique adhuc admittendum censent, ut ex conjecturis urgentibus & manifestis novatio inducatur, utique si non ipso jure, saltem per exceptionem: eaque sententia, licet verba constitutionis refragari videantur, multis in locis recepta est, ut rationi consentanea. Quid enim, si posterior obligatio quadam repugnantia elidat priorem? & potius est, ut dicamus, Justinianum eas duntaxat conjecturas tollere voluisse, quas in universum veteres constituerant: quod genus sæpè fallit, *vid. Gail. 2. obs. 30. num. 1. & seqq. Christin. vol. 4. decis. 180. num. 9. & seqq. Tulden. comm. hic cap. 7.* ubi etiam testatur, legem illam Justiniani in Gallia usu abrogatam esse. Bartolus quoque in *l. delegare 11. de novat.* existimat, eam non pertinere ad delegationem; quem sequuntur *Zas. in l. 15. num. 11. de reb. cred. Gail. d. loc. num. 9. VVesemb. parat. de novat. num. 8. Curia Holland. dec. 38.* Et sane illa legis verba, *vel aliam personam adhibuerit, vel mutaverit.* commodè de persona fidejussoris explicari possunt, *add. Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 29. thes. 6.*

Ut maneat ex utraque causa obligatio] Sicut jure veteri ubi novandi animus non intervenerat, duæ obligationes censebantur, *l. 2. in fin. de novat.* Cujus rei effectus est, quod creditor ex utraque obligatione agere possit; & quod in una deest, per aliam suppleatur: item quod etsi posteriori obligationi adjecti sint novi fidejussores, non ob id tamen liberentur, qui pro priore intervenerant. *Gail. d. loc. n. 5. & 6.* Plane si ex una obligatione solutum erit, altera quoque continuo tolletur, quia sunt obligationes unius rei, *l. 8. §. ult. de novat.*

TEXTUS.

De contrario censensu.

4. Hoc amplius eæ obligationes, quæ consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur. Nam si Titius & Sejus inter se consenserint, ut fundum Tusculanum emptum Sejus haberet centum aureis; deinde re nondum sequuta (id est, neque pretio soluto, neque fundo tradito) placuerit inter eos, ut discederetur ab ea emptione & venditione, invicem liberantur. Idem est in conductione & locatione, & in omnibus contractibus, qui

ex

ex consensu descendunt, sicut jam dictum est.

NOTA.

Re nondum secuta] Id est, si nihil dum præstitum sit eorum, quæ ex contractu præstari debent: Neque enim ut retro tradatur, quod jam datum est, nudo pacto obligatio cōstitui potest, *d. l. 58. in fin. de pact.* Vide infr. comment.

COMMENTARIUS.

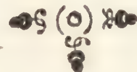
1 *Omnem naturalem obligationem ipso jure tolli nudo consensu.*

2 *Eodem modo re integra tolli & civiles nudi consensus, & honorarium pignoris.*

Quætam obligationes ipso jure dissolvuntur solo & nudo partium consensu. Quo in genere
1 est omnis obligatio naturalis, tum civiles eæ, quæ solo consensu constant. De naturali obligatione traditum est, eam justo pacto ipso jure tolli, *l. Stichum. 95. §. naturalis 4. de solut.* quod nihil aliud est, quam tolli nudo consensu. Justum enim pactum, sicuti justam conventionem dicimus, quod æquum est, atque honestum, nec improbatum legibus, nudum tamen, *l. pactum 40. §. 1. l. epistolas 52. §. 2. de pact.* Et hoc consentaneum est regulæ juris traditæ *l. nihil tam naturale 35. de reg. jur.* Quamvis enim naturalis obligatio etiam ex aliis causis, quam consensu nascatur, solo tamen æquitatis vinculo sustinetur, quod contrariæ conventionis æquitate dissolvitur, *d. l. Stichum §. 4. de solut.* Non adversatur *l. si unus 27. §. 2. de pact.* quoniam ibi non quæritur de nuda naturali obligatione per pactum tollenda, sed de pacto priore, quo exceptio quæsita erat, per posterius elidendo, quo redeat prima conditio & status obligationis, actionique vis pristina restituatur, *vid. inf. sub tit. de replicat. in pr.* De civilibus nudi consensus
2 obligationibus constans definitio est, eas omnes, ut nudo consensu contrahuntur, ita & contrario eodem nudo consensu dissolvi, *l. 3. l. 5. §. 1. de resc. vend.* dummodo rebus integris à contractu abeatur, *l. 7. §. adeo 6. l. ab emptione 58. de pact. l. 1. l. 2. C. quand. lic. ab empt. disc.* in quo & ipso regulam naturæ de tollendis obligationibus veteres secuti sunt, *l. prout. 80. de solut. d. l. 35. de reg. jur.* Nam etsi hujus etiam generis contractus obligationem civilem, id est, efficacem ad agendum producunt, quæ videatur pacto ipso jure tolli non posse: tamen quia obligatio ista nudo & mero consensu constat, totaque est ex jure gentium, utpote à jure civili præter approbationem nihil habens, quod extrinsecum quid est & accidentarium; ideo sublato hoc consensu per pactum sive voluntatem contrariam, tota obligationis substantia evanescit, ut nihil amplius supersit, in quo actio fundetur; eadem videlicet ratione, qua nulla subesse obligatio intelligitur, si res tradita in contractu reali animo recedendi reddita fuerit. Et secundum hæc rectè defenditur etiam, obligationem pignoris, quæ jure prætorio constituitur nuda conventione, *l. 1. de pignor. act.* contraria eaque nuda conventione ipso jure dissolvi, licet obstare videatur *l. si tibi. 17. §. 2. de pact.* sed ea loquitur de pacto, quo remittitur debitum principale, non de eo, quod directo tendit ad dissolutionem pignoris, *vid. Neguz. tract. de pign. part. 6. memb. 3. n. 3. Bachov. lib. 5. de pign. cap. 6. & in comm. ad tit. de pact. c. de pact. resolut.* De furto & injuriis lex 12. tabularum pacisci permisit: quæ causa est, quod actiones quoque furti & injuriarum per pactum ipso jure tolluntur, *d. l. si tibi. §. 1. de pact. junct. l. 6. l. 7. §. si paciscar. 14. in fin. eod.*

Contraria voluntate] Id est, contraria conventione, seu utriusque partis consensu, *l. 1. Cod. quand. lic. ab empt. disc.* unius enim voluntas ad dissolvendam obligationem non valet, *l. 5. C. de obligat. & act. l. 3. Cod. de resc. vend.* utique jure communi: nam quod mandatum & societas etiam unius voluntate dissolvantur, id proprio quodam jure in his contractibus receptum est, ut suis locis demonstravimus.

Re nondum sequuta] *L. 7. §. adeo. 6. de pact. l. 3. l. 5. §. 1. de resc. vend.* quod alibi dicitur, re adhuc integra, *l. ab emptione 58. de pact. l. 1. & l. 2. Cod. quand. lib. ab. empt. disc.* id est, si nihil dum præstitum sit eorum, quæ ex contractu præstari debent; veluti in exemplo proposito, si neque res à venditore tradita, neque pretium ab emptore solutum sit. Nam si quid horum intervenerit, consensu amplius negotium resolvi nequit, nisi simul restituantur, quæ prius tradita erant: neque enim ut retro tradantur nudo pacto, obligatio constitui potest, *d. l. ab. emptione in fin. de pact.* Arrharum vero aut fidejussorum interventus non efficit, quominus res integra maneat, nudoque adhuc consensu possit ab obligatione recedi, *l. 3. de resc. vend. l. 11. §. is qui 6. de act. empt. l. 2. C. quand. lic. ab empt. disc.*



ARNOL-

ARNOLDI VINNII, J. C. IN *LIBRUM QUARTUM* INSTITUTIONUM IMPERIALIUM *COMMENTARIUS* Academicus & Forensis.

TITULUS I.
D. lib. 47. tit. 2. C. lib. 6. t. 2.
De obligationibus, quæ ex delicto nascuntur.

Continuatio. Delictum quid, & quotuplex.

EX quatuor causis obligationum, propositis §. *ult. sup. de oblig.* duæ superiore libro tertio expositæ sunt; contractus & quasi contractus: duæ reliquæ, maleficium videlicet & quasi maleficium, partem quarti & ultimi occupaverunt. Maleficium species est delicti. Delictum est omne factum illicitum, quod lege humana pœnam meretur. Estque vel publicum, quod ad læsionem reipub. directo tendit, & publicè in exemplum vindicatur, de quo genere est tit. ultimus hujus lib. vel privatum, quo offenduntur singuli, quibus inde obligatio & actio pecuniaria. Publica delicta propriè crimina; privata, maleficia appellantur: quanquam verbum criminis ad delicta privata quoque pertinet, quatenus scilicet & illa considerantur, ut societatem civilem & statum publicum turbantia; quod contingit sanè per consequentiam; & ideo extra ordinem etiam criminaliter de his agi potest, *l. ult. de priv. del. l. ult. de furt. l. ult. de injur.* Sed judicia criminalia huc non pertinent: quippe in quibus non persequimur forensi aut civili actione, quod nobis, quibus nocitum est, ex ea causa debetur: sed extra ordinem ad vindictam agimus, pœnamque, pro modo admissi arbitrio cognoscentis statuendam, sive corporalem sive pecuniariam, quæ fisco applicetur.

TEXTUS.
Continuatio & divisio obligationum ex delicto.

Quum sit expositum superiore libro de obligationibus ex contractu, & quasi ex contractu, sequitur, ut de obligationibus ex maleficio, & quasi ex maleficio dispiciamus. Sed illæ quidem, ut suo loco tradidimus, in quatuor genera dividuntur: hæ vero unius generis sunt: nam omnes ex

re nascuntur, id est, ex ipso maleficio, veluti ex furto, rapina, damno, injuria.

NOTÆ.

QUAE EX DELICTO] Scilicet privato, unde læso obligatio & actio pecuniaria, sive civilis. Nam judicia publica aut persecutiones criminales huc non pertinent.

FURTO, RAPINA, DAMNO, INJURIA] Quadriga delictorum privatorum, ex Cajo *l. 4. de obl. & act.* Reliqua de quibus *lib 47. D.* ad hæc quatuor referri possunt.

COMMENTARIUS.

1 *Quo sensu maleficia omnia dicantur ex re nasci.*
2 *Summa hujus tituli.*

HÆ *unius generis sunt: nam omnes ex re nascuntur*] Ita quoque Cajus *l. 4. de obl. & act.* Obligationum, quæ ex contractu descendunt, quatuor sunt species, causis efficientibus distinctæ: nam aut re contrahuntur, aut verbis, aut literis, aut solo consensu, §. *ult. sup. de oblig.* Quæ vero ex maleficio
1 oriuntur, si causam efficientem spectamus, omnes unius generis sunt: nam hæ omnes re tantum consistunt, id est, ipso maleficio, *d. l. 4.* Ut ecce, qui verbis aut scriptura professus est futurum se fecisse; aut in furtum nuda voluntate consensit, non tenetur furti; sed ut teneatur necesse est contrectatio interveniat, *l. si quis 52. §. neque 19. de furt.* Similiter si quis verbis aut literis confessus est, se injuriam alicui fecisse, non tenetur injuriarum; sed ut teneatur, oportet intervenisse contumeliam, *l. si unus 27. §. 2. de pact.* ubi Jurisconsultus ait, actionem injuriarum non ex pacto nasci, sed ex contumelia. Utut ergo injuria etiam verbis & scriptura fieri dicatur, *l. 1. §. 1. l. 5. §. si quis 9. & seq. de injur. l. un. C. de famos. libell.* tamen illa hic non attenduntur, ut causæ obligationis, sed ipsum maleficium duntaxat & contumelia, quæ iis inhæret: unde actio omnis, quæ ex maleficio descendit, ex facto esse dicitur, *l. actionum 25. §. 1. de oblig. & act.* Illud quoque dissimile est, quod ad constituendam ex contractu obligationem requiritur mutuus consensus: ex delicto autem obligamur nolentes & inviti.

Furto, rapina, damno, injuria] Eadem genera maleficiorum; nec plura enumerat Cajus *d. l. 4.* nimirum reliqua ad hæc quatuor referri possunt. Porro horum singula singulatim & suis quæque titulis explicantur. De furto ex professo hoc titulo, quamvis generaliter conceptus sit, agitur, doceturque quid illud sit, & quotuplex; quæ ejus pœna, quæ causa efficiens, materia, & forma; quando quibus in rebus & à quibus committatur; quis sit effectus; quæ inde actiones, quibus contra quos, & cujus rei gratia dentur.

TEXTUS.

Definitio furti.

1. Furtum est contrectatio fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus, possessionisve: quod lege naturali prohibitum est admittere.

COMMENTARIUS.

1 *Furtum non fieri sine contrectatione: & quid inde: tum quis contrectare dicatur.*
2 *Furem non esse, nisi qui fraudulenter rem alienam contrectet.*
3 *Non item qui non lucrandi animo.*
4 *Quid si urgente fame esculenta ablata, &c.*
5 *Furtum fieri non intelligi, nisi sit qui possideat.*
6 *Furta per se & natura turpia esse.*

AUctor hujus definitionis est Paulus *l. 1. §. ult. hoc tit. de furt.* Idem *lib. 2. sent. tit. 31.* furem sic definit; *Fur est*, inquit, *qui dolo malo rem alienam contrectat.*

Contrectatio] Furtum sine contrectatione fieri non potest. Contrectare, est rem manu tractare & loco movere, *l. 3. §. si rem 18. de acq. poss. l. thesaurus 15. ad exhib.* Ex quo primum intelligimus, furtum non nisi in rebus corporalibus iisque mobilibus admitti §. *2. sup. de usuc. in fin.* Deinde furtum non fieri verbis aut scriptura, solove consilio aut cogitatione furti faciendi, *l. 1. §. 1. l. si quis 52. §. neque 19. h. t.* Et consequenter furem nondum esse, qui tantum conclave intravit furandi causa, *l. vulgaris 21. §. qui furti 7. eod.* nec illum statim esse, qui inficiatur depositum; sed ita si intervertendi causa amoverit, occultaverit, *d. l. 1. §. 2. l. inficiando 67. eod. d. l. 3. §. si rem 18. de acq. poss.* Plane, etiam sine ablatione, sola contrectatione furtum committi potest, *d. l. vulgaris §. item si 8. h. t.* Neque is solum furtum facere & rem contrectare intelligitur, qui eam surripit & domino aufert, sed & qui rem aut pecuniam, quam à domino accepit alteri dandam solvendam, vel partem ejus rei pecuniæve, in suos usus convertit, *l. si quis 52. §. Julianus 16. eod. l. 7. C. eod.* aut qui re prius ex voluntate Domini accepta utitur, cum usum nullum habeat, aut aliter utitur, quam ex lege contractus debuit, de quo plenius *inf. sub §. furtum 6.* Per interpretationem etiam ille contrectare intelligitur,

tur, quo præsente indebitum ei, quem delegavit, solvitur, *l. falsus 43. §. 2. eod.*

2 *Fraudulosa*] Fraudulosa contrectatio est, cum quis rem alienam contrectat sciens dolo malo. Suam rem, quatenus sua est, nemo fraudulenter contrectare potest, *vid. inf. §. aliquando 10.* Sed & si cum esset aliena, suam quis esse existimaverit, fur non est, licet in jure, non in facto, erret, *l. sed & si 25. §. scire 6. de hær. pet. §. 2. sup. de usuc.* ex voluntate enim & proposito maleficia æstimantur, *l. qui injuria 53. h. t.* Denique furtum sine animo & affectu furandi, id est, rem intervertendi domino, non committitur, *§. placuit 7. inf. eod.* cui non est contrarium, quod Pomponius scribit, eum qui saccum cum pecunia surripuit, furti etiam sacci nomine teneri, quamvis sacci surripiendi animum non habeat, *l. qui saccum 77. eod.* Nam etsi in hujusmodi specie principale propositum non est, saccum furari: tamen per consequentiam, quo scilicet commodius pecunia auferri queat, etiam saccus animo surripiendi ablatus intelligi debet. Illud quoque hic tenendum est, fraudis mentionem etiam ideo fieri, ut discernatur furtum à rapina, actus clandestinus à violento, κλοπὴ γάρ ἐστιν ἡ λανθάνουσα τῶ ἀλλοτρίου μετάληψις. *Proc. in Parmen. Plat.* Nam etsi generali significatu & vis fraudem & dolum habet; *l. 2. §. doli vi bon. rapt.* specialiter tamen fraudis appellatione ea injuria significatur, quæ occultè fit & clanculum, cum vis sit aperta: quo pertinet illud Ciceronis, *fraudem vulpeculæ, vim leonis esse.*

3 *Lucri faciendi gratia*] Hæc verba causam finalem continent, & præcipue furtum à cæteris maleficiis separant, *l. 8 §. 2. arb. furt. Cæs.* Etenim in distinctione delictorum non tam factum consideratur, quam faciendi causa, id est, propositum & intentio delinquentis. Itaque si quis rem alienam contrectet, non hoc animo, ut lucrum inde faciat, quamvis sciens, dolo malo, id factum in aliud genus delicti cadit; si contumeliæ causa, injuria est; si nocendi tantum gratia, damnum, quod vindicatur lege Aquilia, *l. verum 39. l. qui injuria 53. h. t. l. 5. §. ult. l. 41. ad leg. Aquil.* A lucri studio, ac proinde etiam à crimine

4 furti, & ille alienus esse videtur, qui urgente fame esculenta aufert, ut inediæ succurrat, *cap. 3. x. de furt. c. 26. de consecrat. dist. 5.* quemadmodum nec illud pro furto habetur, si viator equum, quo vehitur, reficiat & pascat in gramine aut viridi sylva secundum viam, dummodo id faciat sine aliqua vastatione, *lib. 2 feud. tit. de pac. ten. & ejus viol. §. ult.* cui simile est, quod viatori permittit Moses *Deut. c. 23. verf. pen. & ult.* & Plato 8. *de legib. add. Co-*

5 *var. in cap. peccatum de reg jur. in 6. p. 2. §. 1. n. 3. & Grot. 2. de jur. bell. & pac. cap. 2. num. 6.* Nam. Illud sciendum est, ut maxime res contrectetur fraudulenter & lucri faciendi causa, furtum tamen subtili ratione juris non aliter fieri intelligi, quam si sit, qui possideat. Hinc enim est, quod negatur furtum fieri rei hæreditariæ ante aditam hæreditatem, vel post aditam, antequam hæres possideat; nisi res pignori data, aut commodata, aut ususfructus alienus, *l. 1. §. Scævola 15. si is qui test. lib. l. 14. §. si res 14. l. hæreditariæ 68. cum 2. ll. seqq. hoc tit. l. 2. & l. ultim. expil. hæred.* Efficit hoc inquam subtilis juris ratio, quasi non sit, cui fiat. Neque tamen impunè fert, qui hujusmodi rem surripuit; nam præterquam quod ad exhibendum cum eo agi potest, & hæres rem vindicare, tenetur crimine expilatæ hæreditatis, *d. l. 2. expil. hæred.* Illud ad minuendum furtum non facit, quod quis fortè aliquid in via jacens lucrandi animo sustulit, ignorans cujus sit, *l. falsus 43. §. 4. hoc titul. D. Tulden. comment. hic. cap. 8.*

Vel ipsius rei, vel usus possessionisve] Hoc est, ea gratia, ut quis lucrum faciat vel totius rei, quam contrectat, vel usus ejus aut possessionis duntaxat: nam ipsa contrectatio tantum corporis est: exempla furti usus rei sunt in *§. furtum 6.* possessionis, *§. aliquando 10. inf. l. furtivam 74. h. t.*

Lege naturali prohibitum] Furtum non ut nuptiæ cum filia ut sorore adoptiva more aut instituto civitatis, sed per se & natura turpe ac flagitiosum est, sicut homicidium, adulterium, aliaque id genus fœda, *l. probrum. 42. de verb. sign.* ad quod demonstrandum nihil opus est vel auctoritate vel ratiocinatione. Natura ipsa hoc omnium mentibus ingeneravit, nefas esse alteri detrahere sui commodi causa. Cicero *lib. 3. offic. illud natura non patitur, ut aliorum spoliis nostras facultates, copias, opes augeamus.* Quod vero apud quasdam gentes furta licita atque impunita fuere, veluti apud Ægyptios & Lacedæmonios, de quibus testatur *Gell. lib. 11. cap. 14.* id rationem communem non mutat; neque ex unius aut alterius populi institutis de jure naturæ sive gentium judicandum est: de quo latius disserui *sub. tit. lib. 1.* Sed nec illi ipsi, quos diximus, AEgyptii aut Lacedæmonii furta simpliciter permiserunt aut probarunt, tanquam rem omnibus & per se licitam. Verum Ægyptiorum legislator, cum existimaret fieri non posse, ut omnes à furto abstinerent, viam quæsivit, qua domini res sublatas statim & sine magno damno recuperarent. Nam qui furtis operam dare vellent, jussit nomen suum profiteri apud furum Principem, atque ad eum surreptas è vestigio referre, quæ deinde dominis ita restituerentur, ut prius taxatione facta, quartam partem pretii earum pro redemptione persolverent, quasi pœnam negligentiæ. *Diod. Sicul. lib. 1. biblioth. cap. 18.* Lycurgus autem, qui Lacedæmoniis leges tulit, non promiscue omnium rerum furta permisit, sed tantum edulium; neque omnibus

6

furari,

furari, sed junioribus duntaxat; quos furtim sibi alimenta comparare voluit, ut acuerent industriam, discerentque à pueris, noctu vigilare, interdiu fallere, insidias struere, exploratores habere: quoniam deprehensos verberibus cædi jubebat: ità adultos bello utiliores fore existimans, teste Xenophonte *lib. de repub. Lacedam.*

TEXTUS.
Etymologia.

2. Furtum autem vel à furvo, id est, nigro, dictum est, quod clam & obscurè fiat, & plerumque nocte: vel à fraude; vel à ferendo, id est, auferendo: vel à Græco sermone, qui φῶρας appellant fures. Imo & Græci ἀπὸ τοῦ φέρειν φῶρας dixerint.

COMMENTARIUS.

TRaditur hic quadruplex furti Etymologia ex *l. 1. pr. hoc tit.* nimirum quod furtum dictum sit vel à furvo, vel à fraude, vel à ferendo, vel ab antiquo Græco verbo φώρ. Prima notatio Labeonem quoque auctorem habet, qui ut Paulus refert in d. l. 1. furtum à furvo, id est, nigro, ideo dictum ait, quod clam & obscurè fiat, & plerumque nocte: quod etiam Nonius *lib. 1.* confirmat auctoritate Varronis, quem scribit furem ex eo dictum tradidisse *lib. 14. de rer. div.* quod furvum atrum appellaverint, & fures per obscuras noctes atque atras facilius furentur. Servius quoque in *lib. Æneid.* ad illud Virgilii, *Hic furto fervidus instat*, notat, fures ideo dictos, quod furvo, id est, nigro tempore furta committunt. Secundæ auctor est Sabinus, *d. l. 1.* quæ mihi videtur minus concinna. Tertia, quod à ferendo, id est, auferendo fures dicantur, cum re optimè convenit. Postrema, quod fur à verbo Græco φώρ per affinitatem literarum dictus sit, placet Gellio *lib. 1. cap. 18*, ubi tantum non carpit Varronem, quasi memoria lapsum, quod furem dictum scripsit à furvo.

TEXTUS.
Divisio.

3. Furtorum autem duo sunt genera; manifestum, & nec manifestum. Nam conceptum & oblatum species potius actionis sunt furto cohærentes, quam genera furtorum, sicut inferius apparebit. Manifestus fur est, quem Græci ἐπ' αὐτοφώρῳ appellant: nec solum is, qui in ipso furto deprehenditur, sed etiam is, qui eo loco deprehenditur, quo furtum fit: veluti qui in domo furtum fecit & nondum egressus januam deprehensus fuerit: & qui in oliveto olivarum, aut in vineto, uvarum furtum fecit, quamdiu in eo oliveto aut vineto deprehensus fuerit. Imo ulterius furtum manifestum est extendendum, quamdiu eam rem fur tenens visus vel deprehensus fuerit, sive in publico, sive in privato, vel à domino, vel ab alio, antequam eo pervenerit, quo deferre vel deponere destinasset. Sed si pertulit, quo destinavit, tametsi deprehendatur cum re furtiva, non est manifestus fur. Nec manifestum furtum quid sit, ex iis, quæ diximus, intelligitur: nam quod manifestum non est, id scilicet nec manifestum est.

NOTA.

QUAM GENERA FURTORUM] quamvis Paulus hæc inter genera furtorum referat, *lib. 2. sent. 31.*

COMMENTARIUS.

1 *Genera furtorum, tum quæ olim, tum quæ secundum praxin hodiernam.*
2 *Furis manifesti descriptio.*
3 *Quid furtum nec manifestum.*

FUrtorum tantum duo sunt genera, manifestum & nec manifestum, *l. 2. eod.* nam, ut hic indicatur, 1
& latius explicatur, *§. seq.* conceptum & oblatum non sunt genera furti, sed species actionis furto cohærentes: neque inter duo illa genera reperitur medium; quamvis fieri possit, ut ejusdem rei utrumque furtum committatur, diverso scilicet tempore & actione, *l. vulgaris 21. pr. vers. etsi, eod.* Plane furtum varie subdividi potest; veluti quod aliud sit diurnum, aliud nocturnum; aliud domesticum, aliud non domesticum. Discernuntur & à cæteris furibus abigei, balnearii, saccularii, directarii; atque atrocius extra ordinem puniuntur, *tit. de abig. & de fur. baln.*

l. 7. de extraord. crim. Peculatores, sacrilegi, plagiarii, puniuntur legibus publicorum judiciorum, *§. 9. & 10. inf. de publ. jud.* Ex praxi Galliæ & harum regionum furtum dividitur in simplex & qualificatum. Simplex est, cui nullum aliud crimen aut circumstantia aggravans adhæret. Qualificatum contra *Vid. Damhoud. prax. crim. c. 110. de furt. Baron. comment. hic, part. alt.*

2 *Manifestus fur est*] Descriptio furis & furti manifesti; ex qua discimus, furem manifestum censeri primum eum, qui in ipso facto seu actu furandi deprehenditur: tum eum etiam, qui deprehenditur in loco, ubi fit furtum: postremo & eum, qui quantumvis locum egressus, deprehenditur cum re furtiva, antequam eam pertulit, quo perferre destinaverat. Desumpta hæc descriptio est ex *l. 3. & 2. seqq. de furt.*

Ἐπ' αὐτοφώρῳ appellant] Hoc est, *αὐτοφωρεὶ*, in ipso furto, *ἐπ' αὐτῇ τῇ φωρᾷ*, scil. *ἁλόντα* deprehensum in admisso Papinianus appellat, *l. 8. de præscr. verb.* Paulus de eo, qui cum furto deprehenditur, hoc explicat, *d. l. 3. in pr.* sed plenius Hesychius, *ἐπ' αὐτοφώρῳ*, inquit, *ὁ φανερῶς καταληφθεὶς, ἢ ἐπ' αὐτῷ τῷ κλέμματι εὑρεθεὶς ἔτι κατέχων αὐτό.* Usu patur & de deprehensis in alio quolibet facto aut crimine, ut Novell. Leonis *περὶ τοῦ ἐπ' αὐτοφώρῳ ἁλόντος μοιχοῦ.*

Visus vel deprehensus] Non solum prehensio, sed etiam visio furem manifestum facit, utique cum ad eum comprehendendum accursum est, isque adjecto furto effugit, *l. 7. §. 1. & 2. eod.* Servius in illud Virgilii *Eclog. 3. Non ego te vidi*: manifesti, inquit, eum furti arguit, dicendo, *vidi.*

Vel à domino, vel ab alio] Nihil refert, à quo fur deprehendatur, utrum ab eo, cujus res est, an à vicino, aliove quolibet transeunte, *l. 3. §. 1. l. 7. §. ult. eod.* Itaque quod de procuratore furtum mihi facientem deprehendente proponitur, *l. si quis 24. §. 2. de usur.* id exempli tantum causa prolatum intelligendum est. Neque hac ratione fit, ut alteri per alterum obligatio acquiratur contra regulam juris, *§. 4. & §. alteri 18. sup. de inut. stip.* nam deprehensio, cujuscunque ea sit, delictum tantum qualificat.

Nec manifestum furtum quid sit, &c.] Nec ma-
3 nifestum furtum quid sit, ex manifesti, tanquam contrarium ex contrarii sui definitione, intelligitur, *l. 8. hoc tit.* Sed & aperte illud definitur vers. proxime præced. ubi Justinianus ait, eum, qui rem pertulit, quo destinavit, tametsi cum re furtiva deprehendatur, non esse furem manifestum. Quomodo & Jurisconsultus *l. 5. §. 1. eod.* idque sic à Paulo explicatur, *l. 4. eod.* si eo pertulit, quo destinavit eo die manere cum eo furto. Quare etsi postero die iterum rem auferat, & dum alio perfert, deprehendatur, non erit fur manifestus. Belle in hanc sententiam Massurius apud Gellium *lib. 11. cap. 18. Manifestum*, inquit, *furtum est, quod deprehenditur, dum fit. Faciendi finis est, cum perlatum est, quo ferri cœperat.*

Textus.

De furto concepto, oblato, prohibito, non exhibito.

4. Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus præsentibus furtiva res quæsita, & inventa sit: nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit; quæ appellatur concepti. Oblatum furtum dicitur, cum res furtiva ab aliquo tibi oblata sit, eaque apud te concepta sit; utique si ea mente tibi data fuerit, ut apud te potius, quam apud eum qui dedit, conciperetur. Nam tibi, apud quem concepta sit, propria adversus eum, qui obtulit, quamvis fur non sit, constituta est actio, quæ appellatur oblati. Est etiam prohibiti furti actio adversus eum, qui furtum quærere testibus præsentibus volentem prohibuerit. Præterea pœna constituitur edicto prætoris per actionem furti non exhibiti adversus eum, qui furtivam rem apud se quæsitam & inventam non exhibuit. Sed hæ actiones, scilicet concepti, & oblati, & furti prohibiti, nec non furti non exhibiti, in desuetudinem abierunt. Quum enim requisitio rei furtivæ hodie secundum veterem observationem non fiat, merito ex consequentia etiam præfatæ actiones ab usu communi recesserunt: quum manifestum sit, quod omnes, qui scientes rem furtivam susceperint, & celaverint, furti nec manifesti obnoxii sunt.

Commentarius.

1 *Vetus inquirendi furti ratio cum lance & licio.*

Conceptum furtum, item oblatum, non tam esse genera furti, quam species actionum furti cohærentes, didicimus §. *prac.* quamvis Paulus *2. sent. 31.* & Cajus *2. Inst.* 11. etiam hæc inter genera furtorum numerent. Idemque habendum de duobus reliquis, quorum hic fit mentio, prohibito scilicet, & non exhibito.

Furtiva res quæsita & inventa] Is, apud quem testibus adhibitis res quæsita & inventa erat, quamvis fur non esset, tenebatur actione furti concepti. Paulus *d. loc. Concepti,* inquit, *actione is tenetur, apud quem furtum quæsitum & inventum est.* It. *Concepti is agere potest, qui rem concepit & invenit.*

Propria actio constituta] In triplum, ut testatur Gellius *lib. 11. cap. 18.* ubi scribit, ea furta, quæ per lancem & licium concepta essent, perinde ac si manifesta forent, duodecim tabulis vindicata: post vero tripli pœnam ordinario jure constitutam.

Oblatum furtum] Oblati furti is tenebatur, sive fur, sive alius quis, qui rem furtivam alii obtulerat, ne apud se deprehenderetur, atque ita pœnæ turpitudinem effugeret. Hic ei, apud quem res concepta erat, propria adversus eum, qui obtulerat, actio dabatur, quæ dicebatur oblati; cujus vis in triplum item erat, ut testantur Gellius & Paulus iisdem locis.

Prohibiti furti actio] Prohibiti furti actione tenebatur, qui furtum apud se testibus præsentibus investigari prohibebat. Furti non exhibiti, qui rem furtivam apud se quæsitam & inventam non exhibebat. Utraque igitur hæc actio pendebat ex furto concepto.

In desuetudinem abierunt] Quatuor superiores actionum species tempore Justiniani dudum obsoleverant, & ideo nullam earum mentionem in Pandectis fieri voluit.

2 *Requisitio rei furtiva secundum veterem observationem*] Ratio inquirendi furti cum lance & licio vetustissima est, utpote ex lege duodecim tabularum, teste Gellio *d. loc. & lib. 16. cap. 10.* Ex Festo autem discimus, lance & licio apud antiquos dici, quod qui furtum ibat quærere in domo aliena, licio cinctus intrabat, lancemque ante oculos tenebat propter matrumfam. aut virginum præsentiam. Quod sumptum videtur ab institutis Atheniensium. Nam & Plato *lib. 12. de legibus,* sic scribit; φωρᾷν ἢ ἂν ἐθέλῃ τὶς παρ', ὁτῳοῦν, γυμνὸς ἢ χιτωνίσκον ἔχων ἄζωστος, &c. ὅπου φωρᾷν. Id est, si quis furtum apud quempiam velit quærere, is id faciat nudus aut licium habens, & discinctus. Nudi ædes suspectas ingrediebantur, amicti tantum simplici cincticulo, quod hic veteres licium vocant, ne quid forte vestibus conditum inferrent, dominoque ædium falsum crimen objectare possint. Hanc autem furti investigandi rationem jam suo tempore sublatam fuisse, refert Gellius *d. cap. 10.* ut verisimile sit, in locum ejus successisse, quod hic scribit Justinianus, ut testibus adhibitis furtum in domo aliena quæreretur: quod tamen & ipsũ, ut durum atque inhumanum, quoniam hoc modo secreta cujusque hominum nimiæ curiositati panduntur, postea exoleverit.

Furti nec manifesti obnoxii sunt] Quid si rei criminis plene convinci non possint, adsint autem non levia susceptæ & celatæ rei furtivæ indicia? Admittetur hodieque ejus rei inquisitio in ædibus alienis, sed auctoritate publica, missis executoribus justitiæ, non eo, cui furtum factum dicitur. *D. Tulden. comm. hic, cap. 13. post DD. commun.*

TEXTUS.

Pœna.

5. Pœna manifesti furti quadrupli est, tam ex servi, quam ex liberi persona: nec manifesti, dupli.

NOTA.

5. TAM EX SERVI, QUAM EX LIBERI] Hoc dicit respiciens ad pœnam furti manifesti ex lege 12. tab. qua servi è saxo præcipitabantur; liberi verberibus cæsi addicebantur ei, cui furtum factum esset, *Gell. 11. cap. 18.* Prætores autem id furtum quadruplo lui voluerunt, nulla facta distinctione inter liberos & servos, convenit *cap. 3. Exod. c. 5. Deut.*

COMMENTARIUS.

1. *Furta varie multata, etiam apud Romanos, à decemviris, à prætoribus, & n. 5.*
2. *Procedente tempore etiam criminaliter furti agi cœptum: & tandem civiliter agi desitum.*
3. *Quæ furti pœna ex constitutionibus Frederici & Caroli Impp. & quomodo nunc fere fures plectantur.*
4. *Ostenditur, non pugnare cum justitia attributrice, quod fures interdum etiam morte afficiantur.*

Pœna furti nec una apud omnes, nec eadem semper apud Romanos fuit. Nam alii pœna pecuniaria 1
tantum; alii flagellatione, alii fustigatione; alii effossione oculorum, aut alicujus membri amputatione, alii gravius etiam, adeoque morte furta multarunt, *vid. Alex. ab Alex. 6. genial. dier. 10. Bodin. 6. de repub. 6.* Decemviri fures manifestos verberibus ane-

affectos in servitutem tradi jusserunt ei, cui furtum factum esset: servos furti manifesti prensos cædi, & è saxo præcipitari; furtis autem non manifestis tantum pecuniariam pœnam dupli imposuerunt: quorum in altero severitatem Draconis, qui furta omnia capite plectebat, in altero Solonis lenitatem, qui ea dupli tantum pœna vindicabat, secuti videntur. *Gell. lib. 11. cap. 18.* Cæterum prætoribus pœna illa furti manifesti adhuc nimis acerba visa fuit: itaque eam in pecuniariam quadrupli mutaverunt: dupli fures non manifestos intactam reliquerunt. Procedente vero tempore etiam criminaliter furti agi cœptum est, & vindictæ publicæ causa extraordinaria animadversione fures coërceri, pœnam statuente judice pro qualitate circumstantiarum: eaque persecutio criminis jam tempore mediæ jurisprudentiæ frequentiore in usu erat, quam actio furti civilis, *l. ult. hoc tit.* Moderamen autem attulit Justinianus novissima sanctione, qua cavit, ne pro furto vel mors, vel ullius membri abscissio infligatur; sed ut aliter fures castigentur, puta pœna pecuniaria, vel exilio, vel simili, quam constitutione sua non excepit. *Nov. 134. cap. ult. auth. sed novo. C. de serv. fugit.* Posterioribus vero sæculis civilis furti actio, pœnæque pecuniariæ, quæ ei, cui res ablata erat, applicabantur, in totum abolitæ sunt. Cæterum severius furta vindicari placuit, propter crescentem hominum audaciam furtorumque frequentiam, ad quæ coërcenda pœnæ antiquæ jam non amplius sufficere videbantur. Extat Frederici
3 Imperatoris constitutio *lib. 2. Feud. tit. de pact. ten. & ejus viol.* qua jubet eum, qui quinque solidos aut rem ejusdem valoris furatus fuerit, laqueo suspendi, eum vero, qui minus furtum commiserit, scopis & forcipe excoriari & tundi, sive, ut Hotomannus legit, tonderi, §. *ult. dict. tit.* eamque pœnam idem Imperator confirmare videtur *eod. lib. Feud. tit. de pac. ten. inter subdit.* §. *injuria seu furtum.* Quod autem plerique Fredericum loqui putant non de simplici furto, sed seditioso, id est, eo, cum quo concurrit & crimen violatæ pacis, argum. rubricæ. vid. *Lut. Gomez. ad §. ex maleficiis 18. num. 3. 4. & 5. inf. de act. Clar. § furtum, n. 7. Schneid. in §. ult. hoc tit. num. 6.* id vix confutatione dignum videtur. Quid enim commune habet furtum cum violatione pacis? Sed & violatio pacis publicæ per se crimen capitale est, neque in eo locum habet distinctio, quam Fredericus facit. Recentior est constitutio Caroli Quinti, qua cavetur, ut fures, præsertim non manifesti, neque magnæ rei, & semel duntaxat furti convicti, lenius, iterum & tertio convicti gravius & capite puniantur; habita tamen ratione sexus, ætatis, &c. *art. 157. & seqq. const. imp. caus. crim.* Atque hanc Caroli Imperatoris constitutionem mores hodierni fere sequuntur. Prima enim vice nunc virgis fures cædi solent: iterum patrato facinore acrius castigantur, atque insuper tergis eorum stigma inuritur, ut hoc sit eis cauterium emendatioris vitæ: denique tertio convicti, in patibulum attolluntur, ut vitam, quæ flagris, aut alia etiam graviore coërcitione emendari non potuit, reste finiant. Qui tamen ordo animadversionis nonnunquam mutatur, circumstantiis judicem aliter moventibus. *Gomez. ad. d. §. ex maleficiis, num. 4. Chassan. ad consuet. Burg. rubr. 1. §. 5. vers. simplex, num. 2. Clar. d. §. furtum, num. 12. Covar. 2. resol. 9. num. 7. & 10. num. 2. Damhoud. prax. crim. cap.* 110. *num. 28. & seq. Gudelin. 5. de jur. nov.* 19. Privatis tantum relicta est ejus, quod surreptum est, judicio civili persequendi facultas.
Sunt, qui hasce pœnas, præsertim capitalem illam la- 4
quei, ut duras nimis, & proportionem pœnæ ad delictum longe excedentes, in totum damnant, negantque, justitiæ attributricis rationem pati, ut puniatur morte, qui in rebus duntaxat externis alteri nocuit, maxime cum etiam lex divina Hebræis per Mosen data non majore pœna, quam pecuniaria, fures plecti jubeat *Exod. cap. 22.* Verum respondent alii, nos legibus pœnalibus Mosaicis, utpote politicis, non teneri, utique quoad gradus pœnarum observandos, quibus delicta coërceantur: satis esse si leges nostræ congruant ad hanc regulam, ut maleficia puniantur; gradus pœnarum permittendos esse legum conditoribus: quibus proinde fas sit, severius delicta punire, atque ea quoque, per quæ fortunæ tantum bonis nocetur, capite plectere, si viderint publice id expedire, neque mitiore ratione cives à flagitio deterreri posse. Illam vero proportionem, quæ debeat esse culpam inter & pœnam, non spectare absolute & nude materiam delicti, sed habere respectum ad hunc finem, ut in quieto sit vita communis, & imperturbata maneat civium inter se societas. Quare si talis sit pœna, cujus metu cives à delinquendo non videantur revocari posse, eam proportionatam non esse, quamvis alias per se & ratione damni, quod illatum est, satis sit gravis. Neque enim proportionem hanc exigere, ut materia pœnæ examussim respondeat materiæ culpæ, hoc est, ut bonum, quo pœna privat, nunquam excedat bonum illud, quo delinquens privavit proximum suum; sed æstimandum esse ex fine, publico scilicet bono, & transgressione legis atque inobedientia. Idque etiam Aristotelem docere *2. polit. cap. ult.* ubi ait, legislatores in puniendis delictis sæpe respicere πρὸς τὸ συμφέρον, id est, ad id, quod publice expedit. Et intellexisse Claudium Saturnium in *l. aut facta 16. in fin. de pœn.* ubi scribit supplicia exacerbari oportere, quoties nimium multis grassantibus exemplo opus est: in quam sententiam etiam disserit Cæcilius apud Gell. *lib. 20. cap. 1.* ubi ait, acerbitatem ulciscendi maleficii plerumque bene atque caute

caute vivendi esse disciplinam. Postremo neque furta quælibet hodie morte puniri, sed ea duntaxat, quæ vel enormia sunt, aut conjuncta cum vi publica, vel quæ sæpius perpetrata leviori animadversione corrigi non potuere. *Covar. 2. resol. 9. n. 7. Dan. Moll. 1. semestr. 37. num. 5. & seq. VVesemb. par. de fur. in fin.* latè *Lud. Molin. de just. & jur. tom. 3. tract. disp. 2. Perez. in C. de furt. n. 15. & seqq.*

Tam ex servi, quam ex liberi persona] Respicere videtur ad pœnam furti manifesti ex lege 12. tabularum. Nam ea pro conditione personæ ejus, qui furtum fecisset, diversa erat; servi è saxo præcipitabantur; liberi verberibus cæsi addicebantur ei, cui furtum factum esset, ut ex Gellio supra retulimus. At prætores mutata legis pœna, & pecuniaria quadrupli furto manifesto imposita, id furtum quadruplo lui voluerunt, nulla facta distinctione inter liberos & servos; ut scilicet nomine servi furis manifesti dominum pœnali in quadruplum actione convenire liceret, non quidem pure & directe, ut homo liber convenitur ex maleficio proprio, sed judicio noxali, *inf. tit. de nox. act.* Quod si quis furti à servo commissi criminaliter agere velit, ipse servus conveniendus est.

TEXTUS.

Quomodo furtum fit; De contrectatione.

6. Furtum autem fit, non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet: sed generaliter cum quis alienam rem invito domino contrectat. Itaque sive creditor pignore, sive is, apud quem res deposita est, ea re utatur; sive is, qui rem utendam accepit, in alium usum eam transferat, quam cujus gratia ei data est, furtum committit: veluti si quis argentum utendum acceperit, quasi amicos ad cœnam invitaturus, & id peregre secum tulerit: aut si quis equum gestandi causa commodatum sibi, longius aliquo duxerit: quod veteres scripserunt de eo, qui in aciem equum perduxisset.

NOTÆ.

6. In alium usum transferat] Vel etiam alii utendum concedat. Species enim lucri est ex alieno largiri, & beneficii sibi debitorem acquirere, *d. l. 54. §. 1.*

Qui in aciem] Cujacio legendum videtur, *Qui in Ariciam acceptum equum longius perduxisset*, ex Valerio & Symmacho. *dd. loc.* quanquam constans est hæc lectio, *in aciem.* Theoph. *εἰς παράταξιν.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid moribus horum temporum circa hunc §. observetur.*

Furtum fieri intelligitur non tantum si quis rem alienam clam domino amoveat, ipsius rei intervertendæ causa; verum etiam si quis id faciat, solius usus rei in lucrum suum transferendi gratia; adeoque non amovendo tantum, sed etiam aliter contrectando furtum committitur, nempe si quis ea re, quam voluntate domini apud se habet, non ex voluntate domini utatur. In summa, ut Sabinus ait apud Gellium *lib. 11. c. 18. Qui alienā rem attrectavit, cum id se invito domino facere judicare deberet, furti tenetur.*

Si creditor pignore, &c.] Pignus non ad utilitatem, sed ad securitatem datur, *§. ult. sup. quib. mod. re contr. obl.* depositum custodiæ causa, non usus, *tot. tit. depos.* Itaque si creditor pignore, is apud quem res deposita est, ea re utatur, furtum committi intelligitur. Idem est, si commodatarius in alium usum, quam in quem accepit, rem commodatam transferat; & magis idem, si quis pecuniam, quam ad alium perferendam accepit, convertat in usus suos, *l. qui jumenta 40. l. si pignore 54. l. qui re 76. hoc tit. l. 7. C. eod.* Sed & eum, qui quid utendum accepit, si id alii commodaverit, furti obligari traditum est; nec quem movere debere, quasi hic nihil lucri sui causa faciat: speciem enim lucri esse ex alieno largiri & beneficii sibi debitorem acquirere. Unde eum quoque furti teneri, qui ideo rem amovet, ut alii donet, *d. l. si pignore*, §. 1.

Veluti si quis argentum, &c. aut equum gestandi causa] *l. 5. §. quinimo 8. commod. d. l. 40. hoc tit. Gell. lib. 7. c. 15.* Memorabile est, quod refert Val. Max. *lib. 8. cap. 2.* & Symmach. *7. epist. 69.* furti quendam damnatum esse, quod equo, cujus usus illi usque Ariciam commodatus fuerat, ulteriore ejus municipii clivo vectus esset. Quod tamen mihi perquam durum videtur: neque puto criminaliter ex hujusmodi causis agi potuisse. Sane pœna corporalis, qua nunc fures afficiuntur, tantum locum habet in amotione rei è loco, in quo dominus eam posuerat, non etiam cum alias ignorante domino contrectata est, puta à creditore, aut depositario, pignore aut re deposita utentibus, aut à commodatario exceden-

dente præscriptum utendi modum. Excipit D. Tuldenus *comm. hic, cap. 2.* fraudem publici tabularii :
1 & merito. Moribus horum temporum creditor aut depositarius re pignerata aut deposita utentes, aut commodatarius re commodata aliter, quam utendam accepit, furti actione, quæ soli fisco nunc competit, non tenentur, sed tantummodo actione civili in id, quod ejus, qui pignori dedit, deposuit, aut commodavit, interest, id factum non esse. *Zypa. not. jur. Belg. de furt. vers. pen. Autumm. confer. du droict, in l. qui jumenta 40. hoc tit. Groenew. d. ll. abrog. hic.*

Textus.

De affectu Jurandi.

7. Placuit tamen, eos, qui rebus commodatis aliter uterentur, quam utendas acceperint, ita furtum committere, si se intelligant id invito domino facere; eumque, si intellexisset, non permissurum: at si permissurum credant, extra crimen videri: optima sane distinctione; quia furtum sine affectu furandi non committitur.

Nota.

Sine affectu furandi] *l. 37. de usuc.* Furtum non committitur χωρὶς κακῆς προθέσεως, Psell. cum facto etiam animum furis exigit, *l. 41. ad leg. Aq.* nec tam factum quæritur, quam faciendi causa, *l. 39. eod.* Nam maleficia ex proposito delinquentis æstimantur, *l. 53. eod.*

Commentarius.

1 *Species quædam notabilis.*

Cum furtum sine animo & affectu furandi, χωρὶς κακῆς προθέσεως, non committatur, *l. furtum 37. de usuc.* neque tam factum quæratur, quam faciendi causa : *l. verum 39. hoc tit.* recte dictum est eum, qui putavit se voluntate domini rem attingere, non esse furem. Qui enim dolo facit, qui putat dominum consensurum fuisse, sive falso id, sive vere putet? Is ergo solus fur est, qui attrectavit, quod invito domino se facere scivit, *l. inter omnes 46. §. recte 7. eod.*

Rebus commodatis aliter uterentur] Idem est, si quis utatur re, quæ utenda quidem data non est, sed custodiæ aut pignoris causa tradita, existimans se
2 id facere domino non invito, *l. qui re 76. eod.* Sed quid dicendum, si quis rem aliquam usus sui causa ex ædibus alienis amoverit hoc obtentu, quod dicat se putasse dominum id permissurum fuisse? Equidem si vir sit integræ famæ, & justam causam hujus opinionis habeat, puta quæ mutua amicitia, necessitudine, familiaritate nitatur, dixerim nec hunc furem habendum esse, cum *Joan. Fab. & Ang. hic,* per text. generalem in *d. l. inter. 46. §. recte, hoc tit.* alias suspicione furti & gravi præsumtione onerabitur, *arg. l. quivis 48. §. 3. eod.* Nam ut recte ait Bald. in *l. 6. C. de dol.* in his, quæ sunt de genere prohibitorum, semper dolus præsumitur. Quæ sententia etiam communi calculo comprobata est, in *l. 5. C. de injur.* Et ideo ne domini quidem attestatio, profitentis consensu suo rem amotam esse, furem liberabit, utpote quæ pretio aut precibus emendicata creditur, nisi accedant idoneæ in contrarium conjecturæ. Cæterum hoc tunc locum habet, cum furti criminaliter agitur : nam privatam sui juris persecutionem unusquisque remittere potest. Ita post *Bart. in d. l. inter, §. recte, hoc tit. & DD. in l. transigere, C. de transact.* concludit Gomez. *3. resol. 5. n. 2.*

Textus.

De voluntate Domini.

8. Sed & si credat aliquis invito domino se rem commodatam sibi contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri. Unde illud quæsitum est, quum Titius servum Mævii solicitaverit, ut quasdam res domino surriperet, & ad eum perferret, & servus id ad dominum pertulerit: Mævius autem dum vult Titium in ipso delicto deprehendere, permiserit servo quasdam res ad eum perferre; utrum furti, an servi corrupti judicio teneatur Titius, an neutro? Et cum nobis super hac dubitatione suggestum est, & antiquorum prudentium super hoc altercationes perspeximus, quibusdam neque furti, neque servi corrupti actionem præstantibus, quibusdam furti tantummodo: nos hujusmodi calliditati obviam euntes, per nostram constitutionem sancimus, non solum furti actionem, sed &

servi corrupti contra eum dari. Licet enim is servus deterior à solicitatore minime factus est, & ideo non concurrant regulæ, quæ servi corrupti actionem introducunt: tamen consilium corruptoris ad perniciem probitatis servi introductum est, ut sit ei pœnalis actio imposita, tanquam si re ipsa fuisset servus corruptus: ne ex hujusmodi impunitate & in alium servum, qui facile posset corrumpi, tale facinus à quibusdam perpetretur.

NOTÆ.

8. Si credat invito, &c. domino autem volente] Pomponius *l. 46. §. pen. eod.* ait furtum quidem fieri: sed negat hoc casu furti agi posse; quia dominus in usum consentiens re ipsa fraudatus non est, arg. *l. 145. de reg. jur.*

Neque servi corrupti] Quippe quæ ei tantum à prætore proponitur, cujus servus persuasione alterius corruptus est, *l. 1. de serv. corrupt.* quod hîc factum non est.

Per nostram decisionem] *l. 20. de furt.* ubi vel conatum tam improbum solicitatoris vult puniri, proque furto & corruptione haberi.

Tanquam si re ipsa, &c. corruptus] Si autem servus re ipsa corruptus fuisset, in duplum, quanti ea res est, in corruptorem judicium daretur, *l. 1. de serv. corrupt.*

COMMENTARIUS.

1 *Eum, qui rem alienam, licet insuper habente domino, fraudulenter contrectat, revera furtum facere: furti tamen non obligari.*

2 *Cur dubitatum, utrum solicitator servi in hypothesi proposita actione furti aut servi corrupti teneretur, necne.*

Quod hîc ait Justinianus furtum non fieri, etiamsi quis credat se rem invito domino attrectare, cum id faciat domino volente, id non de facto ipso, sed de pœna facti accipiendum est, videlicet in proposito non eo effectu furtum committi, ut is, qui contrectavit, pœnali actione furti teneatur. Neque enim
1 negari potest, quin revera furtum faciat, & peccato conscientiam obstringat, qui rem alienam lucri sui causa fraudulenter contrectat, etiamsi illo ignorante dominus id insuper habeat. Quod & Pomponius fatetur *l. inter 46. §. pen. hoc tit.* Cæterum negat eum hoc casu furti obligari, id est, furti cum eo agi in foro civili posse: quoniam dominus, qui eum uti voluerit, etiamsi id fur ignoret, re ipsa fraudatus non sit, *arg. l. nemo 145. de reg. jur.* Sunt vero & alii casus, quibus licet furtum committatur, actio tamen furti certis de causis à magistratu denegatur, *vid. l. 1. in fin. rer. amot. l. servi 17. l. si libertus 89. hoc tit. §. hi qui 12. inf. eod.*

Unde illud quæsitum, &c.] Quoniam placet, furti non obligari eum, qui rem alienam contrectat, si id faciat domino volente, licet hoc ipse ignoret, quæsitum inde est, an furti teneatur, qui servum alienum sollicitavit, ut res aliquas domino surriperet, & ad se perferret, si dominus per servum ejus rei certior factus permiserit servo res quasdam ad sollicitatorem perferre, quo eum in delicto deprehendat. Quibusdam visum est furti actionem non magis hoc casu competere, quam superiore: quia cui volenti furtum factum est, furti agere non potest. Aliis vero contra; quoniam voluntas ista non seria fuit, sed simulata, ut fur deprehenderetur. Simul illud quoque quæsitum, an suasor iste seu sollicitator in proposita hypothesi teneatur actione servi corrupti, quæ in duplum quanti ea res est, à prætore proponitur adversus eum, cujus persuasione servus corruptus aut deterior factus est, *l. 1. de serv. corrupt.* Veteribus placuit non teneri, quia prætor de eo tantum loquitur, à quo servus persuasus & corruptus est: in proposito autem suasisse quidem sollicitatorem, pravumque consilium servo dedisse; at non persuasisse & fecisse deteriorem; proinde nec esse, quod hic æstimari & duplari possit. Cæterum Justinianus *l. si quis 20. C. hoc tit.* non attenta disputatione veterum censuit, vel conatum tam improbum sollicitatoris puniendum esse, proque furto & corruptione habendum: nam etsi is conatus revera effectum non habuit, habuisse tamen opinione perniciosi suasoris, atque esse rem pessimi exempli; ut *hic, & d. l. 20.* latius differit. Quantum igitur hoc casu judicio servi corrupti postulabitur? Quantum scilicet deberetur, si revera servus corruptus fuisset. 2

TEXTUS.

Quarum rerum furtum fit. De liberis hominibus.

9. Interdum etiam liberorum hominum furtum fit; veluti si quis liberorum nostrorum, qui in potestate nostra sunt, subreptus fuerit.

COM-

COMMENTARIUS.

SI filiusfam. subreptus sit, palam est; patrem habere furti actionem, inquit *Ulp. l. 14. §. si filiusfam. hoc tit.* Cujus rei ratio ex jure antiquo Quiritum sumenda est, quo filius instar servi in patris manu, potestate, ac ditione erat: unde etiam liberi, qui in potestate sunt, vendicari potuerunt, hac adjecta clausula, *Ex lege Quiritium l. 1. §. 2. de rei vend.* Ob furtum igitur filiifam. tripliciter agi poterit. Judicio criminali extra ordinem, *l. ult. hoc tit.* judicio publico legis Fabiæ de plagiariis, *l. ult. C. ad leg. Fab. de plag.* & civiliter in duplum aut quadruplum. Quoniam autem in libero homine nulla æstimatio corporis fieri potest, *l. 1. §. sed cum 5. de his qui effud.* multiplicabitur hic secundum interpp. id quod patris intererit. Mater filii surrepti actionem non habet, quia nec in potestate eum habet, *l. mater 38. hoc tit.* Sed nec patri datur condictio, utpote quæ non nisi vero domino competit, *l. 38. §. 1.*

TEXTUS.

De re propria.

10. Aliquando etiam suæ rei furtum quis committit; veluti si debitor rem, quam creditori pignoris causa dedit, subtraxerit.

NOTA.

10. QUAM CREDITORI PIGNORIS CAUSA] *l. 12. §. 2. d. l. 19. §. pen. l. 79. de furt.* Minus autem proprie hic dicitur debitor rei suæ furtum facere, cum eatenus tantum faciat, quatenus id, quod in ea re creditoris est, intervertit. Rei enim nostræ furtum facere non possumus. Paul. *2. sent. 31.* Aristot. *5. Eth. ult.*

COMMENTARIUS.

QUi rem pignori dat, eamque surripit, furti actione creditori tenetur, *l. itaque 12. §. 2. l. in actione 19. §. pen. l. si debitor 79. l. creditor 87. hoc tit.* Furtum autem rei pigneratæ dominus non tantum tunc facere videtur, cum possidenti sive tenenti creditori aufert; verum & si eo tempore abstulerit, quo non possidebat, ut puta si rem pignoratam vendidit: nam & hic furtum eum facere, sæpissime responsum est, *d. l. in actione 19. §. ult. l. si is qui 66. in pr. eod. l. 6. Cod. pro empt.* Cæterum minus proprie hic dicitur debitor rei suæ furtum facere, cum eatenus tantum faciat, quatenus id, quod in ea re creditoris est, intervertere conatur. Rei enim nostræ furtum facere non possumus. *Paul. 2. sent. 21. Aristot. 5. eth. ult.* Neque hæc species ad rigorem nostri temporis pertinet.

TEXTUS.

Qui tenentur furti. De eo cujus ope, consilio, furtum factum est.

11. Interdum quoque furti tenetur, qui ipse furtum non fecit: qualis est is, cujus ope & consilio furtum factum est. In quo numero est, qui tibi nummos excussit, ut alius eos raperet; aut tibi obstiterit, ut alius rem tuam exciperet; aut oves tuas, vel boves fugaverit, ut alius eas acciperet. Et hoc veteres scripserunt de eo, qui panno rubro fugavit armentum. Sed si quid eorum per lasciviam, & non data opera, ut furtum admitteretur, factum est, in factum actio dari debet. At ubi ope Mævii Titius furtum fecerit, ambo furti tenentur. Ope & consilio ejus quoque furtum admitti videtur, qui scalas forte fenestris supponit, aut ipsas fenestras vel ostium effringit, ut alius furtum faceret; quive ferramenta ad effringendum, aut scalas, ut fenestris supponerentur, commodaverit, sciens, cujus rei gratia commodaverit. Certe qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, sed tantum consilium dedit, atque hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti.

NOTÆ.

UT ALIUS EOS RAPERET] Dummodo & rapuerit: nam si nummi perierint, & ad neminem pervenerint, damni injuriæ actio datur, *d. l. 27. §. 21. ad leg. Aq.*

IN FACTUM ACTIO DARI DEBET] *d. l. 50. §. ult.* prætoria scil. aut si pecora præcipitata sunt, in factum civilis, sive utilis actio damni injuriæ quasi ex lege Aquilia, *d. l. 27. §. 21. ad leg. Aq. l. 51. de furt.*

VEL IPSAS FENESTRAS, &c.] *l. 50. §. pen. l. 54. §. pen. eod.*

Commentarius.

1 *Verba* ope consilio, *separatimne accipienda, an conjunctim.*

2 *Explicatur homonymia verbi* consilium, *& effectus secundum singula significata indicantur, & n. 3.*

NOnnunquam & ille furti tenetur, qui ipse furtum non fecit, id est, rem ipse non contrectavit; veluti is, cujus ope, consilio, furtum factum est; in quem prodita est hæc formula, *ope, consilio tuo, furtum factum esse ajo, l. si servus 27. §. si quis 21. ad leg. A-*
1 *quil.* Illud satis expeditum non est, verba hæc, *ope, consilio*, separatim accipienda sint, an conjunctim. Nam Paulus respondet separatim accipienda, idque convenienter sententiæ Labeonis, quod aliud sit factum ejus, qui ope, aliud ejus, qui consilio furtum facit, *l. sæpe 53. §. ult. de verb. sign.* Idem quoque Ulpianus non obscure indicat *l. si quis 52. in pr. & §. neque verba 19. hoc tit.* ibi, *opem ferre vel consilium dare.* Et clarius in *l. 6. de condict. furt.* qui etiam alibi hæc sic distinguit, *Consilium, inquit, dare videtur, qui persuadet & impellit atque instruit consilio ad furtum faciendum. Opem fert, qui ministerium atque adjutorium ad surripiendas res præbet, l. in furti 50. §. pen. hoc tit.* Secundum quæ actione furti tenebitur non solum cujus ope & consilio simul furtum factum est; sed etiam is, qui vel consilium tantum dedit, vel tantum opem tulit, *d. l. 6. de cond. furt.* Verum ex adverso conjunctim potius utrumque factum accipiendum esse, neque alterum absque altero furti quempiam obstringere, multis locis significari videtur, uti in *l. qui servo 36. in fin. pr. l. in furti 50. §. 1. hoc tit. l. si servus 27. §. si quis 21. ad leg. Aquil.* atque ab ipso adeo Paulo in *d. l. sæpe 53. §. ult. de verb. sign.* cum ait, post veterum auctoritatem eo perventum esse, *ut nemo ope videatur fecisse, nisi & consilium malignum habuerit, nec consilium habuisse noceat, nisi & factum fuerit.* Denique hoc ipso loco in calce §. nostri, ait Imperator, furti non teneri eum, qui tantum consilium dedit atque hortatus est ad furtum faciendum. Sic sentio, utrumque factum seorsum ad obligationem furti sufficere, vel inquam consilium dare, vel opem ferre: neque enim ex eo, quod hæc verba, *ope consilio*, sæpe conjunctim proponuntur, aut in hypothesi utrumque factum concurrit, protinus sequitur, furti non aliter agi posse, quam si utrumque concurrat: neque ea aut Pauli in *d. l. sæpe*, aut Justiniani hoc §. sententia est, ut planum fiet ex-
2 plicata homonymia, quæ est in verbo *consilium*. Triplex vero hujus verbi in re proposita usurpatio est. Nam aliquando generaliter verbo consilii significatur malitiosum propositum seu animus dolosus: quo sensu nemo dici potest ope furtum facere sine consilio, *l. in furti 50. §. 2. l. si pignore 54. §. pen. hoc tit.* verbi gratia, qui furi scalas commodavit, ignorans cujus rei gratia commodato peterentur, furti non tenentur: atque hoc est, quod sibi vult Jurisconsultus *d. l. sæpe in fin. de verb. sign.* Nonnunquam consilium usurpatur pro simplici suasione seu monitione, veluti si quis de paupertate conquerentem hortetur, ut furto sibi pecuniam quærat: cujusmodi simplex consilium furti neminem obligat, quantumvis furtum secutum sit: quod significat Justinianus in fine hujus text. Tertio consilium strictius accipitur, ut sit idem quod persuasio, impulsio, simulque instructio ad furtum faciendum; quale est, exempli causa, si quis furi rationem penetrandi in ædes, locumve, ubi pecunia reposita est, commonstret; in quo significatu consilium opponitur operæ, quæ actum proximè ad furtum directum, auxiliumque, quod in ipso furto præstatur, designat, *d. l. in furti §. pen.* Hæc consilii species, etsi nullum porro ministerium seu opera accedat, consulentem obligat; utique si alter consilium datum secutus furtum commiserit: nam si ille relicto consilio à furto abstinuerit, verius est, nec eum, qui tale consilium dedit, furti obstringi, *arg. l. qui servo 36. pr. l. si quis 52. §. neque 19. h. t. d. l. sæpe §. 1. in fin. de verb. sign.* quo loco, quod notandum est, Jurisconsultus primum voce consilii intelligit malignum propositum & scientiam opem ferentis, mox persuasionem atque instructionem ad furtum faciendum; uti & in *pr. ejusd. §. 1.*

Qui tibi nummos excusserit, &c.] *l. si quis 52. §. si quis 13. hoc tit.* Sabinus hoc casu etiam in factum dari posse actionem ait, *l. si servus 27. §. si quis 21. ad leg. Aquil.* Idem Sabinus apud Gellium *lib. 11. c. 18.* refert, furem esse hominis judicatum, qui cum fugitivus præter oculos domini fortè iret, obtentu togæ, tanquam se amiciens, ne videretur à domino, obstitisset.

Qui panno rubro] *l. in furti 50. §. ult. hoc t.* Tauros & boves rubicundi coloris adspectu excitari & furorem eis acui, scribit Seneca *lib. 3. de ira.* Ovid. 12. *Metam.* eoque alludit Cicero *lib. 2. de divin.* cum quærit, an taurus is, cujus cor in sacrificio non erat inventum, conspecta Cæsaris purpura sic expaverit, & terrore exanimatus sit, ut repente cor amiserit.

Per lasciviam] Si quis hoc furti faciendi causa, sed per petulantiam quid eorum, quæ dicta sunt fecerit, non actione furti, sed in factum tenetur, *d. l. in furti §. ult.* Quod si res ita perierit, ne ad aliquem perveniret, utilis actio damni injuriæ quasi ex lege Aquilia datur: neque hic distinguitur, furti faciendi animo, an per lasciviam quid factum fuerit, *l. si servus 27. §. si quis 21. ad leg. Aquil. l. nam & 51. hoc tit.*

Qui

Qui scalas fenestris supposuit] Qui vel ostium effregerit, vel ferramenta sciens commodaverit ad effringendum ostium vel armarium, vel scalam supposuerit, vel sciens commodaverit ad adscendendum, licet nullum ejus consilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit, tamen furti actione tenetur, *l. si pignore 54. §. pen. hoc tit.*

Tantum consilium dedit atque hortatus est] Quod ante diximus, ob simplex consilium aut hortationem ad furtum faciendum furti actionem non dari, etiamsi furtum secutum fuerit, id verum esse, perspicuè ostendit hic noster textus: quem proinde malè nonnulli sic limitant, nisi furtum fuerit secutum: nam si furtum secutum non sit, nec is, qui furem consilio instruxit, aut instrumenta ad furtum faciendum sciens commodavit, furti tenetur: quippe ubi nulla contrectatio intervenit, furtum intelligi non potest. Hodie in universum mitius, quam fures, puniuntur, quorum ope, consilio, furtum factum est. Neque enim in caput aut corpus eorum sævitur, nisi in ipso actu furandi auxilium furibus præstiterint, ut hic docent interpretes.

TEXTUS.

De his qui sunt in potestate. Et de ope ac consilio extranei.

12. *Hi, qui in parentum, vel dominorum potestate sunt, si rem eis surripiunt, furtum quidem faciunt, & res in furtivam causam cadit, nec ob id ab ullo usucapi potest, antequam in domini potestatem revertatur: sed furti actio non nascitur; quia nec ex alia ulla causa potest inter eos actio nasci. Si vero ope & consilio alterius furtum factum fuerit, quia utique furtum committitur, convenienter ille furti tenetur: quia verum est, ope & consilio ejus furtum factum esse.*

NOTA.

SED FURTI ACTIO NON NASCITUR] Quia pater & dominus privatæ animadversionis jus habent, *l. 17. de furt.* vel quia non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi agere possumus, *l. 16. eod.* nisi filius habeat castrense peculium, *l. 4. de judic. l. 52. §. 5. de furt.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur servi & filii furtum nobis facientes furti non teneantur.*
2 *Quid si filius castrense peculium habens patri furtum fecerit, aut pater illi.*
3 *Furtorum domesticorum coërcitio vetus & hodierna.*

Servi & filii nostri furtum quidem nobis faciunt, ipsi autem furti non tenentur. Cujus rei duplex affertur ratio: tum quod dominus & pater in servum & filium privatæ animadversionis jus habent, *l. servi 17. h. t.* qua eadem ratione placet, nec libertum patrono, nec mercenarium patrifam. furtum facientes actione furti conveniri posse, *l. si libertus 89. eod.* tum quod non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi, agere possumus, *l. nec cum 16. eod.* Et domino quidem nulla unquam cum servo actio esse potest: at potest aliquando patri lis esse cum filio, quem in potestate habet, nempe si filius castrense habeat peculium, atque ex ea causa conveniatur, *l. 4. de judic.* Quid ergo si filius castrense peculium habens furtum patri fecerit? Defendi potest, utili actione eum teneri, cum habeat, unde satis faciat, *l. si quis 52. §. sed si 5. hoc t.* Ex converso quoque si pater rem castrensis peculii filii subtraxerit, furti patrem teneri, responsum est, *d. l. 52. an autem 6.* quod tamen, ut rectè plerique monent, accipiendum erit de utili in factum actione: neque enim ulla actio famosa, qualis est furti, filio adversus patrem datur, *l. 5. de obseq. par. præst.* (1 … 2 in margin)

Nec ab ullo usucapi potest] Etsi ex causa furti, à servo aut filio facti, domino aut patri actio non conceditur; tamen quia furtum revera factum est, res vitio furti afficitur; ac proinde usucapi non potest, antequam vitium purgetur: quod fit, cum in potestatem domini reversa est, *§. 2. & seq. sup. de usucap.*

Si vero ope & consilio] *l. qui servo 36. §. 1. h. t.* Et hoc quoque consequens est ei, quod dixit verè, in proposito furtum fieri. Pari ratione si quis uxori res mariti subtrahenti opem consiliumve accommodaverit, furti tenetur, etsi illa non tenetur, sed rerum amotarum, *d. l. si quis 52. pr. junct. l. 1. & 2. de act. rer. amot.* Furta domestica, puta famulorum aut mercenariorum, qui apud nos degunt, licet graviorem pœnam, quam alia mereri videantur propter perfidiam & difficultatem ab iis cavendi; tamen leges, præsertim si viliora sunt, publicè ea vindicari vetant, *l. perspiciendum 11. §. 1. de pœn.* nimirum quoniam antiquitus coercitio eorum permissa erat ipsi patrifa. Sed quoniam privata illa emendatio hodie ab usu recessit, non minus severè hæc, quam cætera furta, 3

publicè nunc vindicanda censeo cum D. Tuldeno *comm. hic c. 3. in fin. add. Grœnew. d. ll. abrogand. hic.*

TEXTUS.

Quibus datur actio furti.

13. Furti autem actio ei competit, cujus interest rem salvam esse, licet dominus non sit. Itaque nec domino aliter competit, quam si ejus intersit rem non perire.

COMMENTARIUS.

1 *Temperatio regulæ à Justiniano hic tradita.*
3 *Remotio eorum, quæ huic loco obstare videntur.*

DOcet hic Justinianus, cui competat actio furti, & primum generaliter definit, actionem hanc competere omnibus, quorum interest, furtum factum non esse: mox quasi hoc amplians, subjicit, idem etiam obtinere, quamvis dominus non sit, cui res surrepta est, denique nec ipsi domino aliter furti actionem competere, quam si ejus intersit rem salvam esse: quæ omnia indigent explicatione.
1 Ad definitionem quod attinet, illa sic temperanda est, si intersit ex honesta causa, *l. 10. cum seq. h. t.* Neque enim furi aut malæ fidei possessori, quamvis eorum intersit rem non surripi, actio furti datur; cum nemo ex improbitate sua actionem consequi debeat, *l. itaque 12. §. 1. l. eum qui. 14. §. 3. & 4. l. qui re. 76. §. 1. eod.* Ab Ulpiano tamen unus casus profertur, quo fur furti agere potest, *l. qui vas 48. §. si ego 4. eod.* Illud in universum hic tenendum, sufficere ad actionem furti, quod tunc interfuit; cum furtum fieret, licet eo tempore, quo agitur, non amplius intersit, ut docet Jurisconsultus *l. inter omnes 46. in pr. eod.* Quod vero addit Justinianus, *licet dominus non sit,* ei
2 multa obstare videntur. Primum quod emptori, cui res nondum tradita est, actio furti denegatur solum ob hoc, quod dominus non est, *§. 3. sup. de empt. d. l. 14. in p. junct. l. si vendidero 80. h. t.* cum tamen constet, emptoris etiam hic interesse; quippe ad quem perfecta emptione, licet res nondum tradita sit, omne damnum pertineat, *d. §. 3. de empt.* Deinde etsi creditoris interest habere idoneum debitorem, scribit tamen Cajus, creditorem ob rem debitoris surreptam furti agere non posse, quamvis aliunde creditum servare nequat, *l. interdum 49. h. tit.* Denique traditum est, nec eum, cui ex stipulatu vel testamento res aliqua debetur, ea surrepta actionem furti habere, quamvis ejus intersit, *l. is cujus 85. in fin. eod.* Cæterum ad hæc respondemus, quod dicitur, actionem furti dari iis, quorum interest, etsi domini non sunt, id non pertinere ad omnes, quorum quolibet modo interest, rem salvam esse, aut surripi; sed ad eos duntaxat, quorum culpa res surrepta est, cum eam ex voluntate domini suo periculo tenerent, veluti ex causa commodati, locati, pignorisve accepti, *d. l. 14. §. an pater. 10. & multis seqq. hoc tit.* Atque hoc perspicuè etiam docet Paulus *d. l. is cujus 85. in pr. eod.* Postremo quod Justinianus ait, nec domino actionem furti competere, nisi intersit rem non perire, in eo respicit ad casus jam dictos, & qui tractantur §§. *proximè seqq.* quibus scilicet dominus actionem ex contractu ad rem ejusve æstimationem consequendam adversus alios habet. Nam extra hujusmodi casus solum dominium vicem obtinet ejus, quod interest, ut ostendit *l. si vendidero 80. pr. hoc. tit.* ubi venditori, re ante traditionem surrepta, actionem furti competere Papinianus scribit, quoniam ejus intersit duplici de causa, vel ideo, quod adhuc dominus est, vel quia ad præstandas actiones tenetur.

TEXTUS.

De pignore surrepto Creditori.

14. Unde constat creditorem de pignore surrepto furti actione agere posse, etiamsi idoneum debitorē habeat: quia expedit ei pignori potius incumbere, quam in personam agere: adeo quidem, ut quamvis ipse debitor eam rem surripuerit, nihilominus creditori competat actio furti.

NOTA.

PIGNORI POTIUS INCUMBERE] *l. 1. 5. de reg. jur.* Unde etiam creditori actio furti competit, etiamsi culpa ejus absit, aut debitor solvendo sit, *d. l. 12. §. ult.* adeoque licet ipse debitor rem surripuerit, *§. 10. sup. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Quibus de causis creditori in proposito furti actio detur: & quid intersit, adversus dominum, an extraneum experiatur.*

IN numero eorum, quorum interest rem non surripi, & qui ex ea causa furti actionem habent, quamvis non sint domini, in primis creditor est; non quidem si surrepta sit res quævis debitoris, sed si ea, quæ pignori data erat: nec refert, debitor ipse eam surripuerit, an extraneus, *l. itaque 12. §. ult. l. eum qui 14. §. 5. & 6. & §. qualis 16. l. in actione 19. §. pen. & ult.*

ult. l. interdum 49. hoc tit. Duplici vero respectu ac
1 ratione hic interest creditoris, actioque furti ei datur; tum quia ad rem, si culpa ejus surrepta est, restituendam tenetur actione pigneratitia, *d. l. eum qui* §. *idem scribit. 6.* tum quia etiamsi culpa ejus non intervenerit, tamen alia de causa adhuc ejus interest; quoniam expedit ei, pignori potius incumbere, quam in personam agere, juxta *l. plus cautionis 25. de reg. jur.* Itaque creditori omnimodo furti actio competit, nimirum etsi culpa ejus absit, aut debitor solvendo sit, *d. l. itaque* §. *ult.* eoque amplius licet ipse debitor rem surripuerit: de quo dictum *sup.* §. *aliquando 10.* Quamvis autem in proposito creditori æquè adversus dominum atque extraneum actio furti detur; tamen hoc interest, quod creditori contra extraneum agenti duplatur æstimatio ipsius pignoris: agenti vero contra dominum summa pecuniæ debitæ cum usuris, *l. creditori 87. eod.* Item quod priore casu quicquid percepit creditor, debito imputare, & quod excedit, restituere teneatur: posteriore, quod ipse debitor furti actione præstitit, creditoris lucro cedat, *l. si pignore 22. de pign. act. l. 12.* §. *1. de distr. pign. l. creditor. 15. pr. hoc tit.*

TEXTUS.

15. Item si fullo polienda curandave, aut sarcinator sarcienda vestimenta mercede certa constituta acceperit, eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus; quia domini nihil interest eam rem non perire, cum judicio locati à fullone aut sarcinatore rem suam persequi possit. Sed & bonæ fidei emptori surrepta re, quam emerit, quamvis dominus non sit, omnino competit furti actio, quemadmodum & creditori. Fulloni vero & sarcinatori non aliter furti actionem competere placuit, quam si solvendo fuerint, hoc est, si domino rei æstimationem solvere possint. Nam si solvendo non sint, tunc quia ab eis suum consequi non possit, ipsi domino furti competit actio: quia hoc casu ipsius interest, rem salvam esse. Idem est &, si in parte solvendo fuerit fullo aut sarcinator.

COMMENTARIUS.

1 *Discrimen circa actionem furti inter fullonem & cateros conductores, item creditorem.*
8 *Cur bonæ fidei emptoris duntaxat hic fiat mentio.*

Etiam is, qui conduxit, furti actionem habet, sed ita si culpa ejus res surrepta sit, *l. eum qui 14.* §. *quod si 12. hoc tit.* nam tunc etiam conductoris interest rem non surripi, propterea quod judicio locati tenetur in rei æstimationem: neque, ut creditor, restituere cogitur, quod actione furti consecutus est, *l. 6. locat.* At si sine culpa conductoris res surripiatur, solus dominus actionem furti habet, utpote cujus tunc solius interest, actione locati eo casu deficiente, *d. l. eum qui* §. *idem scribit 6.* Fullo autem semper agit, quoniam custodiam præstare debet, §. *seq. l. itaque 12. pr. eod.* id est, fullo furti actionem habet, etiamsi sine culpa ejus res furto amissa sit, modo ne casu, quem præcavere non poterat: nimirum fullo, non ut regulariter alii conductores, levem tantum culpam præstat, sed ut illi, qui operam offerunt, etiam levissimam, seu, ut nostri loquuntur, & culpam & diligentiam. De sartore idem habendum: repete quæ notavimus *sup. ad* §. *pen. de locat.* 1

Bonæ fidei emptori surrepta, quem emerit] Atque emptam ab eo, quem dominum esse putabat, acceperit: nam antequam res tradita est, furti actio emptori non competit, *d. l. 14. pr. h. tit.* Consulto autem bonæ fidei emptoris tantum hic fit mentio; quoniam ei, qui titulo lucrativo possidet, placet furti actionem non dari: cum non ejus, qui lucrum facturus, sed qui damnum passurus est, interesse videatur, *l. ejus rei 71.* §. *1. eodem.* Hinc igitur temperanda *d. l. itaque* §. *1. h. t.*

Omnino competit] In aliis est, *omnimodo*, nempe sive solvendo sit bonæ fidei emptor, sive non sit: Cujac. nam emptoris semper interest, propter pretium, quod ei abest. In fullone autem & sartore id secus esse, mox docetur. Quanta igitur hic æstimatio facienda? Responsum est, si dominus cum bonæ fidei emptore concurrat, emptori duplo, quanti ejus interest, æstimari, domino autem duplo, quanti res est, *l. furtivam 74. hoc tit.* Putarem autem, non concurrente domino, emptori ipsius pretium rei duplari.

Non aliter, quam si solvendo] Fulloni & sarcinatori cæterisque conductoribus actio furti non aliter competit, quam si solvendo sint. Nam ut Ulpianus ait, qui non habet, quod perdat, ejus periculo nihil est, *d. l. itaque 12. eod.* Solvendo autem esse nemo intelligitur, nisi qui solidum solvere potest, *l. solvendo 114. de verb. sign.*

TEXTUS

TEXTUS.

De re commodata.

16. *Quæ de fullone & sarcinatore diximus, eadem & ad eum, cui commodata res est, transferenda, veteres existimabant. Nam ut ille fullo mercedem accipiendo, custodiam præstat, ita is quoque, qui commodatum utendi causa accepit, similiter necesse habet custodiam præstare. Sed nostra providentia etiam hoc in nostris decisionibus emendavit, ut in domini voluntate sit, sive commodati actionem adversus eum, qui rem commodatam accepit, movere desiderat, sive furti adversus eum, qui rem surripuit; & alterutra earum electa, dominum non posse ex pœnitentia ad alteram venire actionem: sed siquidem furem elegerit, illum qui rem utendam accepit, penitus liberari: sin autem commodator veniat adversus eum, qui rem utendam accepit, ipsi quidem nullo modo competere posse adversus furem furti actionem: eum autem, qui pro re commodata convenitur, posse adversus furem furti habere actionem. Ita tamen, si dominus, sciens rem esse surreptam, adversus eum, cui res commodata fuerit, pervenit. Sin autem nescius & dubitans rem esse surreptam, apud eum commodati actionem instituerit: postea autem re comperta voluerit remittere quidem commodati actionem, ad furti autem actionem pervenire, tunc licentia ei concedatur & adversus furem venire, obstaculo nullo ei opponendo: quoniam incertus constitutus movit adversus eum, qui rem utendam accepit, commodati actionem: nisi domino ab eo satisfactum fuerit: tunc etenim omnino furem à domino quidem furti actione liberari; suppositum autem esse ei, qui pro re sibi commodata domino satisfecit: quum manifestissimum sit, etiamsi ab initio dominus actionem commodati instituerit, ignarus rem esse surreptam, postea autem hoc ei cognito, adversus furem transierit, omnino liberari eum, qui rem commodatam acceperit, quemcumque causæ exitum dominus adversus furem habuerit: eadem definitione obtinente, sive in parte, sive in solidum solvendo sit is, qui rem commodatam acceperit.*

NOTÆ.

IN NOSTRIS DECISIONIBUS] Scriptæ sunt à Justiniano post priorem Codicis editionem 50. leges, quas decisiones appellavit, propterea quod maximas quasque veterum controversias dirimunt. Harum una est, quam hic significat, *l. ult. C. de furt.* cujus hæc est summa. Dat in proposito Justinianus domino optionem, ut is pro libitu suo vel judicio commodati commodatarium convenire, vel contra furem furti agere possit. Cæterum electione semel facta, non liceat variare, nisi ex causa ignorantiæ, idque ante factam solutionem. Electo fure, ut commodatarius liberetur, commodatario electo, huic ut fur obnoxius fiat.

REM ESSE SURREPTAM, &c.] Cujac. *rem non esse subreptam apud eum, commodati actionem,* &c. & ita legitur in *d. l. ult.*

QUEMCUMQUE EXITUM DOMINUS HABUERIT] Id est, sive contra furem agens vicerit, sive victus sit, aut fur non fuerit solvendo. Th.

COMMENTARIUS.

HOc admisso, furti actionem competere omnibus, quorum periculo res alienæ sunt, etiam commodatario surrepta re commodata eadem actio danda fuit; quippe ad quem periculum illud vel magis pertinet, quam ad creditorem pigneratitium aut simplicem conductorem; cum hic culpam duntaxat levem, ille etiam levissimam præstet, *l. 5. §. 2. commod. §. 2. sup. quib. mod. re contr. obligat.* unde commodatarius in eadem causa cum fullone hic ponitur. Atque hoc etiam constanter à veteribus traditum est, *d. l. 5. in fin. & 2. ll. seqq. commod. l. eum qui 14. §. si res 14. cum*

14. cum §§. seqq. hoc tit. l. si uxori 18. rer. amot. quod tamen ab iis sic acceptum fuit, si commodatarius solvendo esset, *arg. l. itaque 12. pr. hoc tit.* Justiniano autem visum est, non debere commodatario, qui gratuitum usum habet, idem jus hic concedi quod illis tribuitur, qui pro usu rei mercedem præstant, aut pro mercede operam. Cumque inter veteres non satis conveniret; an si furti tempore commodatarius solvendo esset, postea vero fortunis exueretur, actio furti ad dominum migraret, nec ne; tum etiam utri danda foret actio, domino ne, an commodatario, si hic ex parte tantum solvendo esse comperiretur: hanc simul contentionem sustulit. Itaque optionem actionis dedit domino, ut is pro libitu suo vel judicio commodati commodatarium convenire, vel contra furem furti agere posset. Cæterum electione semel facta, non liceret variare, nisi ex causa ignorantiæ, idque ante factam solutionem: electo fure, ut commodatarius liberaretur; commodatario electo, huic ut fur obnoxius fieret, *l. ult. c. h. t.*

TEXTUS.

De re deposita.

17. Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non præstat; sed tantum in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit: qua de causa, si res ei surrepta fuerit, quia restituendæ ejus rei nomine depositi non tenetur, nec ob id cujus interest rem salvam esse, furti agere non potest: sed furti actio domino competit.

NOTA.

FURTI AGERE NON POTEST] Nisi convenerit, ut culpam quoque præstet, *§. pen. tit. seq.* aut se deposito obtulerit, arg. *l. 1. §. 35. depos.*

COMMENTARIUS.

1 *Probatur D. Cujacii interpunctio l. 2. §. 23. & 24. vi bon. rapt.*

RE deposita surrepta placet, domino, non depositario, actionem furti dari, *l. eum qui. 14. §. hoc tit.* Et merito placet: neque enim interest depositarii, rem non surripi, qui præter fidem nihil præstat, *§. pen. sup. quib. mod. re contr. oblig.* Quod si dolo ejus furtum factum sit, jam quidem ejus interest, quia tenetur actione depositi: sed nihilo magis actionem furti habet: quoniam nemo ex dolo & improbitate sua actionem consequitur, *l. itaque. 12. §. 1. d. l. eum qui §. 3. hoc tit.* Quid vero si convenerit, ut culpam quoque præstet, aut quid si deposito se obtulit, pretiumve depositionis, quasi honorarium, acceperit? Ratio juris postulare videtur, ut hic ipsi depositario actionem furti demus, eo quod his casibus rem suo periculo tenet, *d. l. eum qui §. qualis 16. eodem §. furti. 13. sup. eod.* cumque id etiam satis manifestè evincat *§. pen. tit. seq.* omnino verum esse existimo, quod Cujac. ibi notat, locum Ulp. in *d. l. 2. §. & generaliter 23. & § seq. 24. vi. bon. rapt.* mendosum esse; nimirum perperam principium *d. §. 24.* separari à fine §. præcedentis, cum quo jungendum erat, & sic legendum; *Nam & furti actionem habeo, si in re deposita culpam quoque repromisi, vel pretium depositionis, non quasi mercedem, accepi:* hic demum novum §. inchoandum; *Utilius dicendum est, &c.*

TEXTUS.

An impubes furti teneatur.

18. In summa, sciendum est, quæsitum esse an impubes rem alienam amovendo furtum faciat. Et placuit, quia furtum ex affectu furandi consistit, ita demum obligari eo crimine impuberem, si proximus pubertati sit, & ob id intelligat se delinquere.

COMMENTARIUS.

1 *Ex impuberibus solos pubertati proximos, delicti & pœnæ capaces esse.*
2 *Quæ concurrere debeant, ut impuberes pœnam ex delicto sustineant.*
3 *Capite plectendos non esse, nec legibus de adulteriis teneri.*

QUod hic traditur, quæsitum esse, an impubes rem alienam amovendo furti obligetur, id de aliis quoque delictis & criminibus omnibus quæsitum est. Et quoniam maleficia ex voluntate & proposito delinquendi æstimantur, *l. qui injuria 53. hoc tit. cap. illud relatum 15. q. 1.* non possunt videri delinquere, ac proinde nec pœnis legum delicta vindicantium obnoxii esse debent infantes, *l. impuberem 23. hoc tit. l. 5. §. penult. ad leg. Aquil. l. infans 12. ad leg. Corn. de sicar. Clem. un. de homicid.* Sed nec infantiæ proximi: quippe quos non minus, quam infantes, innocentia consilii tueri debet, *arg. §. pupillus 9. sup. de inut. stip. Gomez. 3. resol. 1. n. 57.* quod certius apparebit ex sequentibus. Sed in ætatem pubertati proximam uti dolus & culpa cade- 1

re potest, ita & impuberes, qui hujus ætatis sunt & doli capaces, delinquere possunt, & ad pœnam ex delictis obligantur, *hoc text. l. pupillum* 111. *de reg. jur. l. impuberem 23. hoc titul. l. 2. §. 19. vi bonorum rapt. l. 5. §. penult. ad leg. Aquil. l. excipiuntur 14. de senat. Silan. l. 3. §. 1. de sepulcr. viol. cap. 1.*
2 *x. de delict. puer.* Duo vero hæc concurrere debent, ut impuberes infantiam egressi ex delicto pœnam sustineant; ut non procul absint à pubertate; ut doli sint capaces: nam hoc ex illo non præsumitur, ut rectè docet Boër. in add. ad Decium in *l. fere. 108. de reg. jur.* Atque huc accommodari potest locus Apuleji *apol. 2.* ubi in hujusmodi pueros his verbis declamat; *Sed enim malitia præcoci puerum quis non adverſetur atque oderit? cum vivat velut monstrum quoddam prius robustum scelere, quam tempore, ante nocentem, quam potentem, viridi pueritia, cana malitia? vel potius hoc magis noxium, quod cum venia perniciosus est: & nondum pœna, jam injuria sufficit.* Sed & delictum tale esse debet, quod in facto, non in omissione aut nuda negligentia consistat, *l. 2. C. si adv. del. Gomez. d. resol. n. 59.* item quod jus commune seu naturale violet, non merum civile aut positivum, *cap. 2.*
3 *x. de del. puer.* Postremo ut hæc concurrant, tamen puerum pœna capitali, quamvis grave crimen admiserit, plectendum non esse, sed mitiore, quæ intra supplicium mortis consistat, censent interpretes. *Gomez. d. loc. num. 63.* quippe mobilem adhuc & incerti tenoris animum non nisi in emendationem puniri debere, ac proinde etiam fine amputatione membri. *Clar. §. ult. quæst. 60.* quanquam alii judicis arbitrio hoc committunt: quod in adultis minoribus 25. annis facilius admiserim, per *l. auxilium 37. §. 1. de minor. Gomez. d. loc. num. 62. & seq.* Illud generaliter tenendum, impuberem, quantumvis pubertati proximum, non teneri legibus, quæ adulteria aut stupra, aliave carnis delicta puniunt, *l. si minor. 36. ad leg. Jul. de adult. Gomez. d. resolut. num. 59.* ubi refellit eos, qui excipiunt impuberem præcoci in Venerem vigore. Quod enim Canones circa matrimonium favorabiliter constituerunt *cap. fin. de desponſ. impuber.* id transferendum non esse ad exacerbandas pœnas juris civilis, *add. D. Tulden. in C. si adv. del. & comm. hic cap. 6.*

TEXTUS.

Quid veniat in hanc actionem: Et de affinibus actionibus.

19. Furti actio, sive dupli, sive quadrupli, tantum ad pœnæ persecutionem pertinet. Nam ipsius rei persecutionem habet dominus, quam aut vindicando aut condicendo potest auferre. Sed rei vindicatio quidem adversus possessorem est, sive fur ipse possidet, sive alius quilibet. Condictio autem adversus furem ipsum, hæredemve ejus, licet non possideat, competit.

NOTÆ.

19 TANTUM AD POENAE PERSECUTIONEM] *§. 18. inf. de act. l. 7. §. 1. de cond. furt.* Potest & criminaliter furti agi ad pœnam corporalem furi infligendam, *l. ult. de furt.*

EXTRINSECUS] Id est, *aliunde.* Furti actio pœnam persequitur legitimam, condictio rem ipsam: quæ res facit, ut altera alteram non consumat, *l. 7. §. 1. de cond. furt.*

FUREM HAEREDEMVE EJUS] Quia condictio furtiva rei habet persecutionem *l. 7. §. 2. de cond. furt.* At furti actio in hæredem non datur, quia pœnalis est ex maleficio; cujusmodi actiones in hæredem non dantur, nisi lis cum defuncto contestata fuerit, *§. 1. inf. de perp. & temp. act.*

COMMENTARIUS.

1 *An furti actio civilis concurrat cum criminali.*
2 *Vindicatio & condictio rei furtivæ cur soli domino competant.*
3 *Adversus quos hæ actiones dentur.*
4 *Cur condictio in hæredem detur, cum actio furti non detur.*
5 *An hæres condictione furtiva teneatur in solidum.*

ACtio furti sive manifesti sive nec manifesti mere pœnalis est, id est, solius pœnæ persecutionem continet, ita ut extra duplum aut quadruplum adhuc res ipsa restituenda sit, *§. ex maleficiis 18. inf. de action.* Estque ad eam rem recuperandam duplex actio domino prodita, vindicatio & condictio; quarum altera quidem alterius electione consumitur, sed neutra earum consumitur per actionem furti, receptaque re nihilominus salva est furti actio, *l. si pignore 54. §. cum furti. 2. hoc titul. l. 7. §. 1. de condict. furti.*
Illud quæritur, an is, qui furti civiliter egit, & pœ- 1
nam consecutus est, posset adhuc extra ordinem criminaliter agere ad pœnam corporalem furi infligendam. Et verius est, non posse, sed altero judicio alterum consumi; *l. interdum 56. §. 1. hoc titul.* Neque obstat *l. unic. C. quand. civil. action. crimin. præjud.* Nam regula *d. l. unic.* pertinet ad actiones civiles rei per-

persecutorias, cum quibus ex eodem facto criminales concurrunt: item ad publica judicia, quæ omnibus patent, & concurrunt cum ex eodem facto pœnalibus civilibus, *vid. Cujac. 20. observ. 26. Besold. ad tit. de furt. quæst. 7. diss. Gomez. 3. resolut. 5. n. 4. add. Christin. vol. 4. decis. 201.* Illud certum est, pœnam corporalem non impedire, quominus fur hæresve ejus ad rem restituendam efficaciter conveniri possint, *Besold. d. quæst. 7.*

Habet dominus] Furti actio datur omnibus, quorum interest furtum factum non esse, *§. furti. 13. sup.*
2 At rei furtivæ persecutio soli domino competit, sive de vendicatione quæratur, sive de condictione furtiva: nam & hæc, ut illa, jure dominii duntaxat datur, *d. §. ex maleficiis 18. inf. de action. l. 1. l. 10. §. ultim. de condict. furt.* Quod solus dominus rem surreptam vindicare potest, mirum non est; cum nemo actionem in rem habeat, nisi qui dominus sit, *l. in rem. 23. de rei vind. l. act. 25. de obl. & act. §. 1. infr. de act.* Quod autem domino adversus furem datur etiam condictio rei, id contra rationem juris receptum est odio furum. Nam regulariter suam rem nemo condicere potest, *l. ult. in fin. usufr. quem cav. §. itaque 14. inf. de action.* Sed cur non datur ei, cujus interest, dominus non sit? Quoniam ejus solius est rem repetere, cujus ea prius fuit. Non fuit autem, nisi domini.

Rei vindicatio adversus possessorem] Quemcumque, sive fur sit, qui possideat, sive alius: nam in rem actio semper adversus eum est, qui rem possidet, *l. actionum 25. de obligat. & action. §. 1. inf. de action.*

Adversus furem] Condictione furtiva nunquam alius tenetur, quam fur ipse hæresve ejus, *hoc text. l. 5. de cond. furt.* Furem autem verum accipimus, id
3 est, eum, qui ipse furtum fecit & rem contrectavit, *d. l. 5.* nam is, cujus ope consiliove furtum factum est, tenetur quidem etiam furti, sed quia rem non contrectavit, non tenetur condictione, *l. 6. de condict. furt.* Plane si res aliter adversus furem salva esse non potest, placet, etiam eum, qui opem tulit, condictione teneri, nimirum in subsidium, *l. sæpe 53. §. ultim. de verbor. signif. & ibi Alciat.*

Heredemve ejus, licet non possideat] Rei vendicatio adversus omnes competit, qui rem possident, sed adversus eos solos. Itaque nec adversus furem hæredemve ejus aliter competit, quam si possideant. Condictio autem furtiva etiam in eum datur, qui non possidet, sed adversus furem tantum hæredemve ejus, *hoc text. l. 1. de cond. furt. l. 1. de priv. delict.*
4 Quod condictio etiam in hæredem furis datur, in eo quoque differt ab actione furti, quam constat in hæredem non transire, nisi lis cum defuncto contestata sit, *§. 1. inf. de perp. & tempor. action.* Cur vero tam varie? neque enim minus condictio rei furtivæ ex causa maleficii descendit, quam actio furti, *l. 2. l. 3. l. 5. & l. 9. de cond. furt. l. si ambo. 10. §. 2. de compens. l. 3. §. pen. de pecul. l. mulier. 21. §. pen. de act. rer. am. l. cessat. 36. de oblig. & action.* Nimirum quia una rei persecutoria est, altera pœnalis: id est, quia condictio furtiva tantum comparata est ad persequendum id, quod ex patrimonio nobis abest; furti actio ad puniendum ipsum maleficium, *l. 7. §. 2. de cond. furt. junct. d. §. 1. inf. de perp & temp. action.* Sic enim legis Aquiliæ actio negatur in hæredem transire, non quia ex delicto est, sed quia pœnalis, transitura utique, si ultra damnum datum lis nunquam æstimaretur, *§. his autem 9. inf. de leg. Aquil.* Estque hujus rei etiam evidens hoc argumentum, quod regula de actionibus, quæ in hæredem non dantur, concepta est de iis, quæ pœnales sunt ex maleficio, *d. §. 1. inf. de perp. & temp. action. l. hac actio. 13. de serv. corr. l. 1. de priv. del. l. sicuti 38. l. pœnalia 164. l. pupillum 111. §. 1. de reg. jur. & simil.* An igitur condictione ex causa furtiva tenebitur hæres furis in solidum; Sic sentio. Nam præterquam quòd hoc disertè responsum est in *l. 9. de cond. furt.* moveor eo quod nunquam actio in hæredem absolutè dari dicitur, cum non datur in solidum: cum autem eatenus tantum datur, quatenus ad eum pervenit, aut hoc adjicitur, aut dari simpliciter negatur, *d. §. 1. inf. de perp. & temp. act. d. §. his autem 9. inf. de leg. Aquil. l. 5. de calumn. l. 1. in fin. l. 3. de vi. l. in hæredem 26. de dol. l. 1. de priv. del. l. 2. §. ultim. vi bon. rapt. l. Julianus 16. de judic. l. 13. de serv. corr. l. 9. §. 1. quod fals. tut. l. inde Neratius 23. §. hanc actionem 8. ad leg. Aquil. l. 3. §. penult. si mens. fals. mod. l. in honorariis 35. de oblig. & action. l. sicuti 38. l. pupillum 111. §. 1. de reg. jur.* & sexcentis aliis locis. Dicitur sane, aliquando actiones ex delicto venientes in hæredes non dari, nisi quatenus ad eos pervenit, nec adjicitur, pœnales, ut in *l. un. C. ex del. defunct.* Sed istæ definitiones, utpote ex eo, quod plurimum & ferè semper fit, conceptæ, sic accipiendæ sunt, si agatur de eo, quod defunctus deliquit, sive ad pœnam: atque hæc communis est DD. sententia. *Dissent. Cujac. 7. observ. 37. & 13. obs. 39. Vultei. hic. Lyclam. 1. membr. 18. & lib. benedict. passim.* Quorum argumentis occurrimus sub *§. 1. inf. de perpet. & tempor. act. Adde. Anton. Fabr. 4. conject. 1. Donel. ad d. l. un. C. ex del. defunct.*

TITULUS II.

D. lib. 47. t. 8. C. lib. 9. t. 33.

De vi bonorum raptorum.

Continuatio. Violentiæ variæ genera, & de qua hic agatur.

SECUNDA species delicti privati rapina dicitur; inter quam & furtum hoc interest; quod furtum est clandestina rei alienæ ablatio, rapina violenta. Est vero hoc crimen tanto gravius furto, quanto vis magis est adversus bonos mores, magisq; turbat quietem publicam, quam clandestina rerum amotio. Qua de causa etiam legibus publicorum judiciorum rapina vindicatur, videlicet lege Julia de vi publica, & lege Julia de vi privata, *l.2.§.1. hoc tit.* Inscribitur hic titulus *de vi bonorum raptorum.* Subaudi *actione.* Quod in quibusdam libris etiam exprimitur. Sciendum autem est, neque vim omnem unius esse generis, neque uno coërceri modo. Interpretes vulgo quintuplicem eam faciunt, turbativam, inquietativam, compulsivam, expulsivam, & ablativam. Nos inquietativam, quam vocant, sub turbativa comprehendimus. Turbativa est, cum possessor in possessione manens impeditur re sua libere uti, sive id fiat manu & corpore, sive opere, facto: illic adversus turbantem comparata sunt interdicta duo, *uti possidetis* in rebus soli, *utrubi* in rebus mobilibus: hic interdictum *quod vi aut clam.* Compulsiva vis est, cum quis minis justoque metu illato alium compellit ad aliqvid gerendum, tradendum, aut alienandum; quæ vis edicto *quod metus causa* coërcetur. Expulsiva est, cum quis de possessione alicujus rei dejicitur. Adversus quam comparatum est interdictum *unde vi.* Et præterea vindicatur hæc vis etiam sacris constitutionibus, item legibus Juliis de vi publica &
1 privata, *§.recuperandæ 6. inf. de interd.* Ablativa vis (de qua hic agitur) est, quando per vim alicui res eripitur; quæ & ipsa iisdem legibus, quibus expulsiva, coërcetur, *d. l.2.§.1. hoc tit.* & præterea ei, cui res erepta est, privata actio proposita vi bonorum raptorum; quæ sola hujus est loci. Justinianus primum originem hujus actionis commemorat: deinde quid in eam veniat, adversus quos & quibus detur, ostendit.

TEXTUS.

Origo hujus actionis, & quid in eam veniat.

Qui vi res alienas rapit, tenetur quidem etiam furti, (quis enim magis alienam rem invito domino contrectat, quam qui vi rapit? ideoque recte dictum est, eum improbum furem esse) sed tamen propriam actionem ejus delicti nomine Prætor introduxit, quæ appellatur vi bonorum raptorum: *& est intra annum quadrupli, post annum simpli. Quæ actio utilis est, etiamsi quis unam rem, licet minimam, rapuerit. Quadruplum autem non totum pœna est, sicut in actione furti manifesti diximus; sed in quadruplo inest & rei persecutio: ut pœna tripli sit, sive comprehendatur raptor in ipso delicto, sive non. Ridiculum enim esset, levioris conditionis esse eum, qui vi rapit, quam qui clam amovet.*

NOTÆ.

QUI VI RES ALIENAS RAPIT] Fur sine vi subtrahit & clam aufert, *l.59. de furt. l.9. C. eod.* raptor vi & palam deripit. Rapi enim sine vi non potest, *l.3.§.5. de incend. ruin.* Plaut. Epid. *act.1. scen. 1.* Th. *Minus jam furtificus sum quam antehac.* Ep. *Quid ita? TH. Rapio propalam.*

TENETUR ETIAM FURTI] Et quidem etiam in quadruplum, si in ipso delicto deprehensus sit, *l. 52. §. ult. l.80. §.3. de furt.* Alias in duplum, *l.1. l. 88. eod.* quanquam vi bon. rapt. semper in quadruplum.

RIDICULUM LEVIORIS CONDITIONIS, &c.] Gravioris enim delicti asperior pœna esse debet. Sed & legibus publicorum judiciorum rapina vindicatur, legibus Juliis de vi publica & privata, *d. l.2. §.1.*

COMMENTARIUS.

1 *An furti actione electa servetur eadem distinctio in rapina & pœna rapinæ, quæ in furto.*
2 *Quando levius ducitur, quod palam, quam quod clam committitur.*

TEnetur etiam furti] An igitur furti actione electa eadem distinctio & in rapina & in pœna rapinæ servabitur, quæ in furto in specie sic dicto, ut scilicet raptor manifestus, seu in ipso delicto deprehensus, quadrupli; nec manifestus dupli pœnam sustineat? Id quidem & ratio suadet, & satis perspicue significari mihi videtur in *l. si quis 52. §. ultim. l. si vendidero 80. §. cum raptor. 3. de furt.* & denique ex eo evincitur, quod hoc loco, & *l.2. §. cæterum 10. & §. penult. hoc tit.* simpliciter traditum est, eum, qui vi rem alienam rapuit, etiam furti teneri. Quod autem in *l.1. hoc tit. & l. si quis egerit 88. de furt.* 1

tan-

tantum mentio fit actionis furti nec manifesti, ex eo non protinus concludendum est, furti manifesti cum raptore nunquam agi posse. Nam vel ideo id factum dici potest, quoniam furti nec manifesti actio semper competit, etiam adversus raptorem manifestarium, (nemo enim prohibetur experiri actione mitiore) vel quia in sola furti nec manifesti actione locum habet, quod illic docent Jurisconsulti, si quis in duplum egerit, ei adhuc superesse actionem vi bonorum raptorum in id, quod in hac amplius est. Sunt qui putant cum raptore, ut cum fure manifesto, semper in quadruplum agi posse; quasi raptor non possit non esse manifestarius. Quod refellit *l. si quis 52. §. ult. de furt.* ubi Jurisconsultus & exemplum proponit raptoris non deprehensi, videlicet si quis rapuerit ex ædibus, in quibus nemo erat; & eum de bonis quidem raptis in quadruplum posse conveniri scribit; sed furti non, nisi nec manifesti. Sed nec conspectio furem aut raptorem manifestum facit, verum apprehensio, aut ad apprehendendum concursio & acclamatio; *l. 3. l. 7. §. 1. & 2. de furt.*

Improbum furem esse] Id est, ἀναιδῆ, ἀναίσχυντον, impudentem, audacem, atrocem. Chrysostomus *in Matth. hom. 53.* τοῦ δὴ κλέπτοντος ὁ ἁρπάζων χείρων. Et sane is, qui rapit, fur est improbior atque impudentior, quam qui clam amovet, cum hic celet suum delictum, ille publicet, & crimen etiam publicum admittat, *l. 2. §. cæterum 10. § si in re deposita 24. hoc tit.* quanquam aliud judicium Aristoteli *in Rhetor. ad Alex. cap. 12.* ubi hæc legimus, δεινότεροί μοι δοκοῦσιν οἱ κλέπτοντες τῶν λῃζομένων ποιεῖν. οἱ μὲν γὰρ λαθραίως, οἱ δὲ φανερῶς τὰ χρήματα περιαιροῦνται.

Propriam actionem] Etiam speciali edicto contra ea, quæ vi committuntur prætor consuluit, *d. l. 2. §. 1.* scilicet ut innotesceret, prætorem quoque curam agere reprimendæ improbitatis hoc genus hominum, tum ut raptores pluribus actionibus conveniri possint, *arg. l. 3. §. 1. naut. caup. stab. junct. §. itaque, infr. de action.*

Intra annum quadrupli] *d. l. 2. §. in hac actione 13.* Nimirum actio hæc honoraria est, & ideo, ut cæteræ ejusdem generis pœnales, anno finitur, *l. in honorariis 35. de obl. & act.* speciale enim est, quod actio furti manifesti, quæ & ipsa ex prætoris Jurisdictione proficiscitur, perpetuo competit, vide *inf. tit. de perp. & temp. act.*

Unam rem, licet minimam] *d. l. 2. §. vel cujus 11.* Quippe non rei aut æstimationis pecuniariæ, sed atrocitatis facti ratio ducitur. Cur ergo ob rem modicam non placet dari actionem de dolo, *l. 9. §. ult. cum 2. ll seqq. de dolo*? Quoniam actio de dolo extraordinarium remedium est, comparatum ad rescindendum, quod jure civili ratum est: non putavit prætor, ob rem minimam contractum jure validum rescindi debere.

In quadruplo inest & rei persecutio] Actio vi bonorum raptorum in quadruplum à prætore proposita, non est mera pœnalis, sed mixta: quippe in quadruplo etiam ipsius rei persecutio continetur, ut pœna tantum sit tripli, *§. si autem 19. infr. de act.* In quo distat hæc actio ab actione furti, quæ tantum pœnæ persequendæ causa comparata est, sive manifesti agatur in quadruplum, sive nec manifesti in duplum, *§. ex maleficiis 18. infr. de action. §. ult. tit. præc.*

Sive comprehendatur raptor, &c.] His verbis Imp. perspicue duo genera raptorum facit, ut alii sint manifesti, alii non manifesti; uti & Ulp. in *l. si quis 52. §. ult. de furt.* Cæterum in hac actione pœna pro qualitate rapinæ non variatur, sicut in actione furti alia pœna est manifesti, alia nec manifesti, sed in omnes ereptores pœna est eadem.

Ridiculum est] Atqui raptor tantum triplo multatur, fur manifestus quadruplo. Præterea actio de bonis raptis annua est, furti perpetua. Resp. Sufficit ad defensionem hujus loci, quod raptores in delicto comprehensi eadem etiam actione teneantur, qua fures manifestarii: ex causa autem delicti non manifesti gravius semper puniantur raptores, quam fures.

Qui vi rapit, quam qui clam amovet] Eadem ratione Jurisconsultus in *l. 2. § si in re 24. hoc tit.* furem cum raptore conferens factum furis extenuat, raptoris exaggerat; quoniam scilicet fur celat suum delictum, raptor publicat, quæ impudentia crimen auget. Quod autem aliquando levius ducitur, quod palam committitur, quam quod clam, id tunc locum habet, cum factum clandestinum, vel plus flagitii, vel plus periculi habet, vel conscientiam doli magis arguit, ut in specie *l. ult. de rit. nupt. & l. non existimo 54. de adm. tut.* quod hic dici nequit.

Textus.

Adversus quos datur.

1. Ita tamen competit hæc actio, si dolo malo quis rapuerit. Nam qui aliquo errore ductus, rem suam esse existimans, & imprudens juris, eo animo rapuerit, quasi domino liceat etiam per vim rem suam auferre à possessoribus, absolvi debet. Cui scilicet conveniens est, nec furti teneri eum, qui eodem hoc animo rapuit.

puit. Sed ne dum alia excogitantur, inveniatur via, per quam raptores impunè suam exerceant avaritiam, melius Divalibus constitutionibus pro hac parte prospectum est, ut nemini liceat vi rapere vel rem mobilem, vel se moventem, licet suam eandem rem existimet. Sed si quis contra statuta Principum fecerit, rei quidem suæ dominio cadere: sin autem aliena res sit, post restitutionem ejus, etiam æstimationem ejusdem rei præstare. Quod non solum in mobilibus rebus, quæ rapi possunt, constitutiones obtinere censuerunt, sed etiam in invasionibus, quæ circa res soli fiunt: ut ex hac causa ab omni rapina homines abstineant.

NOTA.

REI SUAE DOMINO CADIT] Qui rebus suis manum injicit, dominium earum amittit. Qui rebus alienis duplum restituere cogitur. Creditor, qui rem debitoris sibi debitam occupat jus crediti amittit. *l.13. quod met.ca.*

COMMENTARIUS.

1 *Quæ pœna afficiantur, qui sine dolo malo rem rapiunt, aut invadunt.*

2 *Pœnam rapinæ, quæ privatis applicatur, exolevisse: & an non etiam aliæ, de quibus hic agitur.*

Quemadmodum furti nemo tenetur nisi qui quid amovit dolo malo, & lucri faciendi causa, ita nemo tenetur vi bonorum raptorum, nisi qui dolo malo rapuit. Proinde si quis cum crederet se rei dominum esse, eam per vim possessori eripuerit, existimans, licere domino quovis modo rem suam à possessoribus auferre, hoc judicio de vi bonis raptis non tenetur, *l.2. §. hac ratione 18. hoc tit.* sed nec furti tenetur, *hoc text.* Cæterum aliis pœnis obnoxius est, ut statim audiemus.

Imprudentia juris] Secundum hoc explicandum est, quod Jurisconsultus in *d.l.2. §. hac actione*, simpliciter scribit, si quis suam rem rapuit, vi bonorum raptorum non teneri; nempe si id sibi licere crediderit errans in jure; nam à dolo quævis vel fatua causa excusat, *gloss. Bart. Jas. & DD. in l. unic. si quis jus dic. non obtemp.*

Sed ne dum talia excogitantur] Bene ac prudenter constitutum est, ut sine vi & tumultu cives cum civibus contendant, nihil manu, nihil proprio agant impulsu; sed si quis putet se habere aliquas petitiones, ut actionibus, non vi experiatur, & per judicem, quod suum esse dicit, reposcat. Nam si cuivis privato permittatur id, quod suum esse, aut sibi deberi putat, vi & auctoritate propria occupare, in eoque sibi jus dicere, vincula quietis publicæ dirumpi necesse est, civesque ad rixam & arma quotidie procedere, *l. non est 176. de reg. jur.* Itaque etsi is, qui sine dolo rem rapuit, suam esse putans, non tenetur in quadruplum actione vi bonorum raptorum, aliter tamen eum multari placuit, & siquidem dominus fuit, dominio rei suæ cadere; si non fuit dominus, post restitutionem rei etiam æstimatione ejus vim passo præstare, *hoc text.* Creditor qui rem debitoris neglecto juris ordine temere occupat, jus crediti amittit, *l. extat 13. quod met. caus. l.pen. ad l. Jul. de vi privat.* atq; hic insuper etiam vi bonorum raptorum, *l. 3. C.hoc tit.* & publico judicio legis Juliæ de vi privata tenetur, *l. ult. ad leg. Jul.de vi priv.* 1

In invasionibus] *l. si quis 7. C. unde vi.* Solæ res mobiles amoveri, subtrahi, rapi possunt: qui autem rem immobilem seu prædium vi occupat, invasor & invadere dicitur. Pœna rapinæ legitima, quæ privatis adscribitur, exolevit, sicut & furti, cujus qualificati rapina est species. Nunc enim tantum criminaliter rapinæ agitur ad vindictam publicam, & enormior violentia etiam morte punitur. De pœna *l. si quis in tantam 7. C. unde vi.* Et similium rescriptorum, inter interpretes non convenit. Nam eam communi totius Christiani orbis usu antiquatam esse testatur *Covar.3. resol.16. num.7. post Specul. tit. de restit. spol.§.1. & Guilielm. Benedict. in cap. Rainutius z. de testam. Gutier. pract. quæst. lib. 1. quæst. 77.* Sarmientus quoque *2.select.interp. 13. n.7.* refert, se nunquam vidisse pœnam illius legis practicari, aut remedium illud intendi. Contrarium tradit Menoch. *recup. poss. remed. 9. num. 8.* qui censet, in praxi eam dispositionem omnino servandam esse: neque enim solo non usu leges abrogari. Sane in foro nostro etsi nemo est, qui de contrario usu testetur, tamen plerique arbitrantur, rigorem talium constitutionum sectæ & praxi nostrorum temporum non convenire, quod etiam notat *Christin. vol.3. decis.15. n.10. & Grænew. de legib. abrog. hic.* 2

TEXTUS.

Quibus datur.

2. Sane in hac actione non utique expectatur

pectatur rem in bonis actoris esse. Nam sive in bonis sit, sive non: si tamen ex bonis sit, locum hæc actio habebit. Quare sive locata, sive commodata, sive etiam pignorata sive deposita sit res apud Titium sic, ut intersit ejus eam rem per vim non auferri, (veluti si in deposita re culpam quoque promisit) sive bona fide possideat, sive usumfructum quis habeat in ea, vel quid aliud juris, ut intersit ejus non rapi, dicendum est, ei competere hanc actionem, non ut dominium accipiat, sed illud solum, quod ex bonis ejus, qui rapinam passus est, quod ex substantia ejus ablatum esse proponatur. Et generaliter dicendum est, ex quibus causis furti actio competit in re clam facta, ex iisdem causis omnes hanc habere actionem.

NOTA.

2. SIVE DEPOSITA, &c. SICUT INTERSIT] Locus Ulp. in *d. l. 2. §. 23. & 24. eod.* male interpunctus est, perperamque principium §. 24. separatur à fine §. præcedentis. Sic enim omnino legendum; *Nam & furti actionem habeo si in re deposita culpam quoque repromisi, vel pretium depositionis non quasi mercedem accepi.* Hinc demum novus §. inchoandus; *Utilius dicendum est*, &c. Cujac.

COMMENTARIUS.

1 *Ex bonis esse quæ hic dicantur.*
2 *Explicatur locus obscurus Ulpiani.*

VI bonorum raptorum agit, qui in eum qui clam amovit, furti agere potest, id est, is, cujus interest; neque solum dominus rei, qui eam in bonis habuit, sed etiam bonæ fidei possessor, fructuarius, commodatarius, creditor, conductor, & interdum depositarius, si videlicet culpam quoque in re deposita repromisit; Horum omnium interest rem, quam tenent aut possident, non rapi: quoniam vel commodum ex re capiunt, vel eam salvam & incolumen præstare debent, *l. 2. §. in hac actione 22. hoc tit. junct. §. furti 13. & 2. seqq. tit. præc.*

1 *Sive ex bonis*] Ex bonis esse hic ea dicuntur, quorum, cum aliena sint, vel emolumentum vel usus, vel periculum ad nos pertinet, *ut ex text. & d. l. 2. §. 22.* In bonis ea, quæ jure civili aut gentium ita bonis acquisita sunt, ut ea alienare possimus. Alibi hæc verba, in bonis latius accipiuntur, *l. bonorum 49. de verb. sign. l. rem in bonis 52. de acq. rer. dom.* Nonnunquam promiscue utrumque dicitur, & idem valet, in nobis, & ex bonis, *l. 1. de usufr. legat.*

Non ut dominium accipiat, &c.] Obscura est hujus loci sententia. Apud Ulp. *l. 1. §. in hac actione 22. h. t.* unde totus hic §. descriptus est, sic legitur; *dicendum est, mihi competere hanc actionem; non ut dominium accipiamus, sed illud solum ex bonis meis, hoc est, ex substantia mea, res ablata esse proponatur.* Quorum verborum hic sensus esse videtur, competere mihi, cujus ex bonis res est, actionem vi bonorum raptorum, non utique ut jure dominii agere possim, sed tantum ut proponam, ex substantia mea rem ablatam esse, verbo substantiæ largius accepto, quasi ex bonis meis etiam illud ablatum videatur, cujus æstimationem domino præstare debeo. 2

TITULUS III.
De lege Aquilia.
D. lib. 9. t. 2. C. lib. 3. tit. 35.

Continuatio, & summa tituli.

TERTIA species delicti, ex quo civilis actio oritur, est damnum injuria datum. Damnum generaliter significat omnem detractionem & deminutionem rei alienæ, sive illa lucri causa fiat, sive nullius lucri gratia, & sive salvis rebus, sive peremptis aut corruptis; Nam damnum ab ademptione, & quasi deminutione patrimonii dictum est, *l. 3. de damn. infect.* Hoc autem loco damnum in specie accipitur pro eo, quod contingit cum interitu aut corruptione rei, & proinde sine lucro damnum dantis, puta si quis servum alienum aut pecudem aliudve animal occiderit, aut vulneraverit, aut quid alienum usserit, ruperit, fregerit injuria, seu non jure, aut, quod idem valet, culpa, *§. 2. & 3. infr.* Atque hoc damnum est, quod vindicatur lege Aquilia; cujus legis tria capita fuerunt, quorum primum & postremum hoc titulo explicantur, secundum in desuetudinem abiit.

mala relão et sectione diminuit [illegible] patrimonium [illegible] in [illegible] [illegible], sed [illegible] [illegible] rei, hinc [illegible] [illegible] [illegible] L. Aql. [illegible]

TEXTUS.
Summa. Caput primum.

Damni injuriæ actio constituitur per legem Aquiliam. Cujus primo capite cautum est, ut si quis alienum hominem, alienamve quadrupedem, quæ pecudum

numera

numero sit, injuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur.

NOTÆ.

DAMNI INJURIAE] Damnum generaliter significat omnem deminutionem rei alienæ, &c. *l. 3. de damn. inf.* Hoc autem loco in specie accipitur pro eo, quod contingit cum interitu aut corruptione rei, & proinde sine lucro damnum dantis.

TANTUM DOMINO DARE] *d. l. 2. pr.* In lege Aquilia videtur scriptum fuisse, *tantum as dare ero damnas esto*, arg. *l. 11. §. 6. eod. ero* tenuiter, id est, *domino*, ut in Florent. & Gloss. Græc. Lat. in *domino*. Cujac. 27. *obs.* 11.

COMMENTARIUS.

1 *Si liber homo occisus sit, & de damno sarciendo agatur, quid juris, & potissimum hodie.*

Damni injuriæ] Legendum videtur, *damni injuria, l. impuberem 23. de furt. l. si servus 27. §. si fur num. 10. & seq. l. quemadmodum 29. §. item Labeo 3. hoc tit.* Cic. pro Q. Rosc. *lite contestata, judicio damni injuria constituto.* Præcise videlicet, pro, *damni injuria dati.* Haud scio tamen an posteriores Jurisconsulti Græci homines *damni injuria* dixerint in genitivo, pro ex injuria, ut cum dicimus, damnum incendii vel naufragii, pro ex incendio vel naufragio.

Alienum hominem alienamve quadrupedem, quæ pecudum numero] Primum legis caput animalia pretiosiora, hoc est, ad rationem rei familiaris magis utilia ac fructuosa complectitur, servis exæquans quadrupedes, quæ pecudum numero sunt; & tantum ad damnum gravius, id est, ex cæde datum, pertinet, *l. 2. h. t.* Occiso homine libero non agitur ex lege Aquilia; quia liberi corporis nulla est æstimatio: sed legi Corneliæ locus est, si dolo occisus: si culpa; pœna lenitur, *l. 1. §. 3. de sicar.* Cæterum si de damno sarciendo civiliter disceptetur, tenetur is, qui injuste occidit, solvere impensas funeris, & si quæ factæ sunt in medicos, iisque, quos occisus alere ex officio solebat, puta liberis, uxori, parentibus dare tantum, quantum illa spes alimentorum, ratione habita ætatis occisi, valebat. *Gort. lib. 3. introd. c. 33.* Sic Hercules legitur Iphiti à se occisi liberis multam pependisse, quo facilius expiaretur. Atque ita censuit Senatus Dolanus apud *Joan. Grevell. decis. 25. & Card. Puteus lib. 3. decis. 280.* Sed & Cujac. 14. *obs.* 4. exemplo Hadriani & Const. Porphyrogennetæ probat, novum non esse, ut pars bonorum addicatur occisi liberis, vel patri, vel uxori, maxime si paupertate premantur, quamvis cædes citra dolum facta, injuste tamen. Michaël Ephesius ad 5. *Nicom. Arist.* scribit, eum ipsum, qui cæsus est, quodammodo capere, quæ uxor aut liberi, aut cognati ex bonis homicidæ ferunt. Idque in Gallia obtinere, usque ad modum lucri amissi testatur *Costal. ad l. 3. si quadr. paup. fec. add. Gomez. 3. resol. 3. num. 37. Grot. 2. de jur. bell. 17. num 12. & seq. Tuld. ad tit. 5. cap. 3. Christin. vol. 2. decis. 35. num. 10.* Libero homine vulnerato aut mutilato quid juris sit, videbimus *inf.* §. *cap. 3.*

Quæ pecudum numero sit] Ita quoque Cajus in *d. l. 2. §. 2. hoc tit.* quamobrem recte mihi admonere videtur Hotomannus in principio *d. l. 2.* mendose legi, *Quadrupedem vel pecudem*; legendum enim esse, *quadrupedemve pecudem.*

In eo anno plurimi] Primo legis capite qui hominem aut pecudem injuria occidit, quanti ea res, eo anno plurimi fuit, damnatur, *d. l. 2. in pr.* de quo plura *infr. §. his autem.*

TEXTUS.

De quadrupede, quæ pecudum numero est.

1. Quod autem non præcise de quadrupede, sed de ea tantum, quæ pecudum numero est, cavetur, eo pertinet, ut neque de feris bestiis, neque de canibus cautum esse intelligamus; sed de iis tantum, quæ gregatim proprie pasci dicuntur, quales sunt equi, muli, asini, oves, boves, capræ. De suibus quoque idem placuit. Nam & sues quoque pecudum appellatione continentur: quia & hi gregatim pascuntur. Sic denique & Homerus in Odyssea ait, (sicut Ælius Marcianus in suis institutionibus refert)

Δήεις τόνγε σύεσσι παρήμενον, αἱ δὲ νέμονται
Πὰρ Κόρακος πέτρῃ, ἐπί τε κρήνῃ Ἀρεθούσῃ.

Hoc est,

Assidet is suibus, quorum grex magnus in agris
Pascitur, ad Coracis saxum, fontemque Arethusam.

COMMENTARIUS.

1 *Cur dubitatum de suibus, an pecudum numero sint.*

Pecudum

PEcudum numero esse ea animalia proprie intelliguntur, quæ gregatim pascuntur, id est, in grege pastoris imperio subjecto; ut equi, asini, muli, boves, oves, capræ. Itaque canes in pecudum numero non sunt, multoque minus feræ bestiæ, veluti ursi, leones, pantheræ. Enimvero cameli & elephanti, licet feræ naturæ sint, ad primum tamen caput pertinent, propterea quod jumentorum operam præstant, *dict. l. 2.* §. *2.*

1 *De suibus idem placuit*] An sues pecudum appellatione contineantur, dubitatum fuit. Dubitandi quæ causa fuerit, haud facile dixerim. Hotomannus hanc affert, quod sues non ut reliquæ bestiæ, gramine & viridibus pabulis commode alantur, (sed ut Varro & Columella tradunt) maxime faba, hordeo, glande, & cætero frumento indigent; & si rure sint, tamen caducis arborum baccis, & effossis lumbricis & radiculis potius, quam gramine, vescuntur. Aliis probabilius videtur, ideo de suibus dubitatum, quoniam sues neque operam hominibus præstant, puta gestando, arando, ut equi, muli, asini, boves; neque lacte aut lana prosunt, ut vaccæ, oves, capræ. Utut sit, placuit etiam sues pecudum numero haberi, quia & ipsi gregatim sub imperio pastoris pascuntur, *d. l. 2.* §. *2. hoc tit. l. legatis 65.* §. *pecoribus 4. de leg. 3.* Ubi Marcianus Jurisconsultus auctoritate Homeri hanc sententiam confirmat. Locus est apud Poëtam *Odyss.* 13. ubi Minerva Ulyssem in patriam ex longo errore reductum monet, ut non recta domum ad uxorem & procos introeat: sed prius ad Eumæum subulcum adeat, à quo de rebus omnibus interea edoceatur, dum ipsa Telemachum filium reducat. Quo eodem loco leguntur versus, quos post Marcianum hic citat Justinianus.

TEXTUS.

De injuria.

2. Injuria autem occidere intelligitur, qui nullo jure occidit. Itaque qui latronem insidiatorem occidit, non tenetur: utique si aliter periculum effugere non potest.

COMMENTARIUS.

1 *Qui hac actione non teneantur.*

QUi nullo jure occidit] Injuriam hic accipere nos oportet, non quemadmodum circa injuriarum actionem, contumeliam quandam, sed quod non jure factum est, seu damnum culpa facientis datum, *l. 5.* §. *1. hoc. tit.* & nimirum quodcunque prævideri potuit, nec provisum est, *l. si putator 31. l. 44. eod.* Ex quo intelligimus, eum, qui occidit, aut alias damnum dedit, hac lege teneri, etiamsi animum nocendi non habuit, *d. l. 5.* §. *1.* Deinde teneri hac lege omnes, quorum culpa vel levissima damnum datum esse arguatur, *l. in lege 44. eod.* Postremo non teneri eos, qui vel culpæ capaces non sunt. Qualis est furiosus, infans & impubes infantiæ proximus, *d. l. 5.* §. *2.* vel quorum factum à culpa abest; veluti si non fuit in potestate ejus, qui damnum dedit, non facere puta, si ab alio impulsus damnum dederit, *l. 7.* §. *3. l. si ex plagis 52. eod.* vel si jure suo id fecit, puta furem nocturnum aut diurnum telo se defendentem, vel aggressorem, aut taurum irruentem occiderit, *hoc text. l. 4. d. l. 5. eod.* aut si quis casu alium læsit, quem divinare non potuit. Aut si in eo, qui læsus est, culpa sit, cur sit læsus, *Vid. infr.* §. *4. & 5.* Plerique putant, nec culpam, quæ in omittendo seu negligendo consistit, ad legem Aquiliam pertinere, quoniam lex factum exigit. *Covar. de spons. part. 2. c. 6.* §. *8. n. 13. Donell. 16. com. c. 7.* Alii putant, hoc nomine utilem saltem actionem competere, *l. 8. l. si servus 27.* §. *si fornicarius 9. & ibi Bus. hoc tit.* quod verum est, si negligentia circa factum aliquod antecedens causam damni præbuit. Ita opiniones conciliat D. Tuldenus *hic c. 7.*

Qui latronem insidiantem] Adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere, *d. l. 4. hoc tit. l. 5. l. 45.* §. *4. h. etiam tit.* & quod quis ob tutelam corporis sui fecit, jure fecisse existimatur *l. 3. de just. & jur.* Quamobrem si servum aggressorem aut latronem insidiantem mihi occidero, securus ero; sed & si alium quemcunque ferro se petentem quis occiderit, non videtur injuria occidisse, *d. l. 4. & l. 5. eod.*

Si aliter periculum effugere] Vim nobis illatam vi repellere licet: cæterum ita, si aliter periculum vitari non potest, *l. scientiam 45.* §. *pen. eod.* Itaque si quis, cum posset intentantem periculum apprehendere, occidere maluit, injuria fecisse videtur, *d. l. 5.* Nec ultio permissa, sed defensio, quæ ita excusata est, si in defendendo servata sit moderatio inculpatæ tutelæ, *l. 1. C. unde vi.* Cuncta exequi, quæ ad materiam defensionis pertinent, non est hujus loci.

TEXTUS.

De casu dolo & culpa.

3. Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit, si modo culpa ejus nulla inveniatur. Nam alioqui non minus ex dolo, quam ex culpa quisque hac lege tenetur.

COMMENTARIUS.

NOn minus ex dolo, quam ex culpa] Inversio est; dicere voluit, *non minus ex culpa, quam ex dolo* occidentem teneri: nam de dolo minor est dubitatio.

Similis verborum trajectio occurrit in *pr. supra de hared. instit.* apud Ulpianum *l. jurisgentium 7. §. pactorum 8. de pact. l. 3. §. 2. de incend. ruin. naufr.* apud Callistratum *l. solidum 85. de solut.*

Textus.

De jaculatione.

4. Itaque si quis, dum jaculis ludit, vel exercitatur, transeuntem servum tuum trajicerit, distinguitur. Nam si id à milite in eo campo, ubi solitum est exercitari, admissum est, nulla culpa ejus intelligitur; si alius tale quid admiserit, culpæ reus est. Idem juris est de milite, si in alio loco, quam qui ad exercitandum militibus destinatus est, id admiserit.

De putatione.

5. Item si putator ex arbore ramo dejecto servum tuum transeuntem occiderit, si prope viam publicam aut vicinalem id factum est, neque proclamavit, ut casus evitari posset, culpæ reus est; sed si proclamavit, nec ille curavit præcavere, extra culpam est putator. Æque extra culpam esse intelligitur, si seorsum à via forte, vel in medio fundo cædebat, licet non proclamavit: quia in eo loco nulli extraneo jus fuerat versandi.

De Curatione relicta.

6. Præterea si medicus, qui servum tuum secuit, dereliquerit curationem ejus, & ob id mortuus fuerit servus, culpæ reus erit.

De imperitia Medici.

7. Imperitia quoque culpæ adnumeratur; veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quia male eum secuerit, aut perperam ei medicamentum dederit.

De imperitia & infirmitate mulionis, ait equo vecti.

8. Impetu quoque mularum, quas mulio propter imperitiam retinere non potuit, si servus tuus oppressus fuerit, culpæ reus est mulio. Sed & si propter infirmitatem eas retinere non potuerit; quum alius firmior eas retinere non potuisset, æque culpæ tenetur. Eadem placuerunt de eo quoque, qui cum equo veheretur, impetum ejus aut propter infirmitatem, aut propter imperitiam suam retinere non potuerit.

NOTÆ.

LICET NON PROCLAMAVIT] Quoniam divinare non potuit, an per eum locum aliquis transiturus esset. Quod si etiam per locum privatum vulgo iter fiat, de culpa agi poterit, *d. l. 31.*

6. QUI SERVUM SECUIT] Quamvis bene *l. 18. eod.* Solebant olim medici venas incidere, & ægris sanguinem mittere. Cic. *Pisoniana.*

7. SI MEDICUS] *l. 7. in fin. & d. l. 8 pr. eod.* quanquam eventus mortalitatis medico imputari non debet, *l. 7. §. 7. de off. ref.* & extra culpam esse intelligitur, ὅταν ᾖ μεῖζον τὸ πάθος τῆς ἰατρικῆς βοηθείας Alex. Aphrod. in *1. Top. Arist.*

PERPERAM EI MEDICAMENTUM] ἀμαθῶς καὶ ἀπερισκέπτως, ut Hippocr. *de pharm. purg.* imperite, temere, inconsiderate.

COMMENTARIUS.

1 *Quod de militibus in loco exercitii se exercentibus hic dicitur, id etiam ad paganos certo loco se exercere solitos pertinere.*

2 *Medicorum culpam raro nunc in judicium vocari.*

AFferuntur hic varia exempla hominis occisi, & damni dati citra dolum & animum nocendi, & fere culpa levissima. Nam ut antea dictum est, per legem Aquiliam non solum dolus, sed etiam culpa vindicatur, ita ut ne levissima quidem hic excusationem habeat, *l. in lege 44. hoc tit.* & recte: nam cum potior semper sit causa ejus, qui damnum patitur, quam qui dat, æquum est, damnum quacunque culpa datum sarciri ab eo, qui dedit.

A milite in eo campo] Duæ circumstantiæ in proposito efficiunt, ut factum à culpa absit & Aquilia cesset; locus exercitationi destinatus, & persona se in eo loco exercitantis. Altero autem horum deficien-

ficiente Aquiliæ locus est. Qua de causa si vel paganus in loco exercitationi militum constituto jaculans servum transeuntem occiderit, sive miles extra campum jaculatorium, uterque Aquilia tenebitur, *d.*
1 *l. 9. §. ult. hoc tit.* Quid vero dicemus de conventiculis sagittariorum ex paganis, qui certo loco collineando ad scopum certare solent? Et quamvis hi milites non sint, tamen si quis eorum die & loco solito se exercens, intempestive per eum locum transcurrentem transfixerit, extra culpam esse respondit *Wamess. cent. 2. cons. 51. fac. Grot. 3. jurisp. Bat. c. 33.* Plane si consulto ictum in transeuntem direxerit, aliud juris est, *d. l. 9. §. ult. & ibi gloss.*

Si putator ex arbore dejecto ramo] Arborem putare, factum plane licitum est: cæterum in dejectione rami amputari culpa esse potest. Quod ex loco, in quo putatur arbor, æstimandum est. Nam si is locus sit prope viam publicam aut vicinalem, aliamve per quam vulgo iter fit aut unicuique transire jus est, & frondator seu is, qui arbores amputat, ramum in eum locum, quantumvis privatum, sive proclamatione dejiciens servum prætereuntem occiderit, culpæ obnoxius est: si vero proclamavit nec alter curavit casũ evitare, extra culpam est. Similiter extra culpam esse intelligitur, si in eũ locũ dejecerit, in quo nulli extraneo versandi jus erat, quãvis non proclamaverit; quoniam divinare non potuit, an per eum locum aliquis transiturus esset, *l. si putator 31. hoc tit.* Via publica est, quæ Græcis βασιλικὴ, regia dicitur, Romanis prætoria & consularis, item militaris. Vicinalis, quæ in vicos ducit; quæ & ipsa fere publica est, *l. 2. §. 22. ne quid in loc. publ. Sic Flacc. de cond. agr. Suet. Aug. 49. Th. hic.*

Si medicus qui servum tuum secuit] Qui medicus servum alienum secuit, etsi bene secuit; (venæ sectionem seu incisionem intellige) tamen si susceptam ejus curationem dereliquit, & servus ob id mortuus sit, culpæ reus intelligitur, *l. 8. hoc tit.* Nimirum qui susceptam curationem deseruit, causam mortis præbuisse videtur.

Imperitia quoque culpæ, &c.] Imperitia alicujus rei per se culpa non est, sed in eo, qui peritiam aut artificium aliquod profitetur, culpæ adscribitur; si quid circa ea, quæ ad illud artificium pertinent, per imperitiam commissum sit, *l. 9. §. pen. l. item quæritur 13. §. si gemma 5. locat. l. si servum 27. §. si calicem 29. hoc tit.* eoque pertinet *l. imperitia 132. de reg. jur.* Itaque si medicus servum tuum imperite, ἀμαθῶς καὶ ἀπειροτέχνως, secuerit, vel medicamento perperam usus mortem attulerit, hac lege tenebitur, *l. 7. in fin. & l. seq. in pr. eod.* Homicidii crimen est in hominis salute peccare, ait Cassiod. *6. Var. 29.* Diligenter autem considerandum est, ne, quod vi morbi contigit, id medici imperitiæ aut culpæ adsignetur: nam eventus mortalitatis medico imputari non debet, sed tantum quod commisit per imperitiam, *l. 6. §. sicuti 7. de off. præs.* & extra culpam esse intelligitur, ὅταν ᾖ μεῖζον τὸ πάθος τῆς ἰατρικῆς βοηθείας *Alex. Aphrod. in 1. top. Arist.* Culpa medici raro in judicium vocatur; quoniam, ut ille 2
dicebat, errata medicorum terra occultat: beneficia autem sol illustrat. Et Plinius alicubi scribit, soli medico hominem occidere impune esse. Papon. 23. *tit. 8. art. 1.* refert, medicum, qui fortiorem solito potionem ægrotanti præbuerat, impune quidem pro ea vice arresto Parisiensi dimissum fuisse, sed cum interminatione severæ animadversionis, nisi in posterum ab hujusmodi remediis temperaret, *add. Græneww. de ll. abr. hic.*

Impetu quoque mularum, &c.] Mulio cujus ob imperitiam vel infirmitatem impetu mularum servus alienus obtritus est, hac actione tenetur. Idem juris est in persona ejus, qui impetum equi, quo vehebatur, propter imperitiam vel infirmitatem retinere non potuit. Neque iniquum est infirmitatem culpæ adnumerari. Quippe cum nemo temere affectare debeat, in quo vel intelligit vel intelligere debet, infirmitatem suam alii periculosam futuram, *l. 8. §. 1. eod.*

TEXTUS.

Quanti damnum æstimetur, & de heredibus.

9. *His autem verbis legis*, Quanti id eo in anno plurimi fuerit, *illa sententia exprimitur, ut si quis hominem tuum, qui bodie claudus, aut mancus, aut luscus erit, occiderit, qui in eo anno integer, aut pretiosus fuerit, non tanti teneatur, quanti bodie erit, sed quanti in eo anno plurimi fuerit: qua ratione creditum est pœnalem esse hujus legis actionem; quia non solum tanti quisque obligatur, quantum damni dederit, sed aliquando longè pluris. Ideoque constat, in hæredem eam actionem non transire, quæ transitura fuisset, si ultra damnum nunquam lis æstimaretur.*

COMMENTARIUS.

Q*Uanti id eo in anno plurimi*] Hæc clausula æstimationem habet damni, quod per cædem datum est.

est. Tenetur itaque qui servum occidit, non quanti is erat, cum occideretur, sed quanti eo anno plurimi fuit, *l. ait. l. 21. l. inde Neratius 23. §. Idem Julianus 3. h. t.* ubi Ulpianus scribit, hominis occisi æstimationem ad id tempus referri, quo eo anno plurimi fuerit, repetitis ex die vulneris trecentis sexaginta quinque diebus. Quippe annum retrorsus numerari, ex quo quis occisus est. Et ideo si pretioso pictori pollex fuerit præcisus, & intra annum quo præcideretur, fuerit occisus, posse dominum Aquilia agere, pretioque eo æstimandum, quanti fuit prius, quam artem cum pollice amisisset. Si mortifere vulneratus sit servus, deinde post, etiam longiori tempore interjecto, mortuus sit, secundum Julianum inde annum numerari placet, ex quo vulneratus est, licet Celsus contra senserit *d. l. ait lex. 21. §. 1.*

Pœnalem esse hujus legis actionem] Actio legis Aquiliæ pœnalis est. Nam etsi interdum lis ultra damnum datum non æstimetur, veluti si res intra annum depretiata non sit, tamen ad hoc, ut pœnalis habeatur, sufficit posse præsentem æstimationem exuperari, & pœnā generaliter in damnosos statutam esse.

In hæredem non transire] Constat hanc actionem hæredi dari: sed in hæredem non datur, cum sit pœnalis; nisi fortè ex damno locupletior hæres factus sit, *d. l. inde Neratius 23. §. hanc actionem 8. hic tit.* aut lis cum defuncto fuerit contestata, *§. 1. inf. de perp. & temp. act.*

Quæ transitura fuisset] Ait, actionem legis Aquiliæ in hæredem non transire, non quia ex delicto est, sed quia pœnalis; transituram, si pœnalis non esset. Itaque hic locus apertè confirmat eorum sententiam, qui existimant, actiones non pœnales, etiamsi ex delicto veniunt, in hæredem dari de quo latius alibi, *§. ult. supr. de obl. quæ ex del. & infr. §. 1. de perp. & temp. act.* Hodie actio legis Aquiliæ pœnalis non est: nam solum eatenus ea nunc utimur, ut damnum injuria datum persequamur; non etiam quanti plurimi supra id res in eo anno aut in diebus 30. proximis fuit: & quando aliquid propter occasionem conjugis vel parentis, vel propinqui adjudicatur, id potius ejus qui agit indemnis servandi, quam coërcendi adversarii causa fieri existimatur. *Gudel. de jur. nov. lib. 3. c. 19. Grot. 3. introd. 32. & 34. Grœnew. de ll. abrog. hic.*

TEXTUS.

Quid æstimatur.

10. ***Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit, non solum perempti corporis æstimationem habendam esse secundum ea, quæ diximus, sed eo amplius, quicquid præterea perempto eo corpore damni nobis illatum fuerit, veluti si servum tuum hæredem ab aliquo institutum ante quis occiderit, quam is jussu tuo hæreditatem adierit: nam hæreditatis quoque amissæ rationem esse habendam constat. Item si ex pari mularum unam, vel ex quadrigis equorum unum quis occiderit, vel ex comœdis unus servus occisus fuerit, non solum occisi fit æstimatio, sed eo amplius id quoque computatur, quanti depretiati sunt, qui supersunt.***

NOTA.

DEPRETIATI SUNT] Utitur eo verbo Paul. *d. l. 22. §. 1.* Tertull. *ad Nation. cap. 10.* Gloss. Lat. Gr. depretiati, ἐλαττωθέντες.

COMMENTARIUS.

NON *ex verbis legis, sed ex interpretatione*] Lex de æstimatione perempti corporis tantum locuta videtur: cæterum illud quoque damnum in æstimationem venire placet, quod occasione perempti corporis in re alia patimur: quod variis exemplis illustratur, *l. ait lex. 21. §. ult. cum ll. seqq. hoc tit.* Ait autem Justinianus id per interpretationem placuisse, nimirum quia legislatorem id quoque voluisse prudentes existimaverunt: non enim tam ex scripto & sententia hæc controversia nata videtur, quam ex scripti ambiguitate; ut bene Hotoman. *hic.* & ideo de hoc quoque damno directam ex lege actionem competere verius est, *vid. §. ult. inf.*

Quicquid præterea damni]. Quicquid præterea extra rem principalem nostra interest, *d. l. ait. lex. 21. §. ult.* Nam omnia commoda, quæ intra annum, quo verbi causa servus interfectus est, pretiosiorem hunc servū facerent, ad æstimationem ejus accedunt, *d. l. inde Neratius 23. §. in summa. 6. eod.* Damnum autem intellige pecuniarium: nam affectionis ratio non habetur. Ut ecce si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emptum velles, non pluris æstimabitur, quam quanti omnibus valet. Quippe pretia rerum non ex affectu nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur, *l. si servum 33. hoc tit. l. pretia. 63. ad l. Falcid.*

Si servum tuum hæredem] Si servus hæres institutus, antequam jussu domini hæreditatem adiret, occi-

occisus sit, etiam hæreditatis amissæ damnum in æstimationem venit, *d. l. inde Neratius 23. h. t.*

Item si ex pari mularum] *l. proinde 22. §. 1. eod.* Ubi Paulus scribit, etiam causas corpori cohærentes æstimari. Itaque si quis ex comœdis, aut symphoniacis, aut gemellis, aut quadriga, aut ex pari mularum unum vel unam occiderit, non solum perempti corporis æstimationem faciendam esse, sed & ejus rationem haberi debere, quo cætera corpora depretiata sunt.

TEXTUS.

De concursu hujus actionis & capitalis.

11. *Liberum autem est ei, cujus servus occisus fuerit, & ex judicio privato legis Aquiliæ damnum persequi, & capitalis criminis eum reum facere.*

COMMENTARIUS.

SI dolo servus occisus sit, non tantum privato judicio legis Aquiliæ dominus agere potest: sed etiam publico legis Corneliæ de sicariis, *l. inde Neratius 23. §. si dolo 9. hoc tit. l. 3. C. eod.* nam lex Cornelia non distinguit cujus conditionis homo occisus sit, *l. 1. §. 2. ad l. Corn. de sicar.* Addit Ulp. in *d. l. inde Neratius §. si dolo.* si lege Aquilia dominus egerit, non ob id tamen præjudicium fieri legi Corneliæ; scilicet, quo minus quod privato judicio judicatum erit, publico retractetur, *l. unic. quand. act. civ. crim.* Alio sensu Paulus in *l. 4. de publ. jud.* dicit, in actione legis Aquiliæ, cæterisque privatis judiciis, in quibus de re familiari agitur, evenire interdum, ut præjudicium judicio publico fiat; nimirum non sic, ut agi amplius non possit, sed ad probationem delicti quod attinet, ut judicium privatum, ante finitum, urgeat aut juvet reum in executione criminis.

Capitalis criminis reum facere] Modo, ut diximus, dolo malo homo occisus sit. Nam in lege Cornelia dolus tantum pro facto accipitur, nec in hac lege lata culpa pro dolo habetur, *l. 7. ad leg. Corn. de sicar. add. Schneid. §. injuria. 2. n. 11. supr. & ad hunc §. n. 1.* De libero homine occiso, si de damno farciendo agatur, dixi sub *pr. hujus tit.*

TEXTUS.

Caput secundum.

12. *Caput secundum legis Aquiliæ in usu non est.*

COMMENTARIUS.

SEcundum hujus legis capitulum jam tempore mediæ jurisprudentiæ in desuetudinem abierat, ut testis est Ulpianus in *l. si servum 27. §. 4. hoc tit.* Quid autem hoc capite cautum fuerit, cum id nusquam proditum sit, haud temerè dixerim: neque de eo laborandum. Qui otio abundant, talia sibi negotia sumant. Cujacio videtur, pertinuisse ad interceptam nobis utilitatem quandam, re nostra illæsa.

TEXTUS.

Caput tertium, quod damnum vindicatur.

13. *Capite tertio de omni certo damno cavetur. Itaque si quis servum, vel eam quadrupedem, quæ in pecudum numero est, vulneraverit; sive eam quadrupedem, quæ in pecudum numero non est, veluti canem, aut feram bestiam, vulneraverit, aut occiderit; hoc capite actio constituitur. In cæteris quoque omnibus animalibus, item in omnibus rebus, quæ anima carent, damnum per injuriam datum hac parte vindicatur. Si quidem ustum, aut ruptũ, aut fractũ fuerit, actio ex hoc capite cõstituitur; quanquam poterat sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere. Ruptum enim intelligitur, quod quoquo modo corruptum est. Unde non solum fracta, aut usta, sed etiam scissa & collisa, & effusa, & quoquo modo perempta atque deteriora facta, hoc verbo continentur. Denique responsum est, si quis in alienum vinum aut oleum id miscuerit, quo naturalis bonitas vini aut olei corrumperetur, ex hac parte legis Aquiliæ eum teneri.*

NOTA.

13. CAPITE TERTIO] Verba capitis tertii referuntur ab Ulp. *l. 27. §. 5. eod.* ejusdemque *l. §. 6.* & deinceps fusè explicantur.

Commentarius.

1 *Caput tertium legis Aquiliæ declaratur variis exemplis.*
2 *Quid juris si liber homo vulneratus: & quid eo casu hodie.*

Tertio capite ait eadem lex Aquilia; *Cæterarum rerum, præter hominem & pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quid usserit, fregerit, ruperit injuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum æs domino dare damnas esto. l. si servus 27. §. tertio 5. hoc tit.* Si quis igitur non occiderit hominem vel pecudem, sed usserit, fregerit, ruperit, sine dubio ex his verbis legis agendum
1 erit. Proinde si facem servo meo objeceris, & eum adusseris, teneberis mihi. Idem est si loris, vel virgis, vel pugnis, vel telo cecideris, ut corpus ei scinderes vel tumorem faceres, *d. l. 27. §. 17.* Item si quis mulum meum plus justo oneraverit, & aliquid membri ruperit, *d. l. 27. §. 23.* Sed & si arbustum meum vel villam meam incenderis, Aquiliæ actionem habebo, *d. l. si servus §. item si 7.* Æquè si quis vinum effuderit, spurcaverit, vitiaverit, vestimentum sciderit, inquinaverit, milium aut frumentum meum in flumen effuderit, ex hoc capite tenetur, *d. l. 27. §. cum eo. 15. & §. si quis 18. cum §. seq. eod.* Hac quoque actione ex hoc capite de omnibus animalibus læsis agendum est, quæ pecudes non sunt, puta de cane. Sed & de apro & leone, cæterisque feris & avibus idem erit dicendum, *l. quemadmodum 29. § hac actione 6. eod.* In summa hoc capite servorum & pecudum vulnera, reliquorum animalium vel vulnera vel cædes, omnium denique rerum animatarum corruptiones,
2 in judicium vocantur. Liber homo vulneratus directam ex hoc capite actionem non habet: quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur. Sed tamen utilem actionem ei dari placet, in qua non corporis, quod nullam æstimationem recipit, sed operarum cessantium & impendiorum æstimatio fiet, *§. liber homo 13. eod.* quam æstimationem etiam pater utili legis actione persequi potest, ob vulnus inflictum filiofam. *l. 7. eod. l. cum duobus 52. §. socium 16. pro soc. Cujac. 21. obs. 20. add. Grot. 3. introd. c. 34.* Moribus harum regionum etiam dolorum & deformationis corporis, si quando id petitur, æstimatio fit, quamvis propriè hæc pecunia sarciri non possunt, neque juri Romano id conveniat, *l. ult. de his qui dejec. l. 3. si quadr. paup. Grot. d. loc.*

Ruptum intelligitur, quod quoquo modo corruptum] Verbum *ruperit* ferè omnes veteres sic intellexerunt, *corruperit.* Itaque rupti appellatione continentur & usta & fracta, & scissa & collisa, & effusa & quoquo modo vitiata, deteriora facta, aut perempta. Neque obstat quod lex distinctim hæc tria exprimit, usserit, fregerit, ruperit. Nam, ut Celsus dicebat, non est novum, ut lex specialiter quibusdam enumeratis generale subjiciat verbum, quo specialia complectatur, *d. l. si servus 27. §. inquit 13. cum 3. §§. seqq.*

Textus.

De dolo & culpa.

14. *Illud palam est, sicut ex primo capite demum quisque tenetur, si dolo aut culpa ejus homo aut quadrupes occisus occisave fuerit, ita ex hoc capite, de dolo aut culpa, & de cætero damno quemque teneri: ex hoc tamen capite, non quanti in eo anno, sed quanti in diebus triginta proximis res fuerit, obligatur is, qui damnum dederit.*

Commentarius.

Si dolo & culpa] In hac quoque actione; quæ ex hoc capitulo oritur, tam culpa quam dolus punitur. Ideoque si quis in stipulam suam vel spinam comburendæ ejus causa ignem immiserit, & ulterius evagatus & progressus ignis alienam segetem vel vineam læserit, requiremus, num imperitia ejus aut negligentia id accidit. Nam si die ventoso id fecit, culpæ reus est. Nam & qui occasionem præstat, damnum fecisse videtur. In eodem crimine est & qui non observavit, ne ignis longius procederet. At si omnia, quæ oportet, observavit, & subita vis venti ignem longius produxit, caret culpa, *l. qui occidit 30. § pen. h. t.*

Quanti in diebus triginta] Hoc capitulo, quanti res fuerit triginta diebus proximis, tanti lis æstimatur, *d. l. si servus §. tertio 5. eod.* qui excessus præsentis æstimationis hic pro pœna est: quæ levior in hoc capite, quam in primo, tanquam in delicto leviore.

Textus.

Quanti damnum æstimetur.

15. *Ac nec* plurimi *quidem verbum adjicitur. Sed Sabino rectè placuit, perinde habendam æstimationem, ac si etiam hac parte* plurimi *verbum adjectum fuisset: nam plebem Romanam, quæ Aquilio tribuno rogante hanc legem tulit, contenten-*

tentam fuisse, quod prima parte eo verbo usa esset.

COMMENTARIUS.

HÆc verba, *quanti in diebus triginta proximis fuit,* etsi non habeat *plurimi,* sic tamen accepta sunt, *l. quemadmodum 29. § ult. hoc tit.* nimirum ut vox *plurimi* in primo capite posita, in tertio repetita intelligatur: & alioqui incerta esset damni ex hoc capite æstimatio.

Aquilio tribuno rogante hanc legem tulit, &c. Rectius dixisset *Legem jussit,* & mox, *eo verbo usus esset,* ut hic notat Hotoman.

TEXTUS.

De actione directa, utili & in factum.

16. Cæterum placuit, ita demum directam ex hac lege actionem esse, si quis præcipuè corpore suo damnum dederit. Ideoque in eum, qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari solent; veluti si quis hominem alienum, aut pecus ita incluserit, ut fame necaretur: aut jumentum ita vehementer egerit, ut rumperetur: aut pecus in tantum exagitaverit, ut præcipitaretur: aut si quis alieno servo persuaserit, ut in arborem adscenderet, vel in puteum descenderet, & is adscendendo aut mortuus, aut aliqua parte corporis læsus fuerit; utilis actio in eum datur: sed si quis alienum servum aut de ponte, aut de ripa in flumen dejecerit, & is suffocatus fuerit, eo quod projecit, corpore suo damnum dedisse non difficulter intelligi potest: ideoque ipsa lege Aquilia tenetur. Sed si non corpore damnum fuerit datum, neque corpus læsum fuerit, sed alio modo alicui damnum contigerit, quum non sufficiat neque directa, neque utilis legis Aquiliæ actio, placuit, eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri: veluti si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit, ut fugeret.

NOTÆ.

16. SI QUIS PRAECIPUE CORPORE SUO] Directa legis actio ita demum conceditur, si quis corpore suo damnum dederit, *l. 51. eod.* Directa actio hîc intelligitur, quæ ex verbis legis eoque, quod scriptum est, descendit.

QUI ALIO MODO, &c. UTILES ACTIONES] Quæ eædem & in factum; cæterum civiles *l. 7. §. 3. & 6. l. 9. eod.* Actio, quæ inducitur per interpretationem & extensionem aliquam, tanquam ex mente legislatoris, non directa, sed utilis dicitur: quanquam vi & effectu à directa nihil differt, *l. propen. de neg. gest.* Sic patri nomine filii, bonæ fidei possessori, item libero homini suo nomine utilis actio legis Aquiliæ datur. Directam habere non possunt, quoniam in lege domini tantum mentio fit, *l. 7. l. 11. §. 8. l. 13. hoc titul.*

ALIENUM SERVUM DE PONTE] Si quis de ponte aliquem præcipitaverit, Celsus ait sive ipso ictu perierit aut continuo submersus est, aut lassatus vi fluminis victus perierit, lege Aquilia teneri: quemadmodum si quis puerum saxo illisisset, *d. l. 7. §. pen.*

IPSA LEGE AQUILIA] Ex ipsis verbis legis Aquiliæ, ut directa in eum actio competat, ut rectè interpretatur Theoph.

NEQUE CORPUS LAESUM] Ubi corpus integrum manet, neque ex verbis legis directa, neque ex sententia utilis actio competit: ac proinde subsidiaria in factum opus est, *l. 33. in fin. h. t. l. 7. §. 7. de dolo,* quæ à prætore defectum legis supplente datur, *l. 11. de præscr. verb.*

MISERICORDIA DUCTUS] *d. l. 7. §. 7. de dolo.* Intempestiva misericordia damnosa est. Similiter actione in factum tenetur, qui fumo facto apes fugaverit vel etiam necaverit, *l. 49. eod.* Apes fumo abigi & necari notissimum est. Fabrot.

COMMENTARIUS.

1 *Directa actio quot modis dicatur.*
2 *Actio utilis quid: & qua ratione, quando, à quibus introducatur.*
3 *Directam actionem esse, tam quæ ex sententia legis descendit, quam quæ ex verbis: utilem, quæ, tanquam ex sententia per interpretationem extensivam, in factum, cui nec oratio nec sententia convenit.*
4 *Utilem, quæ tanquam ex sententia legis, & ipsam interdum in factum appellari.*

Ut

UT hic locus plenè intelligatur, sciendum est, non uno semper & ejusdem oppositionis intuitu nomen actionis aut directæ aut utilis à veteribus usurpari.
1 Nam primum directa actio dicitur principalis opposita vel præparatoriæ, puta actioni ad exhibendum, *l. 3. §. ibidem 13. l. si quis 17. ad exhiben.* vel contrariæ, ut actio directa commodati, depositi, pigneratitia, &c. vide nostra ad §. *2. sup. quibus modis re contr. oblig. §. 1. sup. de obligat. quæ quasi ex contract.* Deinde actio ordinaria ex delicto, opposita noxali, directa quoque vocatur, §. *omnis 5. inf. de nox. action.* Postremo directa actio dicitur ad differentiam actionis utilis: quæ consideratio hujus loci propria est.
2 Utilis actio sic in universum describi potest, quod sit actio, quæ deficiente stricta juris ratione ex æquitate introducitur. Id vero fit bifariam: vel interpretatione jurisconsultorum; vel etiam jure expresso, tum prætorio, tum etiam civili æquitatem sectante. Actiones prætoriæ in relatione ad jus civile strictum, omnes dicuntur utiles, tametsi apertè verbis edicti propositæ sint, §. *namque 4. inf. de action. l. tut. 16. §. ult. de pign. act. l. electio 26. §. 2. de nox. act. l. 1. de superfic. l. ult. C. quib. ex ca. maj.*
3 Quanquam si jus prætorium absolutè spectamus, quædam actiones hoc jure proditæ directæ, quædam utiles appellari possunt: directæ, quæ ipsis edicti verbis proponuntur: utiles, quas verbis cessantibus prudentum interpretatio induxit, *l. pen. §. ult. de his qui dei. vel eff.* ut apparet ex *l. nec quasi 70. de rei vind. l. 1. l. si Titio 22. de pignor. l. in eum 19. in pr. de instit. act. l. 5. §. pen. de pec. const. l. 1. C. de precar.* Sed & jus civile nonnunquam verbis expressis utiles tantum actiones tribuit, nimirum quoties ratio juris impedit, quominus directæ dentur; veluti si directæ jam sint apud alium. Nam ratio juris non patitur, ut aut apud duos simul directa sit actio, aut ab eo, cui illa semel competere cœpit, avulsa in alium transferatur. Hinc est, quod ei, cui nomen venditum, legatum, donatumve est, non directa, sed utilis actio rescriptis Impp. datur, quia scilicet ex ratione juris directa penes venditorem, hæredem, donatorem manet, *l. si cum 16. de pact. l. 1. C. de obl. & act. l. ex legato 18. C. de legat.* Pari de causa, quia ratio juris civilis non patitur, ut nostra conventione alteri actionem quæramus, quibusdam casibus hic utilis actio constitutionibus introducta est, *l. 3. C. de don. quæ sub mod.* His autem casibus, & si qui sunt similes, demptis, actio directa dicitur, quæ ex verbis legis, eoque, quod rescriptum est, descendit. Scriptum autem etiam illud & verbis comprehensum intelligi oportet, quod voluisse legislatorem constat, etiamsi id verbis apertè expressum non sit. Ut ecce, lege Aquilia, qui damnum dedit, expresè jubetur ejus damni æstimationem præstare. Illud non exprimitur, damnum tanti æstimandum, quanti intersit damnum datum non esse. Cæterum quia damnum sarciri lex voluit, ex voluntate legis hoc sic acceptum est, quasi scriptum esset, ejus omnis, quod interest, æstimationem fieri debere: ac proinde etiam ejus nomine quod extrinsecus interest directa ex lege actio competit, ut notavimus ad §. *illud. 10. supr. eod.* At vero ubi longius proceditur, atque ex scripto & sententia controversia orta, actio inducitur per interpretationem, & extensionem aliquam, tanquã ex mente legislatoris: ea non directa, sed utilis est; quanquam vi & effectu juris à directa non differt, *l. propen. de neg. gest.* Quod si & verba & sententia legis deficiunt, hic prætor defectum legis, utilitate id exigente, supplere solet reddendo actiones in factum, *l. quia actionum 11. de præsc. verb.* Quæ omnia exemplis in textu illustrantur. Illud etiam hic obiter notandum, appel- 4
latione actionis in factum nonnunquam significari actionem illam utilem, quam ex sententia legis per interpretationem induci diximus: ut videre est in *l. qua actione. 7. §. proinde 3. l. item si 9. in pr. l. item Mela. 11. §. sed. si 8. l. quemadmodum 29. §. pen. hoc tit.* Propriè autem eo nomine designari actionem ab illa utili distinctam; quæ scilicet id factum persequitur, cui nec oratio nec sententia legis convenit, *d. l. 11. de præscr. verb. l. si servum 33. §. 1. hoc tit. l. 7. §. idem Labeo 7. de dol. & hoc titul. in fin.* Illa in factum civilis, hæc in factum prætoria dicitur, & tota subsidiaria est.

Si quis corpore suo] *Add. l. ita vulneratus 51. in pr. hoc tit.*

Qui alio modo damnum dederit, utiles actiones] Quæ eædem & in factum, cæterum civiles, *l. qua actione 7. §. 3. & §. Celsus 6. l. item si 9. fere tot. per tit. eodem.* Sic patri nomine filii, bonæ fidei possessori, item libero homini suo nomine utilis Aquiliæ actio datur. Directam enim habere non possunt, quoniam in lege domini tantum mentio fit, *d. l. qua actione in pr. l. item Mela. 11. §. sed si 8. l. liber homo 13. pr. eodem.*

Neque corpus læsum] Lex Aquilia de corpore perempto aut corrupto loquitur. Itaque ubi corpus integrum manet, neq; ex verbis legis directa, neque ex sententia utilis actio competere potest: & proinde subsidiaria in factum opus est, secundum ea, quæ jam dicta sunt, *l. 11. de præsc. verb. l. si servum 32. in fin. hoc titul. l. 7. §. idem Labeo 7. de dolo.*

TITULUS IV.
De injuriis.
D. lib. 47. 10. C. lib. 9. t. 35. & 36.
Continuatio: & argumentum tituli.

Quar-

QUarta species delicti, unde obligatio & actio inter privatos nascitur, est injuria seu contumelia. Quæ quid sit, quomodo & quibus fiat, tum qua pœna vindicetur, quæ circumstantiæ eam augeant aut minuant, & denique quomodo aboleatur, hic docebitur.

TEXTUS.

Verbum injuria quod modis accipitur.

Generaliter injuria dicitur omne, quod non jure fit: specialiter, alias contumelia, quæ à contemnendo dicta est, quam Græci ὕβριν appellant: alias culpa, quam Græci ἀδίκημα dicunt, sicut in lege Aquilia damnum injuria datum accipitur: alias iniquitas & injustitia, quam Græci ἀνομίαν καὶ ἀδικίαν vocant: cum enim prætor vel judex non jure contra quem pronuntiat, injuriam accepisse dicitur.

NOTÆ.

GENERALITER INJURIA] Ex Paulo *apud Rufin. tit.* & Ulpiano *l. 1. h. t.* ubi JC. ait, *injuriam ex eo dictam, quod non jure fit.* August. *Confess. 3. cap. 8. Sive per contumeliam, sive per injuriam.*

CUM JUDEX NON JURE CONTRA QUEM PRONUNTIAT] Si judex iniquè sententiam dixerit, quamvis per imprudentiam aut errorem, *l. 51. de evict.* eum, qui sententia læsus est, injuriam passum dicimus, *d. l. 1. h. t.* Judex autem injuriam facit, non is, secundum quem judicatum est. Aristot. 1. *magn. mor. 34.*

COMMENTARIUS.

OMne quod non jure fit] Quicquid non jure fit, generali verbo injuria dicitur, *l. 1. hoc tit.* ubi Ulpianus ait, injuriam ex eo dictam, quod non jure fiat. Itaque omne factum, quo nocetur detrahiturque quid alteri temere immeritove, id in genere injuria dicitur; eaque vox tam latè patet, quam injustitia. Est enim effectus injustitiæ, quæ in affectu & habitu animi consideratur. Cicero in paradox. *Quocumque aspexisti, ut furiæ, sic tuæ tibi occurrunt injuriæ, quæ te respirare non sinunt. Injuriæ*, id est, actiones injustæ, flagitia, peccata. Injuriæ, sic generaliter dictæ, Justinianus tres species hic commemorat, uti & Jurisconsultus in *d. l. 1.* contumeliam, damnum culpa datum, iniquitatem sententiæ; quibus tamen genus propositum non exhauritur. Sed de eo unusquisque pro arbitratu existimet. Adeundus omnino Aristot. *lib 5. ethic.*

Specialiter alias contumelia] Speciatim injuria primum pro contumelia accipitur, ut in hoc tit. *l. 5. §. 1. ad l. Aquil. l. si unus 27. § 2. de pact.* ubi Paulus scribit, actionem injuriarum nasci ex contumelia. In hoc significatu injuria sic ab auctore librorum ad Herennium definitur. *Injuria est, quæ aut pulsatione corpus, aut convitio aures, aut turpitudine vitam alicujus violat.* Ego sic; Injuria est omne dictum factumve ad contemptum, infamiam aut dolorem alterius directum.

A contemnendo] Contumelia à contemptu, Seneca quoque auctore, dicta est: quia nemo nisi quem contempsit, tali injuria notat.

Alias culpa, sicut in lege Aquilia] Lex Aquilia injuriæ verbo vel maximè dolum malum intelligit: cæterum eodem verbo & culpam comprehendit, atque id quoque, quod per imperitiam aut imprudentiam factum est, injuria factum existimat. Quod Aristoteles non ἀδίκημα, sed ἁμάρτημα appellaret: & ita fortè legendum; quia id nomen locum habet etiam ubi dolus abest. Atque hæc est secunda injuriæ species.

Non jure contra quem pronuntiat] Tertio circa judicia injuriam pro iniquitate accipimus. Nam si judex iniquè sententiam dixerit, eum qui sententia læsus, injuriam passum esse dicimus. Quanquam autem litigatori injuria fieri dicitur non tantum, cum judex dolo malo aut largitione corruptus perperam pronuntiat, sed etiam cum per errorem aut imprudentiam, *l. si per 51. de evict.* Effectu tamen juris inter hæc facta multum interest; & alterum vere maleficium est, alterum propriè non est, sed quasi maleficium; ἁμάρτημα utique: de quo vide *pr. tit. seq.* Illud huic loco contrarium non est, quod apud Paulum in *l. penult. de just. & jur.* legimus, Prætorem quoque jus reddere, cum iniquè decernit. Nam, ut ipse illud explicat, dicitur hoc relatione facta non ad id, quod prætor fecit, sed ad illud, quod prætorem facere convenit; sive nomine relato ad id quod videtur, non quod est; πρὸς τὸ φαινόμενον non πρὸς τὸ ὄν.

TEXTUS.

Quibus modis injuria fit.

1. Injuria autem committitur, non solum cum quis pugno pulsatus, aut fustibus cæsus, vel etiam verberatus erit; sed & si cui convitium factum fuerit; sive cujus bona quasi debitoris, qui nihil deberet,

possessa fuerint ab eo, qui intelligebat, nihil eum sibi debere: vel si quis ad infamiam alicujus libellum aut carmen (aut historiam) scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quod quid eorum fieret: sive quis matremfamilias, aut prætextatum prætextatamve adsectatus fuerit: sive cujus pudicitia attentata esse dicetur: & denique aliis plurimis modis admitti injuriam manifestum est.

NOTA.

MATREMFAM. AUT PRAETEXTATUM, &c.] Budæus *in l. ult. de senat.* erat autem prætexta puerile vestimentum, *l. 23. §. 2. de aur. & arg. leg. & ingenuitatis insigne,* σύμβολον εὐγενείας, Philostrat. *in Herode.*

COMMENTARIUS.

1 *Re quot modis injuria fiat.*
2 *Convitium quid, & an citra id verbis injuria fieri queat.*
3 *An & quando veritas convitii excuset injuriantem.*
4 *An eum relevet præfatio honoris.*
5 *Injuriam verbis factam an verbis liceat repellere.*
6 *Famosi libelli quam varia pœna.*
7 *Si inventor auctorem indicaverit.*
8 *Pœna capitali l. un. C. de famos. libel. quando locus.*
9 *Adsectari cur injuriosum.*
10 *Sermo prætextatus.*
11 *Cur injuriosa attentatio pudicitiæ.*

INterpretes vulgo injuriam in duo genera dividunt, in realem & verbalem: eam, quæ scripto fit, alii ad realem referunt, alii, & frequentius, ad verbalem: quod & Labeo fecisse videtur, *l. 1. §. 1. hoc tit.* & nos sequemur. Itaque dicimus, omnem injuriam aut re fieri, aut verbis, vel lingua scilicet nuncupatis, vel scripto expressis.

1 *Cum quis pugno pulsatus*] Propriè injuria realis est, quoties manus inferuntur, *d. l. 1. §. 1.* Sed & illa realis censetur, quæ citra illationem manuum aut læsionem corporis infertur, re aut facto aliquo, quod ad contumeliam alterius pertinet: veluti si quis vexandi causa aliquem in jus vocari curaverit, *l. injuriarum 13. § 3. eod.* aut domum absentis debitoris signaverit sine auctoritate judicis, *l. si injuria 20. eod.* cui simile, quod hic proponitur de bonis quasi debitoris possessis: item si quis ad invidiam nobis concitandam mœroris indiciis publicè utatur, puta lugubri aut squallida veste, aut si demittat barbam, submittatve capillos, *l. item apud 15. §. generaliter 27. l. vestem 39. eodem. Cujac. 6. obs. 5.* & alia hujusmodi quæ vel gestu ad infamiam aut contumeliam alicujus composito fiunt, οὐδεὶς γὰρ οὐ μόνον ἐν λόγῳ, ἀλλὰ καὶ ἐν τῷ παντὶ ἔργῳ αἰσχρόν. *Eustath. ad Odiss. α.* adde *Damhaud. prax. crim. c. 140. Thessaur. dec. 22. 9.*

Convitium factum] *l. item apud 15. §. ait prætor. 2. & seqq. hoc tit. l. 5. C. eod.* hæc injuria verbalis est. Convitium auctore Ulpiano dicitur vel à concitatione, vel à conventu, hoc est, à collatione vocum. Nam cum in unum complures voces conferuntur, id *convitium* appellari ait, quasi *convocium.* Atque ex eo apparere, non omne maledictum convitium esse, sed id solum quod cum vociferatione dictum est, sive unus sive plures in cœtu dixerint: quod autem non in cœtu nec vociferatione dicitur, convitium non propriè dici, sed infamandi causa dictum, *d. l. item apud §. convitium 4. & §. ex his 11. cum seq.* Verum hanc etymologiam & definitionem Jurisconsulti reprehendit *Laur. Vall. 6. elegant. 52.* negans, usquam apud probatos auctores reperiri hanc differentiam custoditam inter convitium & maledictum. Inter quæ (si qua est) hanc fore ait, quod convitium est maledictum contumeliosum; nec utique vociferatione semper convitium fieri. Idque probat primum auctoritate Quintiliani & Ciceronis: cujus verba in oratione pro Cælio hæc sunt; *Maledictio nihil habet propositi præter contumeliam, quæ si petulantius jactatur, convitium; sin facetius, urbanitas nominatur.* Atque ita quoque vox convitii usurpatur in *l. 5. C. h. t.* Quicquid sit, etiam verbis citra convitium injuriam fieri posse constat: veluti, si quis non debitorem quasi debitorem appellaverit, *d. l. item apud 15. §. si quis 33. eod.* aut si quis puellam blandis verbis sollicitet ad stuprum, *d. l. item apud §. appellare. 20.* Tria ferè hic quæri solent. Primum est, an veritas convitii excuset injuriantem. 3 Interpretes vulgo respondent, excusare, si id, quod objicitur, tale est, ut publicè intersit illud sciri; veluti si quis latro, homicida, adulter, sacrilegus appelletur: eoque pertinere responsum Jurisconsulti in *l. eum qui 18. in pr. hoc tit.* ubi ait, eum, qui nocentem infamavit, non esse bonum & æquum condemnari. Peccata enim nocentium nota esse oportere & expedire. Hoc autem vel maximè procedet, si infamaverit apud magistratum: quoniam tum omnino præsumitur fecisse, ut super objecto crimine, quod tamen utique probare debet, inquisitio institueretur. Alias si ex circumstantiis animus injuriandi adfuisse arguatur, veluti si in rixa id fecerit odio impulsus, petulantiam istam impunitam relinqui non debere, *l. 3. C. de off.*

off. rect. prov. Sin autem quod objicitur innotescere nihil interest, puta si alter pœnam delicti sui sustinuerit, aut si vitium naturale objiciatur, claudus aliquis, luscus aut gibbosus vocetur, veritatem convitii non excusare, quominus animo injuriandi id factum præsumatur: contrarii tamen probationem hic admittendam, *arg. l. 5. C. eod. Ita ferme Gomez. 3. resol. 6. num. 2. Mynſ. 4. obſ. 4. Gail. 2. obſerv. 99. Covarr. 1. resol. 11. n. 6. & 7. Clar. lib. 5. §. injuria. n. 15. VVesemb. parat. num. 8.* Atque hanc distinctionem passim in judicando servari tradit *Christin. vol. 4. dec. 202. n. 32. add. D. à Sande lib. 5. tit. 8. defin. 7.*

4 Alterum est, an injuriantem relevet præfatio honoris aut protestatio non animo injuriandi: veluti si quis dicat, tu es mendax, absit dicto contumelia, aut salvo honore tuo. Communis sententia est, non relevare, quia protestatio contraria facto nihil operatur: atque ita etiam pronuntiari solet, *vid. Gail. 2. obſ. 101. num. 1. Guid. Pap. deciſ. 465. in fin. Covar. 1. resolut. 11. num. 1. Clar. lib. 5. §. injuria. 13. Ant. Fab. Cod. ſuo. hoc tit. deciſ. 1. num. 3.*

5 Tertium est, an verbis factam injuriam verbis retundere liceat. Vulgo placet licere. Quippe ignoscendum ei, qui se ulciscitur provocatus, *arg. l. qui cum 14. §. si libertus 6. de bon. liber.* Cæterum non quibuscumque verbis injuriam illatam repellere fas est, non iis quæ ad vindictam tendunt, sed tantum quæ pro defensione honoris proferuntur, ad removendum crimen objectum: puta, qui vocavit aliquem latronem aut furem, ei non licet ea crimina retorquere, ut dicat, tu ipse es latro aut fur; quoniam hoc tendit ad vindictam: at impunè dici poterit, tu mentiris, cum hoc tendat ad defensionem honoris & innocentiæ, vid. *Mynſ. cent. 5. obſ. 17. Gail. 2. obſ. 100 Tulden. in Cod. hoc tit. n. 4.*

Sive cujus bona quasi debitoris] Quia cujus bona ex edicto possidentur, ejus fama & existimatio cum bonis simul possidetur, *ut ait Cicero pro Quint.* Est autem hæc injuria realis: cui similis species est quæ proponitur in *l. si injuria 20. h. t.* Ait, *ab eo qui intelligebat*, nam injuria, ut in hoc argumento accipitur, non fit sine proposito & affectu facientis, *l. 3. §. 1. hoc tit.*

Ad infamiam alicujus libellum, aut carmen] Ad injuriam verbalem, cum plerisque, retulimus etiam eam, quæ scriptura fit: cujus species atrocissima, est famosus libellus, sive, ut veteres locuti sunt, malum carmen. Nunc vulgo Pasquillus vocatur ex eo, quod Romæ ad truncam Pasquini cujusdam statuam hujusmodi scripta affigi soleant.

6 Pœna mali carminis ex lege duodecim tabularum capitalis fuit. Ut apparet ex loco Ciceronis *4. de republ.* quem citat Augustinus *2. de civ. Dei, cap. 9. Nostra,* inquit, XII. *tabula, cum perpaucas res capite sanxissent, in his hanc quoque sanciendam putaverunt, si quis carmen condidisset, quod infamiam faceret, flagitiumve alteri. Praclare. Judiciis enim ac magistratuum disceptationibus legitimis propositam vitam, non Poetarum ingeniis, habere debemus: nec probrum audire, nisi ea lege, ut respondere liceat, & judicio defendere.* Sed pœna capitis postea sublata videtur: nam lege Cornelia auctor famosi carminis intestabilis esse jubetur, *l. 5. §. si quis 9. hoc tit.* ubi Ulpianus scribit, *Si quis librum ad infamiam alicujus pertinentem scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quod quid eorum fieret, etiamsi alterius nomine ediderit, vel sine nomine, de ea re injuriarum agere licere, & si condemnatus sit, qui id fecit, intestabilem ex lege esse juberi.* Novissime id iterum capite sancitum posteriorum Principum constitutione, quæ extat in *l. unic. C. de famoſ. libell.* qua constitutione eadem pœna etiam is plecti jubetur, qui libellum inventum, quem abolere debebat, in notitiam aliorum protulit.

Quid ergo, si auctorem indicavit? Idem adhuc dicendum censet Salicetus in 7
d. l. un. quem sequitur *Schneid. hic num. 5.* non quod auctorem edens puniatur, quasi ipse auctor sit; sed ob delictum proprium. Quippe utrumque flagitiosum esse, & componere famosum libellum & publicare. Verum hoc aliis displicet, & merito. Nam illum demum lex punit, quem auctorem esse præsumit. Indicanti vero auctorem etiam præmium alibi decernitur, *l. 5. §. ult. hoc tit.* ita ut hoc recte factum compenset invidiam non aboliti scripti: cum nec convinci auctor possit, si scriptum aboleatur: ut disputat *D. Tuld. hic cap. 3.*

Cæterum tum demum 8
pœna capitis prædicta constitutione imponitur, si in libello capitale aliquod crimen objiciatur ad creandum alicui periculum. Tunc enim talioni locus est, ut eadem animadversione coërceatur auctor, qua coërceri meretur crimen illud, quod in libello objicitur. Alias vero mitius & pœna extraordinaria hoc genus petulantiæ vindicatur, secundum *Gloſſ. Petr. Cyn. Salic. Angel. in d. l. unic. Joan. de Plat. & Schneid. hic, Gomez. 3. reſ. 6. n. 1. Christin. vol. 4. deciſ. 202. num. 36.* Quod autem D. Wesemb. in *add. ad Schneid.* notat, pro famoso libello eam solum scripturam haberi, in qua objicitur speciale, certum & capitale crimen, puta latrocinii, cædis, adulterii; sin autem nullum tale crimen objicitur, sed aut contumelia aliqua, qua existimatio læditur, ut si quis spurius in scripto nominetur; aut in genere criminis arguatur, veluti si appelletur flagitiosus, scelestus, nebulo, &c. libellum famosum non esse, sed simplicem scriptam injuriam: id, si quidem vim rerum nominumque spectes, perperam dicitur. Non male autem, si consideres, quod hodie auctor libelli non aliter capite punitur, quam si certum & capitale crimen obji-

ciat,

ciat. Jus Canonum hanc pœnam mutavit in flagellationem rei atque excommunicationem, *cap. 1. & 3. cap. 5. quæst. 1.* Atque hodie generali consuetudine pœna famosi libelli capitalis esse desiit. *Clar. §. fin. quæst. 68. num. 25. & Bajard. in add. ibid. num. 64. & sep. Zypa. not. jur. Belg. Groenew. de ll. abrog. C. de fam. libell. Perez. ibid. in fin.*

Qui matremfam. aut prætextatum prætextatamve assectatus] Assectatur, qui tacitus frequenter
9 sequitur. Assidua enim frequentia quasi præbet nonnullam infamiam. *Ulp. l. item apud 15. §. aliud 22. hoc tit.* Quibus verbis meo judicio Jurisconsultus significat, assectationem propterea turpem esse, quia videtur quis quasi scortum sectari. Nam & hodie quoque solent homines improbi, dum sugillare volunt matronæ aut puellæ opinionem, in publico eis adambulare, quasi scortum ad locum constitutum sectantes. Materfamilias dicitur quælibet mulier honesta, sive nupta sit, sive vidua, *l. pronunciatum. 46. §. 1. de verb. sign.* Prætextati dicebantur, qui prætexta adhuc & bulla utebantur. Quod fiebat usque ad annum decimum septimum. Quo tempore togam virilem sumebant, deposita prætexta puerili. Ut memi-
10 nit Cicero in *proœmio Lælii.* Hinc ætas prætextata Gellio *lib. 1. noct. cap. 23.* mores prætextati Juvenali *satyr. 2.* sermo prætextatus, qui aliis est sermo aperte obscœnus *Sueton. in Vespas. Macrob. 1. Saturnal.* Aliis qui nihil obscœnitatis habet. Prætextatum enim sermonem quidam ab eo dictum putant, quod prætextatis nefas sit obscœno verbo uti. Alii dici putant, quod nubentibus depositis prætextis à multitudine puerorum obscœna clamentur, auctore Festo. Vide Budæum ad *l. ult. de senat. Joan. Britan. in d. satyr. 2. vers. Sic prætextatos referunt Artaxata mores.* Prætextatæ etiam puellæ dicebantur ingenuæ & innuptæ, à prætextis, quas nubentes deponebant.

11 *Pudicitia attentata*] Attentari pudicitia alicujus dicitur, cum id agitur, ut ex pudico impudicus fiat; & qui attentat, injuriam facit, atque hac actione tenetur *l. 9. §. ult. cum l. seq. hoc tit.* Ut ecce si quis puellam aut matronam sollicitet ad stuprum, injuriam ei facit. Hoc enim ipso significat, se jam opinionem aliquam de inconstantia morum ejus concepisse. Prætor appellandi verbo usus est, ut apparet ex *d. l. item apud. §. appellare 20. & § aliud 22.* Appellare, ait ibi Jurisconsultus, est blanda oratione alterius pudicitiam attentare. Quod quidem non est convitium facere, sed alia verbalis injuria.

TEXTUS.

Qui & per quos injuriam patiuntur. De parente & liberis, viro & uxore, socero & nuru.

2. Patitur autem quis injuriam non solum per semetipsum, sed etiam per liberos suos, quos in potestate habet: item per uxorem suam; id enim magis prævaluit. Itaque si filiæ alicujus, quæ Titio nupta est, injuriam feceris, non solum filiæ nomine tecum injuriarum agi potest, sed etiam patris quoque & mariti nomine. Contra autem si viro injuria facta sit, uxor injuriarum agere non potest. Defendi enim uxores à viris, non viros ab uxoribus, æquum est. Sed & socer nurus nomine, cujus vir in ejus potestate est, injuriarum agere potest.

COMMENTARIUS.

Patitur quis injuriam non solum directo per se, sed etiam oblique per alias personas. Per alios patiuntur, pater per liberos, quos in potestate habet; dominus per servos; maritus per uxorem; socer per nurum, cujus vir in potestate ejus est. Etenim ad nos quoque spectat injuria, quæ iis fit, qui vel potestati, vel affectui nostro subjecti sunt, *l. 1. §. 3. hoc tit.* Injuria funeri testatoris vel cadaveris post aditam hæreditatem facta, hæredi quodammodo facta censetur. Semper enim hæredis interest defuncti existimationem purgare. Idemque est, si fama ejus, cui hæredes exstitimus, lacessatur. Si vero id ante aditam hæreditatem fiat, magis hæreditati fieri videtur, & sic hæredi per hæreditatem acquiritur, *d. l. 1. §. & si 4. & §. quoties 6.*

Per liberos quos in potestate] Hic immediate ipsis liberis fit injuria, & mediate per liberos patri; qui & suo & liberorum nomine injuriarum agit. Nam & ipsi quoque filio injuria fieri dicitur, persecutio tamen injuriæ patri tantum datur, non filio; nisi pater aut præsens non sit, aut sit vilis abjectæque conditionis persona, *l. sed si 17. §. ait prætor 10. cum §§. seqq. l. pater 41. hoc tit. l. 2. C. eod.* addo tertium, nisi pater præmortuus sit. Itaque quod dicitur, in *l. 1. §. ult. eod.* filiæfam. actionem competere, sic accipiendum est, ut tamen solus pater eam suo jure exerceat. Quod ex eo

etiam intelligitur, quod pater illatam filio injuriam remittere & condonare potest, *d. l. sed si 17. §. plane 12.* Plane ex lege Cornelia pater injuriarum non agit, sed ipse filius; patri autem prætoria actio competit, *l. 5. §. illud 6. & seq. eod.* Usque adeo autem injuriæ, quæ liberis nostris fit, ad nos pertinere intelligitur, ut etiamsi illi ultro quid injuriosum patiantur, adhuc tamen nostro nomine eam injuriam persequi nobis liceat, *d. l. 1. §. usque 5. l. si quis 26. eod.*

Per uxorem] Etiam per uxorem injuria intelligitur fieri marito. Et ideo non tantum uxor, si sui juris est, injuriam sibi factam exequi potest; sed etiam maritus suo nomine agere, tanquam per latus uxoris sibi quoque simul injuria illata sit, *l. 1. §. ult. l. non solum 11. §. quanquam 7. l. eum qui 18. §. 2. eod.* quod in sponso quoque & sponsa receptum est, *l. item apud 15. §. sponsum 24. eod.*

Filia alicujus, quæ Titio nupta] Hic igitur ex una injuria tribus personis actio nascitur, Titio marito, uxori Titii, & patri uxoris, neque ullius actio per alium consumitur, *d. l. 1. §. ult.*

Uxor injuriarum agere non potest] Si viro facta sit injuria, uxor non agit, *l. 2. eod.* Cujus rei causa hæc esse videtur; quia uxores virorum, non contra viri uxorum dignitatem participant, *l. 8. de senat.* Quare qui uxoris dignitatem violat, simul mariti dignitatem, quæ in ea inest, violare intelligitur: non contra; ὅτι ὁ ἀνήρ ἐστι κεφαλὴ τῆς γυναικός. *Paul. ad Ephes. c. 5. vers. 23.* Plane si injuria marito facta directo quoque tendat ad contumeliam uxoris, veluti si quis maritum appellet lenonem uxoris suæ, hoc casu etiam uxori actionem competere statuunt interpretes.

Sed & socer, &c.] Itaque nomine injuriæ factæ filiæfam. nuptæ filiofam. quatuor personæ actionem habebunt; illa ipsa, pater ejus, & maritus & socer. Per *hunc text.* contra quem socero actionem denegat *D. Tulden. c. 9.*

TEXTUS.
De servo.

3. Servis autem ipsis quidem nulla injuria fieri intelligitur, sed domino per eos fieri videtur: non tamen iisdem modis, quibus etiam per liberos & uxores; sed ita quum quid atrocius commissum fuerit, & quod aperte ad contumeliam domini respicit; veluti si quis alienum servum atrociter verberaverit; & in hunc casum actio proponitur. At si quis servo convitium fecerit, vel pugno eum percusserit: nulla in eum actio domino competit.

COMMENTARIUS.

Duo hic docemur. 1. servis, qua servis, non intelligi injuriam fieri; adeo contemptos & pro nullis habitos apud Romanos fuisse. Proinde si servo convitium factum sit, aut pugnus impactus, ne domino quidem actionem injuriarum competere convenit, *l. item apud 15. §. itaque 44. hoc tit.* 2. si quid atrocius in servum admissum fuerit, & quod aperte ad contumeliam domini respiciat, dominum suo nomine injuriarum agere posse, quasi hic non servo, sed ipsi domino injuria illata sit, *d. l. item apud §. si quis 35.* Ex quibus efficitur, leviorem injuriam servo factam, veluti si leviter percussus sit, vel maledictum ei leviter, ad sugillationem domini factam non videri; alioqui utique domino actio daretur, *d. l. item apud 15. junct. §. 44.* Deinde ne atrociorem quidem vindicari, nisi appareat eam servo factam in contumeliam domini. Et hoc quidem efficit summi juris ratio, quo servi pro nullis habentur. Cæterum prætor, ut passim, ita hic quoque æquitatem secutus, graviorem injuriam, licet servo factam, & citra contemplationem domini, inultam non relinquit. Et esset sane perabsurdum, inultum prorsus manere, si quid atrocius privato odio & libidine in servum sit designatum. Igitur hoc casu dominus injuriam servo factam persequetur nomine servi, *d. l. item apud, §. prætor 34. cum seq. & §. prætor 43. cum seq.*

TEXTUS.
De servo communi.

4. Si communi servo injuria facta sit, æquum est, non pro ea parte, qua dominus quisque est, æstimationem injuriæ fieri, sed ex dominorum persona, quia ipsis fit injuria.

NOTA.

4. Ex DOMINORUM PERSONA] Per enim absurdum esset duobus impari dignitate præditis parem injuriam interpretari, veluti si unus sit senator, alter persona humilis, *§. 9. inf. eod.* Nec obstat *l. 16. eod.* vide plura in comment.

COMMENTARIUS.

Ob injuriam servo communi factam singulis dominis pro ratione dignitatis ipsorū actio datur.

Cujus rei summa æquitas est: nam quod in disjunctis valet, etiam in conjunctis valere par est. Denique si ubi major est dignitas, ibi major & atrocior injuria infertur, §. *atrox 9. infr. eod.* iniquum esset, duobus impari dignitate præditis parem injuriam interpretari. Quod si alterius injuria major est, (cum forte is senator sit, alter persona humilis) majorem quoque pœnam statui oportet. Neque obstat, quod ex Pedio Paulus refert in *l. sed non 16. eod.* non esse æquum in casu proposito pro majori parte condemnationem fieri, quam pro qua quisque dominus est; quoniam ibi non quæritur, utrum ex persona dominorum injuria æstimanda sit, an pro portione dominica; sed utrum id, quod in fine legis præcedentis dictum erat, omnes dominos actionem habere, sic accipiendum sit, ut omnes habeant in solidum, an pro parte dominica duntaxat; & respondetur, actionem quidem omnes habere, sed non pro majore parte, quam pro qua domini sunt. Ex quo minime efficitur, in æstimanda ea portione, personam & qualitatem dominorum non simul spectari: imo verba Pauli contra contrarium arguunt, cum portiones officio judicis æstimari dicit.

Textus.
De servo fructuario.

5. *Quod si usufructus in servo Titii est, proprietas Mævii, magis Mævio injuria fieri intelligitur.*

Commentarius.

Si servo injuria facta sit, in quo unus proprietatem, alter usumfructum habet, magis est ut proprietario injuria facta intelligatur, quam ei, qui habet usumfructum, *d. l. item apud, §. antepen. eod.* Quod enim ususfructus alienus est, id non efficit, quo minus res tota adhuc nostra esse dicatur, *l. recte 25. de verb. sign.* sed hoc obtinet in re dubia servoque atroci injuria affecto. Nam si aperte in contumeliam usufructuarii verberatus sit, usufructuario injuriarum actio datur, *d. l. item apud §. pen. eod.*

Textus.
De eo qui bona fide servit.

6. *Sed si libero homini, qui tibi bona fide servit, injuria facta sit, nulla tibi actio dabitur, sed suo nomine is expediri poterit, nisi in contumeliam tuam pulsatus sit. Tunc enim competit & tibi injuriarum actio. Idem ergo est & in servo alieno bona fide tibi serviente, ut toties admittatur injuriarum actio, quoties in tuam contumeliam injuria ei facta est.*

Commentarius.

Si iis, qui nobis bona fide serviunt, injuria facta sit, siquidem liberi sunt, nulla nobis actio competit; sed ipsi suo nomine experiri possunt: sin servi alieni, dominus injuriarum agit. Sed & hic si in contumeliam nostram pulsati sunt, non domino, sed nobis actio datur, *d. l. item apud, §. antep. & pen. eod.* His consequens est, ut si famulo, mercenario, procuratori, vel subdito alicujus injuria facta sit, dominus ex hac injuria non aliter agere possit, quam si in ejus contumeliam illata sit, verbi causa, mandata ejus exponentibus vel exequentibus. *Gomez. 3. resol. 6. n. 6. Schneid. hic. num. 2. Tulden. cap. 9.*

Textus.
Pœna injuriarum ex l. XII. Tabb. & ex jure Prætorio.

7. *Pœna autem injuriarum ex lege 12. tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat: propter os vero fractum nummariæ pœnæ erant constitutæ, quasi in magna veterum paupertate. Sed postea prætores permittebant ipsis, qui injuriam passi sunt, eam æstimare, ut judex vel tanti reum condemnet, quanti injuriam passus æstimaverit, vel minoris, prout ei visum fuerit. Sed pœna quidem injuriæ, quæ ex lege 12. tabularum introducta est, in desuetudinem abiit: quam autem prætores introduxerunt, (quæ etiam honoraria appellatur) in judiciis frequentatur. Nam secundum gradum dignitatis, vitæque honestatem, crescit aut minuitur æstimatio injuriæ. Qui gradus condemnationis & in servili persona non immerito servatur, ut aliud in servo actore, aliud in medii actus homine, aliud in vilissimo vel compedito jus æstimationis constituatur.*

NO-

NOTA.

IN DESUETUDINEM ABIIT] Cujus desuetudinis causa fuit Neratius, homo insigniter improbus, qui viginti quinque assibus datis pro oblectamento habebat os liberi hominis depalmare. Gel. *d. loc.*

COMMENTARIUS.

1 *Quæ quarum injuriarum pœna ex lege 12. tabb.*
2 *Instituto prætorum quomodo injuriæ vindicentur.*

INjuriæ & legibus coërcentur & edicto prætoris. Lex antiqua XII. tabularum de omni injuria nominatim cavit, de carmine seu libello famoso; de membro rupto, de osse fracto, deque cæteris injuriis omnibus, quæ vel verbis fiunt, vel manu extra membri ossisve ruptionem, ut constat ex Gellio *lib. 20. noct. 1.* & Paulo *lib. 5. sent. 4.* De pœna famosi libelli dictum superius §. 1. *hoc tit.* Ob membrum ruptum lex pœnam talionis constituit: ob os fractum pecuniariam; uti & ob reliquas injurias leviores, quas quinque & viginti assibus sanxit: nam atrociores, ut de osse fracto, impensiore damno vindicasse, pecuniario tamen, idem eodem loco Gellius testatur. Cui & Justin. consentit: sed neuter summam exprimit. Putat Hotomannus, hujusmodi injuriam in homine libero trecentis assibus; in servo centum & quinquaginta vindicatam: alii tot sestertios pœnæ fuisse autumant. Sed non est quod de eo solliciti simus; quoniam pœnæ legis duodecim diu exoleverunt, aliaque pœna à prætoribus substituta est, de qua mox videbimus. Cæterum & lex Cornelia, quæ manu fiunt, injurias coërcet, *vid. § seq.*

Talio erat] Talio similem seu reciprocam perpessionem significat. Impp. dixere reciprocam pœnam, *l. 3. C. Theod. de exhib. reis.* Itaque per talionem parem vindictam lex permittit: quod etiam legi Mosaicæ consentaneum est. *Exod. 21. Levit. 24. Deut. 19. Joseph. antiq. 4. cap. 6.* Insectatur hanc pœnam, ut iniquam nimisque acerbam & cujus executio ne procedere quidem possit, Phavorinus Philosophus apud *Gell. d. l. 20. cap. 1.* Cui occurrens Sextus Cæcilius ait, necesse non fuisse, ut reus talionem pateretur, nisi eam ipse elegisset; quippe qui ex lege facultatem paciscendi habuerit. Sed & talionem ipsam, si reus depacisci nollet, & acerbitatem talionis metueret, ad æstimationem pecuniariam arbitrio judicis redigi necessario solitam: Nam si reus, qui depacisci noluerat, judici talionem imperanti non parebat, æstimata lite in pecuniam damnatum; atque ita si reo & pactio gravis & acerba talio visa fuerat, severitatem legis ad pecuniæ multam rediisse. Verba legis hæc sunt: *Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto.* Testibus Gellio *d. loc.* & Festo in verbo *Talio.*

Propter os fractum] Singula ossa membrum non constituunt. Nam verbi gratia caput, quod unum membrum numeratur, complura & varia ossa habet. itaque os frangi etiam sine membri ruptione potest.

Nummariæ pœnæ] Uti & ob cæteras injurias minus atroces: sed pœna ossis fracti longe gravior erat, quam reliquarum, quæ tantum viginti quinque æris fuit, ut supra demonstravimus.

In magna veterum paupertate] His verbis Tribonianus innuere videtur, pœnas illas nummarias non fuisse valde graves: Cæterum magnas satis veteribus visas in magna rei nummariæ penuria. Unde D. Tuldenus se aliquando respondisse refert, multas, quæ antiquis urbium Belgicæ constitutionibus adversus percutientes aut vulnerantes aliquem diriguntur, hodie non obtinere. Nam apud majores nostros ut aliarum rerum beatam & facilem copiam, ita nummorum longe quam hodie minorem fuisse. De maximo veterum Romanorum sub Servio Rege censu vid. *Halicarnass. lib. 1. Gell. lib. 11. c. 1. Plin. lib. 18. cap. 3.*

Sed postea prætores] Injuriarum pœna instituto prætorum prius ei, cui facta est, deinde arbitrio judicis æstimanda permittitur: ut scilicet is, qui injuria est affectus, ita dicat, *Injuriam mihi factam centum aureis æstimo.* Judex deinde moderetur & refrænet taxationem actoris. Hac pœna recepta legitima ab usu recessit. Q. Labeo apud Gellium *d. l. 20. cap. 1.* refert, fuisse quendam Lucium Veratium, hominem insigniter improbum, qui pro delectamento habebat os hominis liberi manus suæ palma verberare: eum secutum servulum crumenam assium plenam portitantem, & quemcunque depalmaverat ei numerari statim secundum XII. tabb. 25. asses jubebat. Propterea, inquit, prætores hanc pœnam abolescere & relinqui censuerunt, injuriisque æstimandis recuperatores se daturos edixerunt. 2

Secundum gradum dignitatis vitæque honestatem] AEstimatio injuriæ pro ratione personæ, cui facta est, elationem submissionemve accipit. Idque in persona servi quoque locum habere tradit hic Justinianus. Nimirum injuriam etiam servo factam pro honestate aut utilitate muneris, cui à domino præpositus est, aut vitæ morumque, pluris aut minoris æstimari: majorem enim domino injuriam fieri intelligi in servo bonæ frugi, in dispensatore, quam in male noto, in mediastino, aut quali quali, *l. item apud 15. §. itaque 44. hoc tit.*

TEXTUS.

TEXTUS.

De lege Cornelia.

8. Sed & lex Cornelia de injuriis loquitur, & injuriarum actionem introduxit, quæ competit ob eam rem, quod se pulsatum quis verberatumve, vel domum suam vi introitam esse dicat. Domum autem accipimus, sive in propria domo quis habitet, sive in conducta, sive gratis, sive hospitio receptus sit.

COMMENTARIUS.

1 *Ex lege Cornelia criminale quidem injuriarum judicium, sed non publicum constitutum fuisse.*

TRes sunt causæ, ex quibus etiam lex Cornelia actionem injuriarum dedit, quod quis pulsatus verberatusve, domusve ejus vi introita sit, *l. 5. hoc tit.* Nam etsi actio prætoria ad omnes injurias pertinebat, tam quæ manu, *l. 7. §. 1. & 2. eod.* quam quæ verbis fiunt, eam tamen non nisi civiliter instituere licebat: Ex lege autem Cornelia criminale judicium constitutum est; quanquam postea receptum, ut ex ea lege civiliter quoque agi possit, *l. constitutionibus 37. §. 1. eod.* Publicum fuisse judicium quidam putant, sed hoc refellit *l. licet 42. §. 1. de procur.* & quod generaliter traditum est in *l. 7. C. hoc tit.* causam injuriarum non publici judicii, sed privati querelam continere; ideoque nec inter publica judicia vel in *l. 1. de publ. jud.* vel in *tit. ult. hujus libri* numeratur. Utique ex eo quod in *l. 12. in fin. de accus.* mentio fit legis Corneliæ injuriarum, non continuo evincitur, judicium illud publicum fuisse, executionemque injuriæ, tanquam delicti publici, patuisse omnibus; quod est proprium judiciorum publicorum. Legem hanc tulisse videtur L. Cornelius Sylla, quo tempore rempub. constituebat bello civili & cædium impunitate ac proscriptione jactatam.

Pulsatus vel verberatus] O filius scribit, verberare esse cum dolore cædere, pulsare, sine dolore, *d. l. 5. §. 1. hoc tit.* Latinæ autem linguæ consuetudinem qui spectat, facile observabit, differentiam illam non perpetuo servari.

Domum autem accipimus] In lege Cornelia domus nomine etiam conducta & precaria & hospitalis intelligitur, *d. l. 5. §. 2.* unde hæc descripta sunt. Denique ad domos omnes lex pertinet, in quibus quis non momenti causa inhabitat, licet ibi domicilium non habeat: tantum enim ad meritoria vel stabula non pertinet, *d. l. 5. §. si tamen 5. eod.*

TEXTUS.

De æstimatione atrocis injuriæ.

9. Atrox injuria æstimatur vel ex facto, veluti si quis ab alio vulneratus sit, vel fustibus cæsus; vel ex loco, veluti si cui in theatro, vel in foro, vel in conspectu prætoris injuria facta sit; vel ex persona, veluti si magistratus injuriam passus fuerit, vel si senatori ab humili persona injuria facta sit, aut parenti patronove fiat à liberis vel libertis. Aliter enim senatoris & parentis patronique, aliter extranei & humilis personæ injuria æstimatur. Nonnunquam & locus vulneris atrocem injuriam facit, veluti si in oculo quis percussus fuerit. Parvi autem refert, utrum patrifamilias, an filiofamilias talis injuria facta sit: nam & hæc atrox injuria æstimabitur.

COMMENTARIUS.

1 *Pœna injuriæ magistratui, officiali aut apparitori factæ, quatenus extendatur ex sententia interpp.*

INjuria quædam levis est, quædam atrox. Quæ sit injuria levis, ex descriptione atrocis simul intelligetur. Atrocem injuriam accipimus quasi contumeliosiorem & majorem, *l. 7. §. atrocem 7. hoc tit.* eaque vel specie talis est, reque ipsa & facto; vel ex circumstantiis, loco, tempore, persona tum facientis, tum patientis, talis habetur, quamvis per se atrox non sit, *d. l. 7. §. ult. cum ll. seqq.* Atque ex his causis injuriæ æstimatio augeri potest, & pœna judicis arbitrio exasperari. Exemplis res illustratur in textu.

Vel ex facto] In æstimanda atroci injuria primum factum perpenditur, veluti si vulnus illatum sit, si quis fustibus cæsus, aut cui os percussum, *d. l. 7. in fin.* vel si vestimenta scissa, aut insigne alicui convitium factum, &c. *l. 9. fere per tot. eod.* Itaque pro atroce & illa habenda, quæ fit malo carmine. *Liban. orat. 2. ad Theod.*

Vel ex loco] Secundo æstimatur atrocitas injuriæ ex loco, in quo fit, veluti si in theatro alicui injuria fiat, quantumvis per se non atrox. Nam in tanta celebritate vel qualiquali contumelia aliquem afficere, facinus est indignissimum. Idem ergo dicendum est de foro

de foro & similibus locis, *h. text. & d. l. 9. §. 1. eod.* & denique si injuria facta sit ludis aut in conspectu magistratus; quæ ad circumstantiam temporis referuntur in *d. l. 7. §. ult. eod.*

Vel ex persona] Postremo & personæ reverentia atrocem injuriam facit; veluti si ei inferatur, qui est in sacerdotio, & dignitatis habitum atque ornamenta præfert; *l. 4. C. hoc tit.* vel si liberi aut liberti parentem patronumve injuria afficiant; vel de plebe aliquis Senatorem, virumve ob sapientiam & virtutem venerabilem; aut si magistratui injuria fiat, *hoc text. & d. l. 7. §. ult.* Tertullianus *de anima: Gravis injuria in præsidem est, cum officia pulsantur: plus cæditur qui jubet, quando nec qui obsequitur, excusantur.* Hanc autem injuriam etiam capitali pœna posse compesci, censent Decius in *c. ex literis. x. de constit. Menoch. de arbitr. cas. 263.* quanquam alii interesse putant, utrum magistratui, ut cuilibet, an quia utrum magistratui, id est, ad turbandam administrationem officii, aut in ultionem condemnationis rite per eum irrogatæ, aut ad seditionis initium incitamentumque quis injuriam inferat: id enim in seditionem cadere aut in legem Juliam de vi publica, cujus pœna est deportatio, *l. 3. l. qui dolo 10. per tot. ad l. Jul. de vi publ.* quibus assentior. Vide *Tulden. tit. C. de pœn.* Offendens apparitorem sive principis, sive senatus, sive alterius domini aut judicis inferioris, gravissime puniendus est, quod ea res ad publicam utilitatem tuendamque magistratuum jurisdictionem pertineat. Sed tamen ex causa aliter atque aliter statui solet, vid. *Ant. Fabr. Cod. suo, hoc tit. definit. 6.*

Locus vulneris] Interdum atrox injuria censetur ex loco ictus, veluti si quis in oculo percussus fuerit, *l. 8. eod.* Nam oculi, ut Plin. *lib. 11. c. 37.* ait, sunt pars corporis pretiosissima, qui lucis usu vitam distinguunt a morte, ὀφθαλμῶν σέρησις ἀβίωτον βίον ἐργάζονται. *Basil. orat. 36.* Sed hæc species ad primam referri potest, quæ scilicet ipso facto atrox est.

Utrum patrisf. an filiofam.] Utrum injuria patri an filiofam. facta sit, ad augendam aut minuendam injuriæ æstimationem nihil interest, *d. l. 9. §. 2. hoc tit.* Cujus rei hæc ratio esse videtur, quod patris aut filiifam. nomen non est nomen dignitatis.

TEXTUS.
De judicio Civili & Criminali.

10. ***In summa, sciendum est, de omni injuria eum, qui passus est, posse vel criminaliter agere, vel civiliter. Et siquidem civiliter agatur æstimatione facta, secundum quod dictum est, pœna reo imponitur. Sin autem criminaliter, officio judicis extraordinaria pœna reo irrogatur. Hoc videlicet observando, quod Zenoniana constitutio introduxit, ut viri illustres, quique super eos sunt, & per procuratores possint actionem injuriarum criminaliter vel persequi, vel suscipere, secundum ejus tenorem, qui ex ipsa manifestius apparet.***

COMMENTARIUS.

1 *Actionem ad palinodiam, jure civili incognitam, civilem esse, non criminalem.*
2 *In actione criminali pœnam extra ordinem constitui. Civili electa hanc consumi, & contra.*
3 *Civiliter conventus qua ratione infamiam effugiat. Ubi quadam consuetudine recepta.*

Quemadmodum de furto, aliisque maleficiis, non tantum civiliter agi potest, sed etiam criminaliter; *l. ult. de furt. l. ult. de priv. del.* ita etiam de quavis injuria, *hoc text. & l. ult. eod.* In actione civili postulat actor, ut reus in tantam summam condemnetur, quanta ipse injuriam æstimat. Cæterum judex eam æstimationem moderari potest, si forte modum excedere actor videatur, nec ex vero rem metiri, sed, ut plerumque fit, ex nimio amore & opinione sui, nebulam hic etiam objiciente iracundia, *§. pœna 7. supr. eod.* Hæc autem pœna uti pecuniaria est, ita ipsi applicatur atque adjudicatur actori. Et ideo hæc actio opposita criminali civilis dicitur, quamvis prætoria sit ratione causæ efficientis. Porro quoniam opinione vulgi convitiis, maledictis atque exprobrationibus honor & fama alterius lædi creditur, & per revocationem opprobrii restitui, ex hoc errore nata videtur actio ad palinodiam seu recantationem, quæ cum actione injuriarum, qua multa pecuniaria petitur, nunc ex more seu stylo conjungi & cumulari solet: Nam jure civili Romanorum ea actio incognita est. 1 *Vir clarissimus Anton. Matt. ff. ad hunc tit. cap. 3. num. 7.* Criminalem hanc esse actionem contendit. *Marant. part. 4. dist. 1. n. 10.* Sed falso, Neque enim in hoc instituitur, ut vel corpori pœna infligatur, vel quicquam applicetur fisco: sed tantum, ut honori & existimationi ejus, qui læsus est, consulatur, & alioqui cumulatio ista non admitteretur. *Myns. 2. obs. 98. Gail. 1. obs. 65. VVurms. 1. pract. tit. 47. obs. 8.* Criminali actione poscitur 2

vin-

vindicta in exemplum publicum, atque extra ordinem ex causa & persona arbitrio judicis pœna constituitur, reusque coërcetur vel in corpus, vel irrogatione mulctæ, non parti, ut fit in judicio civili, sed fisco applicandæ, *hoc text. d.l. ult. eod.* Utrum autem ex his persecutionibus actor elegerit, una alteram consumit: Quia utraque ad eundem finem, id est, ad vindictam comparata est, *l. 6. l. 7. §. 1. eod. l. unic. C. quand. civ. act. crim. & ibi Bart. num. 2. Gail. d. obs. num. 1. Marant. d. distinct. n. 5. Matth. d. loc. n. 8.* Sed & utroque judicio condemnatum sequitur infamia, *l. 7. in pr. l. 1. l. 4. §. ult. de his qui not. inf. l.*
3 *non damnatos 18. Cod. eod.* Quam tamen evitare reus civiliter conventus poterit, si curet, ut per procuratorem defendatur, *l. 6. §. 2. d. tit. fac. ratio in l. 1. C. de sent. & intell.* Addunt vulgo interpretes, si ante sententiam definitivam aut utique ante litem contestatam æstimationem injuriæ solverit, aut actore nolente recipere, apud acta deposuerit, *arg. l. si reus 73. de procur. Gail. 2. obs. 102. num. 12. & obs. seq. per tot. VVurmser. d. tit. 47. obs. 5. n. 7. VVesemb. parat. de his qui not. infam. n. 9. Christin. Vol. 4. decis. 202. num. 26.* Quod nescio an juri nostro consentaneum sit. Nam textus in *d. l. si reus, de procur.* commode accipi potest de iis, qui tantum damnati infames fiunt, non etiam qui & pacti, ut in caussa injuriarum, cum etiam plus sit solvere, quam pacisci, *arg. l. 4. §. ult. cum lege seq. junct. l. 7. de his qui not. inf.* Illud quoque non ex ratione juris, sed consuetudine receptum est, ut judex ex causa sententia sua honorem condemnato conservare possit. *Gail. 1. obs. 65. n. 6. VVesemb. cons. 22. num. 26. Marq. Freher. de existim. lib. 3. cap. 8. & seq. Christin. Vol. 4. num. 20. decis. 202.* Equidem non ignoro, juris esse, ut gravior pœna ultra legem imposita existimationem conservet, quasi sententia de existimatione transactum sit, *l. quid ergo 13. §. pen. de his qui not. infam. l. 4. C. eod.* Cæterum si sententia pœnam ordinariam non excedat, valet legis auctoritas, *l. 1. §. quoniam 4. ad SC. Turpill.* & regula tradita in *l. non poterit 63. de furt. Zas. in l. acta 45. §. de amplianda, de re judic. Donell. 18. comm. 8.*

Viri illustres & per procuratores] Ad actionem civilem quod attinet, agere quis injuriarum & per se & per procuratorem potest, *l. non solum 11. §. 2. hoc tit.* criminaliter non potest, nisi per se propter inscriptionem in crimen. Cæterum Zeno constitutione sua illustribus veluti consulibus & patriciis, & superillustribus personis, specialiter permisit, ut injuriarum judicium per procuratorem etiam criminaliter vel suscipere vel movere possint, *l. ult. C. hoc tit.* De consuetudine autem Belgii in causa injuriarum procuratores indifferenter admitti testatur *Christin. Vol. 4. decis. 202. n. 7. Bus. in l. licet 42. §. 1. de procur.*

TEXTUS.

Qui tenentur injuriarum.

11. Non solum autem is injuriarum tenetur, qui fecit injuriam, id est, qui percussit; verum ille quoque tenetur, qui dolo fecit injuriam, vel qui procuravit ut cui mala pugno percuteretur.

COMMENTARIUS.

Actio injuriarum non solum adversus eum datur, qui re ipsa injuriam fecit, verum adversus eum quoque, qui subornavit aliquem, ut faceret, *l. non solum 11. pr. hoc tit.* puta, mandando, instigando, consilium dando, *d. l. 11. §. 3. add. quæ notamus ad §. illud 7. super. de mand.*

TEXTUS.

Quomodo tollitur hæc actio.

12. Hæc actio dissimulatione aboletur, & ideo si quis injuriam dereliquerit, hoc est, statim passus ad animum suum non revocaverit, postea ex pœnitentia remissam injuriam non poterit recolere.

COMMENTARIUS.

1 *Remissa injuria adhuc peti posse impensas, &c.*
2 *Cur dissimulatione injuria aboleatur.*
3 *An idem obtineat & in reali injuria.*
4 *Plures species tacitæ remissionis inter eas non esse communionem cœnæ dominicæ.*
5 *Annus in actione injuriarum utilisne intelligendus, an continuus: & ex quo tempore currat.*
6 *Actionem injuriarum ex lege Cornelia perpetuam esse.*

INjuriarum actio tollitur remissione injuriæ. Eaque vel expressa, puta si quis cum adversario paciscatur de lite, aut transigat: quod in actionibus, quæ ex contractu proficiscuntur, facere licet etiam absque infamiæ nota, *l. 7. hoc tit.* atque hoc modo ipso etiam jure hæc actio tollitur, *l. si tibi. 17. §. 1. l. si unus 27.*
§. 2. de pact. l. sed si 17. §. si ante. 6. hoc tit. Quin 1
& absente atque ignorante adversario injuriam remitti posse censent juris nostri interpretes. Cæterum remissa injuria, nihilominus peti possunt impensæ curatio-

rationis & pretium intermissarum operarum, si fortè vulnus illatum membrum aut os fractum. Quippe quæ ob damnum, non ob contumeliam debentur, *l. item apud 15. §. si quis 46. eod. Clar. lib. 5. §. fin. q. 58. n. 38. Covar. 2. res. 10. n. 7. Gom. 3. res. 3. n. 37.* Vel tacita, veluti si quis sine ullo offensæ aut commoti alienative animi indicio injuriam excepit, ut hic docet Justinianus ex Ulpiano in *d. l. 11. §. 1. hoc tit.*
2 Ubi Jurisconsultus ait, injuriarum actionem ex bono & æquo esse, & dissimulatione aboleri, si quis injuriam illatam statim ad animum non revocaverit. Quibus verbis significat, dissimulationem esse speciem quandam condonationis & remissionis injuriæ; iniquum autem esse repeti, quod semel remissum est. Et profectò cum actio injuriarum non persequatur damnum aliquod pecuniarium, sed tantum ad vindictam tendat, is qui dissimulat nec ad animum injuriam revocat, eam insuper habere videtur, & tacitè condonare ac remittere: atque hinc est, quod clausula hæc libello inseri solet, quod actor injuriam sibi factam ad animum revocaverit. Hoc autem obtinere
3 quidam volunt in injuria verbali duntaxat. In reali verò, puta si vulnus inflictum, si quis fustibus cæsus, conjecturam illam non sufficere. *Tulden. hic cap ult.*
4 Dissimulationis quoque & tacitæ remissionis species quædam videtur, si quis cum eo, à quo injuria affectus est, familiariter postea fuerit conversatus. *Clar. §. injuria n. 10. Damhoud. prax. crim. c. 136. n. 10.* Utique si sponte & motu proprio. Nam verbi causa, si ad commune convivium vocatus cum adversario venerit, non ideo censetur remissa injuriarum actio. Sicut nec communione cœnæ dominicæ, uti definivit Curia Frisiæ, teste *D. Joan. à Sande lib. 5. tit. 8. defin. 12. Ant. Matth. ff. ad h. tit. n. 15.* quem vide. *Nec seq.* Item si injuriam passus lite non instituta decesserit; nam ideo hæredi ejus non datur, cum cæteræ actiones pœnales etiam hæredibus competant, *l. injuriarum 13. in pr. hoc tit. §. 1. infr. de perp. & temp. act.* Et denique si tempus instituendæ huic actioni præfinitum elabi passus sit, annum nimirum unum, *l. sed si 17. §. si ante. 6. in fin. hoc tit. l. 5. C. eod.* Utrum autem hic annus continuus sit, an utilis, am-
5 bigitur. Continuum intelligi debere communis DD. schola existimat, *Clar. d. §. injuria n. 9. Myns. 5. obs. 7.* quæ sententia etsi usu forensi recepta est, de jure tamen verior videtur eorum, qui utilem accipiunt, per text. in *l. item si 14. §. in causa 2. quod met. ca.* & facit quod in cæteris prætoriis annalibus annus utilis intelligitur, ut constat ex edictis, quibus proponuntur. Dicitur autem tempus utile tum ratione decursus, ut in eo non computentur dies, quibus experiundi aut judicis adeundi potestas non est; *l. 1. in fin. de divers. & temp. præscr. l. 3. §. ult. de accus.* tum ratione initii, quod non incipiat currere ignoranti aut experiri impedito, *d. l. 1. de div. & temp. præsc. l. 2. quis ord. in bon. poss.* atque hoc saltem respectu utilem hic annum accipiendum, qui à die scientiæ demum currat: contra *Oldend. class. 7. act. 10. Schneid. ad §. sed & 8. hoc tit.* & alios quosdam rectè docent *Gail. 2. obs. 105. Myns. 5. obs. 7. n. 7. Fachin. 9. cont. 8. Christin. vol. 4. decis. 202. n. 8. 9. & 10.* Planè, quod dicimus, actionem injuriarum 6
anni spatio finiri, id tantum pertinet ad actionem prætoriam: nam eam, quæ ex lege Cornelia injuriarum competit, verius est, perpetuam esse, uti sunt & cæteræ, quæ ex legibus & jure civili descendunt, *infr. de perp. & temp. actio. in pr. Clar. d. §. injuria. n. 9. Marant. part. 4. distinct. 1. n. 59. Fachin. 9. controv. 7.* quod etiam rerum judicatarum auctoritate confirmatur. *Myns. 1. observ. 84. & 5. observ. 7. Gail. 2. observ. 105. Wurmser. titul. 47. de injur. observ. 1. decis. Cur. Holl. 13. D. Joan. à Sande lib. 5. titul. 8. defin. 3.* Non obstat huic sententiæ *l. 5. C. hoc titul.* Nam illa non de omni injuria loquitur, sed de verbali duntaxat: quo nomine constat ex lege Cornelia injuriarum agi non posse.

TITULUS V.

D. lib. 9. t. 3. lib. 47. t. 5.

De obligationibus, quæ quasi ex delicto nascuntur.

Continuatio. Quid sit quasi maleficium & unde ita dictum.

Quarta & ultima obligationis causa est quasi maleficium: de quo exponendi hic solus locus superest. Quasi maleficium est omne factum, quo quis propriè quidem dici non potest deliquisse, sed tamen quod maleficio est proximum. Etenim ut quædam sint negotia, quæ licet revera contractus non sint, tamen ad fines contractuum proximè accedunt, & ideo quasi contractus nominantur; ita quædam etiam sunt facta, quæ quamvis propriè in speciem aliquam delicti non cadant, tamen similitudine quadam ad delicta propius accedunt, quam ad contractus; quæ ideo nostri quasi maleficia & quasi delicta appellaverunt: quorum quatuor species hoc tit. proponuntur & explicantur.

Textus.

Si judex litem suam fecerit.

Si judex litem suam fecerit, non propriè ex maleficio obligatus videtur: sed

quia neque ex maleficio, neque ex contractu obligatus est: & utique peccasse aliquid intelligitur, licet per imprudentiam: ideo videtur quasi ex maleficio teneri, & in quantum de ea re æquum religioni judicantis videbitur, pœnam sustinebit.

Commentarius.

1 *Cur judex per imperitiam male judicans non æquè ex delicto obligetur, ac medicus male curans: & circa hoc mores hodierni.*

2 *Cui, adversus quem, qua de re, ex hac causa actio detur.*

3 *Dolus judicis quomodo puniatur.*

SPecies quasi maleficii, & prima ex iis, quæ hoc titulo proponuntur, est, si judex malè per imprudentiam judicaverit: quo etiam hoc factum refert Cajus, *l. 5. §. si judex. 4. de obl. & act. l. ult. de extr. cogn.* unde ad verbum hic locus descriptus est. Ajo, per imprudentiam; nam dolo malo interveniente verum id delictum est. Dices, & per imprudentiam sive imperitiam aliquem lædere verum esse delictum; quippe cum sit culpa: ideo enim medicum malè per imperitiam secantem aut curantem ex vero delicto obligari & teneri lege Aquilia, §. *imperitia. 7. supr. de leg.*
1 *Aquil.* Cur igitur non item dicimus judicem perperam per imprudentiam judicantem ex vero delicto obstringi, sed tantum quasi ex delicto? Nimirum quia medici periculosam imperitiam delicto subjicit temeraria professio scientiæ: Judex autem non professione jurisprudentiæ censetur, sed publica auctoritate constituitur, etiam invitus. Etenim imperitia per se culpa non est: sed in eo, qui peritiam alicujus rei profitetur, in ea re culpæ adscribitur, *l. 9. §. penult. Litem quæritur. 13. §. si gemma. 5. locat.* Denique casus hic separatus est à lege Aquilia, qua damnum corpori datum duntaxat coërcetur, §. *ult. supr. de leg. Aquil.* Moribus hujus ævi neque errata medicorum in judicium vocari solent, ut alibi quoque notavimus; neque judex ex sententia sine dolo malo tantum per imperitiam prolata tenetur; sed iniquitati sententiæ occurrendum est remedio appellationis: testis *D. Tulden. hic cap. 1. & Joseph. Ludovic. dec. 1. n. 50. Bare comment. part. alt. Bugnon. lib. 1. de leg. abr. Satyr. 2. & 124. add. Papon. lib. 16. tit. 2. arest. 12. & 14.*

Litem suam fecerit] Litem suam facere judex male judicando ideo dicitur, quia periculo litis se obstringit, causamque ejus, secundum quem pronuntiatum est, suscipere cogitur, & quasi suam defendere. In summa, quia ex judice fit reus. Cicero *2. de orat. Quid, si cum pro altero dicas, litem tuam facias? &c.*

Licet per imprudentiam] Judex male judicando litem suam facit, non tantum cum dolo malo iniquè decernit, sed etiam cum imprudenter; sed illo casu ex vero, hoc ex quasi delicto obligatur, *d. l. 5. §. si judex. 4. de obl. & act. l. ult. de extr. cogn. l. filiusfam. 15. §. 1. de judic.*

Æquum religioni judicantis] Judex, qui per imprudentiam male judicavit, tenetur quasi ex maleficio actione in factum, & in id, quod ob eam rem æquum judici videbitur, condemnatur salva existimatione, *d. l. ult. de extr. cogn.* Hæc actio iis constituta est, 2
qui ea sententia læsi sunt; proinde actori si reus injustè absolutus est; reo, si injuria est condemnatus: quod ex fine hujus actionis intelligitur, quippe quæ comparata est damni sarciendi causa: aliis autem sarciri non potest, quam quibus datum est. Ei, qui remedio appellationis utitur, quod hodie in casu proposito necessarium est, non est æquum adversus judicem, à quo appellavit, hanc actionem dari. Dolus judicis ut verum & infame delictum severius vindicatur: nam qui τὴν χεῖρα μιαίνων δώροις, largitione, odio, vel gratia depravatus iniquam sententiam dixisse arguitur, & famæ dispendium patitur, & veram litis æstimationem ei, quem læsit, præstare cogitur, *l. filiusfa. 15. §. 1. de judic. l. ultim. C. de pœn. jud. qui mal. jud.* Acceptio pecuniæ etiam reum legis Juliæ repetundarum facit, *l. 3. & 4. de leg. Jul. rep.*

Textus.

De dejectis, vel effusis, & positis aut suspensis.

1. Item is, cujus ex cœnaculo, vel proprio ipsius, vel conducto, vel in quo gratis habitat, dejectum effusumve aliquid est, ita ut alicui noceret, quasi ex maleficio obligatus intelligitur. Ideo autem non propriè ex maleficio obligatus intelligitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur, aut servi aut liberi. Cui similis est is, qui ea parte, qua vulgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, quod potest, si ceciderit, alicui nocere. Quo casu pœna decem aureorum constituta est. De eo vero, quod dejectum effusumve est, dupli, quantum damni

damni datum sit, constituta est actio. Ob hominem vero liberum occisum, quinquaginta aureorum pœna constituitur. Si vero vivat, nocitumque ei esse dicatur, quantum ob eam rem æquum judici videtur, actio datur. Judex enim computare debet mercedes medicis præstitas, cæteraque impendia, quæ in curatione facta sunt: præterea operas, quibus caruit aut cariturus est, ob id quod inutilis est factus.

NOTÆ.

Ob alterius culpam] Habitator suam suorumque culpam præstare debet, *l. pen. d. tit.*

Poena decem aureorum] Adversus eum qui posuit aut positum patitur, actio in factum in decem aureos datur, *d. l. 5. §. 6.* quæ actio popularis est, id est, cuivis è populo conceditur, *d. l. 5. §. ultim.*

Judex computare debet mercedes] Cicatricum autem & deformitatis nulla fit æstimatio, *d. l. 1. pr. §. 6. l. 5. §. 5. l. ult. eod. tit.*

COMMENTARIUS.

Secunda species quasi maleficii est, non præcavere ne quid à domesticis temere ex cœnaculo aut ædibus dejiciatur aut effundatur, quod transeuntibus nocere possit, *l. 5. §. is quoque pen. de obl. & act.* Unde si quid dejectum effusumve alicui nocuit, constituta est à prætore actio adversus eum, qui in eo cœnaculo habitat, unde is casus prodiit, *l. 1. & pass. de his qui dej. vel effud.*

Vel proprio ipsius vel conducto] Utrum cœnaculum proprium, aut conductum, aut gratuito concessum sit, nihil interest. Nam hæc actio in eum datur, qui inhabitat, cum quid dejiceretur vel effunderetur, non in dominum ædium. Habitare autem dicimus vel in suo vel in conducto vel gratuito. Hospes plane non tenebitur; quia non ibi habitat, sed tantisper hospitatur: sed is tenetur, qui hospitium dederit. Multum autem interest inter habitantem & hospitem, inter domicilium habentem & peregrinantem. Si plures in eodem cœnaculo habitent, unde dejectum est, in quemvis hæc actio in solidum dabitur. Sed si cum uno actum fuerit, cæteri liberabuntur, *d. l. 1. §. pen. & ultim. l. 23. & 4. de his qui dej. vel eff.* Si de navi dejectum sit, dabitur utilis actio in eum, qui navi præpositus est, *l. pen. §. ult eod.*

Dejectum effusumve] In eum scilicet locum, quo vulgo iter fit, vel in quo consistitur. Quod merito prætor edixit. Quippe cum publicè intersit, sine metu & periculo per itinera commeari. Ad secreta igitur loca hoc edictum non pertinet: cæterum nihil interest, utrum publicus locus sit, an privatus, dummodo per eum vulgo iter fiat, *d. l. 1. in pr. §. 1. & 2.*

Ideo non propriè ex maleficio] Cujus ex ædibus quid dejectum est, quod alicui nocuit, is propriè dici non potest ex maleficio obligatus: quia plerumque ob factum & culpam alterius tenetur. Sed tamen quoniam non creditur prospexisse & cavisse quod prospicere & cavere debebat, ne quid à domesticis, quorum etiam culpam præstare debet, *l. penult. §. 2. eodem titul.* dejiceretur, peccasse aliquid intelligitur, & ideo quasi ex maleficio tenetur.

Positum aut suspensum] Tertia species quasi maleficii est, eo loco per quem vulgo iter fit, aliquid positum aut suspensum habere, cujus casus prætereuntibus aut in eo loco consistentibus nocere possit, *l. 5. § is quoque 5. de oblig. & act.* Et adversus eum, qui posuit, aut positum patitur, puta inquilinum vel dominum, actio in factum in decem aureos datur, *l. 5. §. prætor ait 6. cum seqq. de his qui dejec. vel effud.* Quæ actio popularis est, id est, cuivis è populo conceditur, *d. l. 5. §. ult.* Nam privata esse non potest, quoniam competit, cum nondum cuiquam nocitum est.

De eo, quod dejectum, dupli] De dejecto aut effuso ita ut alicui noceret, constituta est ei, cui nocitum est, actio in duplum damni dati, *l. 1. in pr. d. tit.* Hæc igitur actio gravior est, quam civilis ex lege Aquilia, quæ non nisi adversus inficiantem in duplum datur, *§. sed furti 26. in fin. de act.* nimirum prætor securitati viarum & locorum publicorum sic melius prospectum iri existimavit. Datur adversus habitantem, ut supra dictum est: cui rursus consulitur actione in factum adversus dejectorem, *l. 5. §. cum autem 4. de his qui dej.*

Ob hominem liberum occisum 50. aureorum] Cujus ex cœnaculo dejectum quid hominem liberum occidit, in eum judicium 50. aureorum datur. *l. 1. in pr. d. tit.* Damni æstimatio hic non fit in duplum; quia in homine libero nulla corporis æstimatio fieri potest, *d. l. 1. §. sed cum 5. eod.* eaque de causa actio ex parte edicti popularis quoque est, & pecunia litem occupanti attribuitur, *d. l. 5. §. hoc autem 5. eod. junct. l. 12. de verb. sign.*

Si vivat nocitumque ei esse dicatur] Hæc verba edicti, *si vivet nocitumque ei esse dicatur*, non pertinent ad damna, quæ in rem hominis liberi facta sunt, si forte vestimenta ejus, vel quid aliud scissũ ruptumve est: sed ad ea, quæ in corpus ejus admittuntur, *d. l. 1. §. hac autem 6.* puta si vulneratus sit, aut membro aliquo mutilatus: quo casu quantum æquum judici videbitur actio datur, *d. l. 1. in pr.* quæ

læso perpetua est, aliis experiri volentibus annua, *d. l. 5. §. hac autem 5.* In litis æstimatione computantur sumptus curationis & operarum amissio: nam cum hujus damni causam dejector attulerit, æquum est, ut id quoque in rationem inducatur, *l. ult. d. tit.* Pœna dupli, & 50. aureorum, ob hominem liberum occisum exolevit: vid. *Græneŵ. de legib. abrog.* hic, & ibi citatos: & adde, quæ notamus *sup. ad pr. n. 2. & §. his autem 9. item ad §. capite tertio n. 2. de leg. Aquil.*

TEXTUS.

De filiofam. seorsim habitante à patre.

2. Si filiusfamilias seorsum à patre habitaverit, & quid ex cœnaculo ejus dejectum effusumve fuerit, sive quid positum suspensumve habuerit, cujus casus periculosus est, Juliano placuit, in patrem nullam esse actionem, sed cum ipso filio agendum esse. Quod & in filiofamilias judice observandum est, qui litem suam fecerit.

NOTA.

2. IN PATREM NULLAM ESSE ACTIONEM] Neque de peculio, neque noxalem, *l. 5. §. pen. in fin. de oblig. & act.* De peculio ideo non datur; quia hîc non ex contractu, aut quasi ex contractu, sed quasi ex maleficio filius obligatur, *l. 1. §. 7. de his qui effud. l. 58. de reg. jur.* Noxaliter autem cum patre nunquam agitur, *§. ult. inf. de nox. act.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur in proposito in patrem de peculio actio non detur, & n. 2.*

SI ex filiifa. seorsum à patre habitantis cœnaculo quid dejectum effusumve fuerit, sive is positū suspensumve quid habuerit, cujus casus nocere possit, non in patrem, sed in ipsum filium judicium datur, *l. 5. §. is quoque penult. de obligat. & action.* In patrem de peculio ideo non datur, quia in specie proposita non ex contractu aut quasi ex contractu, sed quasi ex maleficio filius obligatur, *l. 1. §. si filiusfa. 7. de his qui dejec.* neque enim vel ob maleficium vel ob quasi maleficium filiifa. ullo modo cum patre agi potest, non actione noxali, *§. ult. infr. de noxal. act.* non de peculio, *l. in pœnalibus 58. de R. J.* Quippe pater filio peculium concedens præsumitur quidem velle ex facto filii pro modo peculii obligari: cæterum non ex delicto aliove facto, quod pœnam meretur. Plane, si judicio cum filio actum sit, isque in certam summam condemnatus, jam pater quoque actione judicati de peculio conveniri potest, etiam ejus actionis nomine, ex qua ante condemnationem filii de peculio actionem pati non potuit, *l. 3. §. idem scribit 11. de pec.*

Quod & in filiofa. judice] Filiusfa. judex si litem suam fecerit, non pater: sed ipse actione in factum tenebitur, *l. filiusfa. 15. de judic.* Cujus rei eadem ratio, quam superius dicebamus: quoniam actio de peculio tum demum in patrem datur, cum filius ex contractu obligatus est: hic autem quasi ex delicto tenetur, ubi scilicet temere & imprudenter pronuntiavit. Quod si dolo malo, multo minus tenebitur pater, quia verum hoc delictum est. Quod autem Ulpianus scribit, in *d. l. filiusfa.* qui litem suam fecit, in tantam quantitatem pecuniæ teneri, quæ tunc in peculio fuit, cum sententiam dicebat, id quam rationem habeat, fateor me ignorare. Consuli tamen poterunt *Accurs. ad d. l. Cujac. 13. obs. 18. Ant. Fab. in rationalib.*

TEXTUS.

De damno aut furto, quod in navi, aut caupona, aut stabulo factum.

3. Item exercitor navis, aut cauponæ, aut stabuli, de damno aut furto, quod in navi, aut caupona, aut stabulo factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur: si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicujus eorum, quorum opera navem, aut cauponam, aut stabulum exercet. Cum enim neque ex maleficio, neque ex contractu sit adversus eum constituta hic actio, & aliquatenus culpæ reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur. In his autem casibus in factum actio competit; quæ hæredi quidem datur, adversus hæredem autem non competit.

NOTÆ.

3. ITEM EXERCITOR NAVIS] Ex Cajo *l. 6. §. ult. de obl. & act.* Pertinet huc pars altera edicti

nautæ.

nautæ, caupones, stabularii. &c. cujus initium *l. pen.* *§. ult. d. t.*

De dolo] *d. l. 5. §. ult.* Cujac. & Hotom. *de damno*, auctoritatem Flor. codicis secuti, & sententiam.

Caupona aut stabulo] Apparet stabulum hîc non accipi pro caupona aut diversorio, ut alias sæpe; sed pro loco, ubi jumenta stabulantur, *l. 5. naut. caup stabul.* pro *ταμιείῳ κτηνῶν.*

Commentarius.

De damno & furto, quod in navi, caupona, stabulo factum est, duæ actiones edicto prætoris constitutæ sunt adversus eos, qui navem, cauponam, stabulum exercent; quarum una est ex contractu, altera quasi ex maleficio. Prior est de iis, quæ nautæ, caupones, stabularii à vectoribus aut hospitibus invecta aut illata salva fore receperunt. Constituta est in id, quanti ea res est, quæ salva non restituitur, *l. 1. naut. caup. stab.* Ex eadem causa est & actio civilis ex locato aut conducto aut depositi: nec tamen ideo otiosa est actio honoraria: quippe quæ etiam tunc locum habet, cum damnum datum est aut res periit sine culpa ejus qui recepit, modo ne fato aut vi majore, *l. 3. §. 1. dict. tit.* quo loco & *d. l. 1. §. 1.* etiam ratio redditur, cur hic actio gravior, quam in cæteris constituta sit; nempe ut innotesceret prætorem curam agere reprimendæ hoc genus hominum improbitatis. Hæc actio cum ex contractu descendat, huc non pertinet: ad eam referendæ sunt interpretationes veterum sub *d. tit. naut. caup. stab.* usque ad *l. pen. §. ult.* Altera actio est ex quasi maleficio, si damnum aut furtum factum sit ab iis, quorum opera nautæ, caupones, stabularii utuntur, *l. 5. §. ult. de obl. & act. d. l. pen. §. ult. naut. caup. stab.* quæ huc pertinet. Constituta est adversus easdem personas & de iis similiter, quæ in navem, cauponam, stabulum illata sunt. Ex quasi maleficio ideo esse, dicitur, quia species culpæ habetur, malorum hominum uti ministerio, *d. l. §. ultim. de oblig. & action. & hoc text.* Quare si quid eorum factum sit à vectoribus aut viatoribus quorum opera exercitor non utitur, hæc ex quasi delicto actio locum non habet, *d. l. ult. §. 2. naut. caup. stab.* Sed prior illa ex contractu, *l. 1. §. ultim. l. 2. l. 3. in pr. eod.* pœnalis est in duplum, *l. ult. §. 1.* quia prætor utilitatem hic etiam publicam spectavit, dum prospicit securitati iter facientium. Cæterum pœna hæc dupli exolevit, ut & cæteræ similes.

Caupona aut stabulo] Stabulum pro diversorio seu caupona aut *πανδοχεῖῳ* vel *καταλύματι* sæpe accipi satis notum est. In hoc autem edicto, ubi prætor stabularios à cauponibus distinguit, significat locum, ubi jumenta stabulantur, *l. 5. ff. de titul. ταμιεῖον κτηνῶν, ἱπποστάσιον, ὀνοστάσιον*, cujusmodi stabula ferè cauponis adjuncta sunt, & utraque ab uno exercentur.

In his casibus in factum actio] Hoc etiam ad casus præcedentes pertinet: nam quasi maleficia omnia subsidiariis in factum actionibus vindicantur.

Hæredi quidem datur] *d. l. ult. §. 1. & ult. naut. caupon. stabul.* commune autem hoc est omnium actionum pœnalium, quod hæredibus quidem dentur, sed adversus hæredes non competant: neque enim æquum esset hæredem ex delicto defuncti pœnam sustinere, vid. *infr. §. 1. de perp. & temp. action.*

Titulus VI.
D. lib. 44. t. 7. C. lib. 4. t. 10.
De actionibus.

Textus.

Superest, ut de actionibus loquamur.

Commentarius.

1 *Ratio ordinis & continuationis.*
2 *Error veterum interpp. notatus.*
3 *Actio ut consideranda, quatenus tertium juris objectum constituit.*
4 *Ex quo jure actiones proficiscantur, accurata dissertatio.*
5 *Actionis nomen quam late pateat.*
6 *Quot modis usurpetur à nostris: & qua significatio huc pertineat.*

Superest] Transitio hæc imperfecta est, carens epilogo præcedentium membrorum. Unde natus error interpretum, qui crediderunt, Imperatorem respicere ad tractationem proximè præcedentem de obligationibus. Quod non ita est. Potuisset sane Tribonianus perfecta transitione uti, ut fecit initio lib. 2. & hujus item quarti: atque hic locus id vel maximè desiderabat propter longam, quæ intercessit, antecedentium partium explicationem. Sed tamen ratio ordinis & continuationis partis sequentis non usque 1
adeo obscura est, quin facile ab homine non nimis luscitioso perviderí queat. Et nimirum respicit Imperator tum ad paritionem propositam in calce *tituli de jur. nat. gent. & civ.* qui secundus est libri primi hujus operis, quo loco totius juris nostri tractationem ad tria capita, quæ totidem sunt objecta hujus disciplinæ, revocavit, quorumque primum ad personas pertinere dixit, alterum ad res, tertium ad actiones; tum ad transitionem, quam facit in ingressu libri

libri secundi. Nempe quo ordine partes istas summas proposuit, eodem, quod ratio methodi exigit, deinceps singulas explicare instituit. Igitur cum primus locus in ista partitione, & merito quidem, tributus esset personis, etiam primo loco, hoc est, reliqua parte libri primi de personis disputatum est, hoc est, de eo jure, quo quisque in civitate pro statu ac conditione personæ suæ censetur. De rebus, hoc est, quod cujusque in rebus externis proprium est, aut ei debetur, sive de dominio cæteroque jure in rem, & de obligationibus, quas & ipsas ad eandem illam partem pertinere probavimus in explicatione *titul. de obligat.* tractatum libro secundo & tertio, itemq; nonnulla parte libri quarti, usque ad præsentem locum; quibus locis simul nobis explicati sunt modi ac rationes rerum atque obligationum, tum acquirendarum, tum amittendarum. Expositis ergo ex tribus membris propositis prioribus duobus, superest adhuc tertium & postremum, actiones videlicet, cujus partis tractatio hic jam suscipitur. Hinc vero
2 perspicuum est, errare, quod diximus, interpretes veteres & cum iis Mynsing. qui initium doctrinæ de actionibus fieri existimant *lib. praced. tit. de obligat.* Atque hoc loco eandem continuari; quasi illic de causa actionum tractetur, quæ sit obligatio; hic de effectu obligationis, quæ sit actio; illic de matre, ut loquuntur, hic de filia. Nam nec obligatio causa est omnium actionum, sed earum duntaxat, quæ in personā sunt; & ut esset, tamen ratio obtinendi ejus, quod nobis debetur, à vinculo, quo se debitor adstringit, argumento & materia separata est. Etenim quod omnino notandum est, actio in proposita disputatione non tam consideratur, quatenus cujusque est, dependens ex jure quæsito; qua consideratione cum re-
3 rum nostrarum pars sit, & in bonis nostris computetur, *l. bonorum 49. de verbor. sign.* ad idem plane objectum referri debet, quo referuntur dominium & obligatio: quam quatenus est via sive medium, per quod ad id, quod nostrum est, aut nobis debitum, si ultro non præstetur, pervenitur & aufertur invitis; uno verbo, quatenus consideratur ut instituenda exercendaque in judicio, ut rectè Timæus Fab. *disp. de action. thes. 1.* Vix interpretem inveneris, quin hic
4 in vestibulo quæsiturus sit, ex quo jure actiones proficiscantur, ex jurene gentium, an ex jure civili, id est, utrum causa actionum remota jus gentium sit, an jus civile. Quæstio minimè obscura: Sed nimirum nihil tam clarum atque perspicuum est, quod semper & ab omnibus videatur. Certum est, leges, magistratus, eorumque imperia juris gentium esse: quippe sine quibus nulla unquam gens, aut vixit, aut vivere potuit: adeoque ipsa naturalis ratio omnes docet, sine publica auctoritate nullam hominum societatem consistere posse. Hujus autem publicæ auctoritatis bona pars est in persecutionibus judicialibus, qua civilibus, qua criminalibus. Adhæc inter omnes constat, dominia rerum atque obligationes, quæ causæ sunt actionum proximæ, originem ex jure gentium trahere: trahunt ergo & actiones sive judicia, id est, ea remedia & rationes, quibus, quod vel dominii nostri sit, si id sponte is, qui possidet, non restituat; vel quod in obligationem à nobis deductum, si id debitor non præstet, obtinere liceat. Nam certè frustra sis, si id voluntati permittatur & arbitrio possessoris aut debitoris; aut, quod restat, rixis, tumultibus, cædibus porta patefiet, civis in civem armabitur cum internecione civitatis, si domino aut creditori licere velimus rem suam aut sibi debitam per vim occupare propriaque auferre auctoritate. Non puto autem, quemquam esse, qui juri gentium adscripturus sit ea, quibus concessis necesse sit hominum societatem everti. Præclarè Theodoricus Rex apud Cassiodorum *lib. 4. var. epist. 10. Fœdum est*, inquit, *jura publica privatis odiis licentiam dare: nec ad arbitrium proprium judicandus inconsultus fervor animorum*: & statim; *hinc est, quod legum reperta est sacra reverentia, ut nihil manu, nihil proprio ageretur impulsu. Quid enim à bellica confusione ex tranquilla distabit, si per vim litigia terminentur? fac. l. non est singulis 176. de reg. jur. l. extat. 13. quod met. ca.* Hæc etsi verissima sunt & clarissima, non paucis tamen, iisque etiam, quorum multis aliis in rebus perspicientia ac solertia commendatur, hic cæcutire contingit, ut temere atque inconsiderate contendant, actiones omnes & forma & origine esse juris civilis. Quid ergo est, quod eos transversos agit? Primum quod apud Pomponium in *l. 2. §. his legibus 6. de orig. jur.* scriptum est, ex legibus duodecim tabularum compositas esse actiones, quibus inter se homines disceptarent. An igitur totis trecentis annis ante nemo cum alio agere in urbe potuit? aut quia manu regia pleraque terminabantur, nulla petitio, nulla imploratio fuit necessaria? Sed quis non videt, Jurisconsultum loqui de forma actionum accidentali, & juris Ro. propria? quam scilicet à prudentibus acceperunt compositis certis ac solemnibus formulis. Secundo, quod actiones passim civiles dicantur. Quid tum? Et obligationes ita passim appellantur; quas utique juris gentium esse nemo ibit inficias: quin & condici jure gentium res dicitur in *l. rerum 25. de action. rer. amot.* Tertio quod naturalis obligatio tantæ efficaciæ non est, ut actionem producat: quasi vero quod non producat, non sit à jure civili. Et tamen non una hic exceptio est. Postremo quoniam deportati agere non possunt, qui tamen ea, quæ sunt juris gentium, retinent. Ineptè. Nam id tantum obtinet in imperio ejus civitatis, in qua damnati sunt. Sed nec patriam

patriam potestatem retinent, nec tutelam, nec jus testandi, nec jus succedendi ex testamento aut ab intestato: quæ tamen omnia ex jure gentium manare, & considerata generali atque essentiali forma juris gentium manere, suis locis ostendimus; quamvis propter adjectam à jure civili qualitatem & determinationem usus rectè dicantur esse juris civilis, ut & actiones: per *l. 6. de just. & jur.*

5 *De Actionibus*] Nomen actionis latissimè patere vulgo notum est, ac comprehendere omnem omnino viventis operationem, quæ passioni opponitur: denique & oratorum & histrionum & fabrorum actionem esse dicimus. Sed ne quis erret in varia hujus verbi significatione, quam habet etiam tunc cum ad usum forensem restringitur, sciendum primum est, nunquam verbo agendi, cum ad judicia refertur, ita usos esse veteres, ut eo verbo significarent, quod ducere, trahere. Agere enim illi perpetuo dicunt cum aliquo, nunquam agere aliquem: agere judicio, agere interdicto, quod non significat aliquem ducere aut trahere, sed idem est quod tractare cum aliquo judicio, interdicto cum aliquo contendere; nec reum dicunt, qui agitur, sed cum quo agitur. Quapropter non est audiendus Theophilus, qui actionem ab eo dictam scribit, quod improbos & perfidos ad judicia

6 agamus. Quadruplex autem ferè hujus vocis in jure usus est. Primum latissimè accipitur, & nomen actionis prædicatur de lite omni & causa, sive ea civilis sit, sive criminalis, in qua alias fere utimur verbo accusationis, *l. penult. si ex nox. caus. ag. l. ultim. de privat. delict. l. 1. de crimin. stell. l. 8. de accus. l. 4. Cod. de edendo. rubr. Cod quand. civ. act. crimin.* Secundo minus quidem latè quam in significatione præcedenti, sed ratione sequentium adhuc latissimè, ut appellatione actionis comprehendantur causæ omnes pecuniariæ, sive judicia omnia civilia, non ordinaria tantum, verum etiam extraordinaria, interdicta, præjudicia, persecutiones, stipulationes prætoriæ, quæ actionis instar obtinent, ut damni infecti & legatorum, &c. in summa imploratio etiam nobilis officii judicis, ut nunc loquuntur: *l. actionis 37. de oblig. & act. l. actionis 34. l. pecunia 178. §. 2. de verb. sign.* Tertio pro genere communi actionum in rem & in personam, *l. actionum 25. ff. de obl. & act. §. 1. infr. hoc tit.* strictius tamen, ut interdicta, præjudicia, cognitiones & stipulationes prætorias contineat, *l. sed & ha. 35. §. 2. l. non solum. 39. de procur. d. l. 178. §. 2. de verb. sign.* Quarto & postremo strictissimè atque angustissime, ut solam denotet actionem in personam, *l. actio. 28. hoc tit. d. l. 178. §. 2. de verb. sign.* ac tum fere opponitur petitioni, qua actio in rem significatur, ut in formula stipulationis Aquilianæ, *§. 2. supr. quib. mod. obl. toll. l. & uno 18. §. 1. de acceptil.* Ex his autem significationibus eam, quæ secundo loco posita est, huc pertinere ostendit supra dicta divisio, in qua actio constituitur tertium totius juris privati objectum. Cognata vocabula sunt, petitio, persecutio, formula, lis, causa, controversia, conventio, judicium: nam & vox judicii pro actione sæpe sumitur: ut videre est in *l. 1. & pass. ff. & C. fam. ercisc.* & prætor promiscuè nunc judicium se daturum pollicetur.

TEXTUS.

Definitio.

1. Actio nihil aliud est, quam jus persequendi in judicio, quod sibi debetur.

NOTA.

1. JUS PERSEQUENDI] Auctor hujus definitionis Celsus *l. 51. hoc tit.* Cæterum actio quatenus tertium juris objectum constituit, magis considerari debet, ut via & medium, per quod ad id, quod nostrum est, aut nobis debitum pervenitur, quam quatenus est jus, aut ex jure nobis quæsito dependet; qua consideratione cum rerum nostrarum pars sit, ad secundum objectum referri debet, *l. 49. de verb. sign.*

COMMENTARIUS.

1 *Jus in hac definitione quid significet.*
2 *Refutatur Hotom. qui formulam interpretatur.*
3 *Neminem posse quod sibi debetur, propria occupare auctoritate.*
4 *In jure fieri quæ dicebantur, quæ in judicio.*
5 *Repetitur res ab origine.*
6 *De quibus causis magistratus ipsi ex officio cognoscere soliti: in quo plerique hallucinantur.*
7 *Romam olim commune fuisse forum: nunc autem metropoles idem jus non habere.*
8 *Commune forum esse & locum domicilii: tum quod tempus hic inspiciendum.*
9 *Mos passim receptus.*
10 *Proprium forum quæ tribuant: & quid mutatum moribus.*
11 *Actionem in rem etiam in loco domicilii possessoris moveri posse: contra Donell.*
12 *Eum, qui per se competens non est, posse ex accidenti competentem fieri, & quibus ex causis.*
13 *Definitionem hanc etiam competere actioni in rem.*
14 *Item actionibus popularibus: quæ quid sint, simul docetur.*

15 ***Item actioni injuriarum, & petitioni usurarum.***

1 A*Ctio nihil aliud est, quam jus*] Auctor hujus definitionis est Celsus: in *l. nihil aliud 51. ff. hoc tit.* Generis loco jus ponitur: quod vocabulum cum verbis faciendi jungitur in perpetuo usu juris: adeoque apud omnes Latinè loquentes significat potestatem jure publico tributam; veluti cum dicimus, jus testandi, jus stipulandi, jus retinendi, jus eundi, agendi, utendi, fruendi, &c. Neque alia

2 hoc loco quærenda huic verbo significatio est. Et malè omnino Hotomannus formulam interpretatur. Etsi enim quandoque, actiones cum dicunt Jurisconsulti, formulas earum intelligunt; atque ut hoc etiam largiar, cum prætor se actionem daturum pollicetur, formulam eo nomine significat: nullo tamen modo dici potest, aut jus agendi formulam esse, aut in hac definitione actionem ut formulam considerari. Formula à prætore impetranda est: actio, ut quisque contraxit, statim ei competit: & dominus amissa possessione jus agendi habet statim, id est, etiam antequam prætor adeatur: & quis non videt, actionem in proposito considerari, ut in persona creditoris radicata est, non ut actu in judicium deducta? atque ut maximè ut jam actu intentatam consideres, formula tamen propriè dici non potest, non magis quã emancipatio, manumissio, adoptio, aditio hæreditatis, &c. quæ formulæ non erant, sed actus legitimi, qui per certas formulas & verborum conceptiones expediebantur, *l. actus 77. de Reg. Jur.* Adhæc nihil eorum formulæ convenit, quæ prædicantur de actione; ut cum actio nasci dicitur, acquiri, ipso jure competere, alienari, mandari, cedi, &c. ad hæredem transire, ab hæredibus incipere, successione confundi, plures actiones concurrere, una electa alteram consumi, dividi inter fidejussores, & id genus sexcenta alia. Nec ut actionem, ita formulam in rem, in personam, civilem, prætoriam, perpetuam, temporalem, famosam, hæreditariam, &c. recte dicimus. Quamobrem nec auctorem hujus definitionis Celsum arbitror de formula cogitasse: quamvis temporibus hujus Jurisconsulti qui sub Trajano & Hadriano floruit, formulæ adhuc in integro usu essent. Plane de sententia Justiniani, qui formulis jam dudum sublatis, definitionem eandem nihilominus retinuit, nulla potest esse dubitatio.

Persequendi in judicio] His & sequentibus verbis differentia continetur, & genus positum restringitur. Verbum persequi notissimæ significationis est, nec obscura, quæ in eo, translatio. Sumitur autem hoc loco generalius, cum olim in specie cognitiones extraordinariæ persecutiones dicerentur, *l. 178. §. 2. de Verb. sign.*

3 *In judicio*] His verbis indicatur, neminem sibi jus dicere posse, aut privata, quod sibi debetur, occupare auctoritate: sed si quis putet, se habere actionem, legitimo judicio eum cum adversario experiri debere, atque actionem suam proponere apud magistratum sive judicem, qui cognoscendis & componendis civium controversiis publica auctoritate constitutus est, *l. extat. 13. quod met. ca.* & simul docemur, non quamvis interpellationem aut conventionem actionem dici, sed eam, quæ fit apud competentem judicem ex ratione ac præcepto legum & justitiæ. Cæterum quo res tota plenius intelligatur, duo adhuc nobis explicanda sunt. 1. quid hæc verba *In judicio* significent. 2. quis dicatur judex competens. Primum quod attinet, diversa veteribus sunt, *In jure* & *in judicio.* In jure fieri dicebant ea, quæ fiebant apud magistratum, antequam ad judicem iretur, vel quæ tota 4
peragebantur apud prætorem, veluti ea, quæ cognitionis erant extraordinariæ, & cautiones, quæ à prætore postulabantur, puta damni infecti, vel legatorum: in judicio ea proprie, quæ expediebantur post litem contestatam apud judices datos sive pedaneos. Actio in jure à prætore dabatur, apud judicem recuperatoresve in judicio exercebatur. Cæterum mutato veteri procedendi ritu, ex quo ipsi magistratus judicare jussi sunt, *l. 2. C. de pedan. jud.* perexiguus hujus differentiæ usus esse cœpit: nisi quis putet, adhuc dici debere in jure fieri, quæ fiunt ante litem contestatam, & prætor ipse olim explicabat; in judicio, quæ postea fiunt, licet apud eundem magistratum omnia expediantur. Operæpretium est, rem ab origine repetere. Initio quidem prætorem ipsum, utpote juri dicundo civiumq; inter se controversiis disceptandis ac dijudicandis creatum ac constitutum, causas privatas omnes plene cognovisse & judicasse, verisimile est. Verum postea, & primo quidem propter graviores occupationes, procedente vero tempore fortassis etiam ob dignitatem magistratus, obtinuit & paulatim in ordinariam jurisdictionem versum est, ut prætor aditus non ipse judicaret, sed præparatoriis quibusdam apud eum tractatis, quæ in jure fieri dicebantur, actionem & formulam daret, litigatoresque ad privatos remitteret, qui notionem & judicium susciperent, Horum judicum varia fuere nomina. Dicuntur judices dati, delegati, pedanei, speciales, addicti, selecti, disceptatores, recuperatores, in judiciis bonæ fidei etiam arbitri: de quorum nominum ratione consulantur *Scip. Gent. 2. de jurisd. 8. Coras. 3. misc. 18. Duar. de jud. cap. de jud. dat. Sigon. 2. de antiq. jur. civ. cap. 18. & seq.* Nullam vero jurisdictionem hi judices habebant, sed nudam duntaxat notionem, hoc est cognoscendi tantum, & judicandi potestatem sine imperio aut jure sententiæ exequendæ; & simul sententiam dixissent, judices esse desinebant, *l. 5. l. 15. l. judex 55. de re jud.* Apud hos judicium

dicium exerceri proprie dicebatur, & ipsi specialiter judices appellari & à magistratibus separari solent, *d. l. 15. & 55. de re jud. l. 2. de reg. jur. l. 1. & l. 3. de jurisd.* Usque adeo verò hæc ratio dandorum judicum invaluerat, ut vix ipse prætor judicium unquam susciperet, &, si fides Duareno *lib. 1. disp. 53.* ne potuerit quidem prætor ipse de causis quibusvis cognoscere. In quam sententiam affert *l. 4. de tut. dat. l. ult. de off. prat. l. 8. & 9. de off. praef. l. C. de pedan. jud.* Alii tamen id arbitrarium fuisse existimant, argumento legis, quam inter suas, atque, ut credibile est, ad morem suorum temporum respiciens, M. Tullius refert in hæc verba: *Juris disceptator, qui privata judicet, judicarive jubeat, prætor esto.*
6 Quod in medio relinquimus. Illud constat, exceptas fuisse nonnullas causas, de quibus ipsi magistratus ex officio cognoscebant, non judicem dabant; quæ cognitiones prætoriæ, & extraordinariæ dicebantur, propterea quod præter morem judiciorum ordinarium atque usitatum, sine solemnibus & strepitu judicii, sine formula, hæ causæ expediebantur & disceptabantur à prætore ipso: cujusmodi causæ sunt cognitio de honorariis advocatorum, medicorum, professorum liberalium artium, *l. 1. de exer. cogn.* persecutio fideicommissi, *l. 178. §. 2. de verb. sign. Ulp. tit. 25. §. 10.* petitio liberorum, qui in potestate sunt, *l. 1. §. 2. de rei vind.* restitutio in integrum ex edicto de minoribus, *l. 13. §. 1. l. 24. § ult. de min.* Cujacius *par. Cod. ubi ca. stat.* & Scip. Gent. *d. loc.* huc item referunt causas status sive præjudicia. Rectène an secus, ambigo. Nam præjudicia in *d. l. 1. §. 2. de rei vind.* aperte separantur à cognitione prætoria. Et in his causis partes ad judicem mitti dicuntur, *l. 8. §. 1 & l. 9. de lib. ca.* passimque judicis liberalis causæ, qui de libertate cogniturus est, mentionem fieri videmus, ut in *l. 7. §. 1. & ult. l. 41. §. 1. de lib. ca. l. servus 34. §. ult. vers. quid ergo, de statulib. l. 7. §. 1. in fin. de hared. pet.* Plautus recuperatorum semper meminit in *Rud. & Bacch.* & Sueton. in *Vespas.* refert, Flaviam quandam Domitillam ingenuam & civem Romanam recuperatorio judicio pronuntiatam. Nec multum movet, quod traditum est in *l. non distinguemus 32. §. de liberali 7. de recept. arbitr.* causam liberalem majores judices poscere, quam sint compromissarii, vel quia etiam judices à prætore delegati majores sunt arbitris: qui constituuntur mera conventione privata: vel quia Jurisconsultus non simplicem cognitionem & decisionem causæ considerat, quæ sola pertinet ad officium judicis dati: sed totam causæ tractationem, & in hac etiam partes prætoris, qui lite primum apud se contestata formulam ipse concipit & judicium judicemque constituit. Atque his insuper argumentum præbet *l. 1. C. de off. prat.* ubi Constantinus causam liberalem propriam facit prætoris, quod frustra fecisset, nisi antea fuisset judicii ordinarii, *add. Rev. 3. var. 10. Hotoman. 6. obs. 6.* Sed nec interdicta huc pertinent, ut constat ex *orat. pro Cacin.* item ex *l. 1. §. 2. si ventr. nom. mul. in poss. l. 1. in pr. ne vis fiat ei, qui in poss. l. 1. in pr. de vi & de vi arm.* quibus locis manifeste refelluntur, qui negant, ex causa interdicti formulam aut actionem datam fuisse. Postea ratio judiciorum mutata est, & injuncta causarum omnium cognitio ipsis magistratibus: extra quam si vel occupationibus publicis vel multitudine causarum ipsi cognoscere impediantur, *l. 2. C. de ped. jud.* aut ea negotii sit vilitas, ut non admodum notionem magistratus requirat, *l. ult. C. dict. tit.* quo respiciens Justinianus, ait, judicia omnia suo tempore extraordinaria fuisse, *§. ult. Inst. de interd.* In judicio igitur sic nunc interpretabimur apud prætorem sive magistratum, qui dum jus dicit ac reddit, recte judex appellatur, & cui soli nunc judicandi munus incumbit. Alterum quod hic explicandum erat, est, quis sit judex competens: neque enim promiscue apud quemvis judicem quævis actio institui potest, sed apud eum solum, cujus de ea re, qua de agitur, notio est, qui uno verbo competens appellatur. Competentia hæc æstimatur, ex quibus forum sortiri dicimur. Forum duplex: commune unum, alterum proprium seu speciale. Com- 7
mune forum olim fuit Roma, quæ idcirco veteribus dicta est communis patria, *l. Roma, ad Munic.* Nam omnes qui Romæ inventi essent, ibi conveniri poterant, ibi se defendere debebant, nisi jus haberent revocandi rem ad domicilium proprium, *l. 2. §. omnes 4. & seqq. l. non alias 24. de judic.* sed moribus hodiernis regiæ urbes seu metropoles jus istud communis fori non habent. Commune forum item recte di- 8
xeris, in quo quisque conveniri potest quacunque ex causa: quale forum tribuit locus domicilii: & est notandum, circa locum domicilii non tantum inspici locum, in quo reus habitat tempore movendæ actionis, sed etiam in quo habitabat tempore contractus, *l. 2. Cod. de jurisdict.* quem locum male Cyn. Salic. & Sich. restringunt ad casum, quo quis in loco domicilii contraxit: quia ita conveniretur ex capite contractus, non domicilii, de quo ibi diserte agitur, & locus contractus forum tribuit, etiamsi quis nunquam ibi domicilium habuerit. Atq; ratio hujus juris satis manifesta est, quia cum statim actio ex contractu nascatur, & jus conveniendi reum in loco domicilii creditori quæratur, cum quo forte alias non contraxisset, jus illud creditori facto debitoris adimi non de- 9
bet. Moribus in Belgio & aliis regionibus dudum invaluit, ob summam difficultatem, quæ sæpe est, sequendi debitores exteros, ut ii quovis loco deprehensi detineri judicioque sisti queant. *Gudel. lib. 4. cap. 2. late Peck. in tractat. de jur. sistend.* Pro- 10

prium

prium forum est, quod præter commune tribuunt causæ singulæ; veluti in actionibus in personam forum tribuit locus, in quo contracta est obligatio, *l. omnem 20. de judic.* quod tamen puto sic accipiendum, si reus ibi reperiatur; per *l. 2. §. 4. l. 19. in pr. & §. 1. l. argentarium 45. de judic.* textus est in *cap. 1. §. contrahentes, de for. comp. Covar. pr. quæst. 10. num. 3. Everhard. & Vultejus in l. 2. Cod. de jurisdict. Anton. Fab. Cod. suo, ubi conv. qui cert. loc. defin. 4.* & siquidem in contrahendo dictum non sit, quo loco rem præstari oporteat, is locus contractus intelligitur, in quo res gesta est, *dict. l. 19. §. 1. aict. l. 45.* Sin autem expresse cautum ut alio loco, quam in quo negotium gestum est, res præstetur, hic locus accipiendus, tanquam re ibi contracta, *l. 3. de reb. auct. jud. possess. l. contraxisse 21. de obl. & act.* In Francia & his regionibus non inspicimus locum contractus, nec solutionis, sed domicilii debitoris, juxta *l. exigere 65. de judic.* sic ut *l. hæres 21. de jud. l. 3. de reb. auct. jud. poss. l. 21. de obl. & act.* non sint receptæ, secundum ea, quæ tradit Imbert. & alii allegati
11 à Christin. *vol. 2. decis. 164.* In actionibus in rem speciale forum tribuit locus, in quo res sitæ sunt. Est enim constans hæc fere omnium interpretum sententia usuque forensi non dubio recepta, posse pro arbitrio petitoris actionem in rem moveri vel in loco domicilii possessoris, ut foro actionum omnium communi, vel in loco, ubi res, de quibus contenditur, constitutæ sunt. Per text. non obscurum in *l. 3. C. ubi in rem act. fac. l. un. C. ubi de hæred.* quanquam Gudelinus notat, praxin illud maxime observare, ut ibi duntaxat actio in rem intendatur, ubi res sita est, *lib. 4. cap. 2.* Unus fere Donellus noster *lib. 17. comm. 17.* ab hac sententia recessit, contendens, in actionibus in rem nullam domicilii rationem haberi, sed unum tantum esse forum rei, locum sc. in quo sunt constitutæ: ibi reum conveniendum esse, ibi se defendere debere; conventum in loco domicilii non cogi judicium pati. Quo & ipse aliquando inclinavi propter *l. quod legatur 38. de judic.* Sed non dubito nunc, quin quod Jurisconsultus ibi proponit de re legata, speciale sit, eo quod legatario sufficere debeat, si hæres à quo legati præstandi necessitas non cœpit, eo in loco ubi res est, offerat solutionem, de qua etiam & ipsa præstatione præcipue Jurisconsultus tractat. Quod Donellum præterea movet, facile evenire posse, si possessor in loco domicilii conventus jubeatur rem restituere; ut nova lite pro executione rei opus sit: non usque adeo magni momenti est. Nam præterquam quod magistratus omnes inferiores mutuam sibi operam præstare debent, considerare debuit Donellus, non esse ex ratione juris Romani in judiciis realibus ordinariam hanc procedendi atque exequendi viam, ut possessori restituere jusso, nec parenti res ipsa manu militari auferatur, sed ut damnetur quanti in litem actor juraverit, *l. ejus rei 46. cum seq. de rei vind. l. 5. l. 8. de in lit. jur.* Quæstiones criminum ubi exerceantur docet 12
l. 1. l. 2. cum auth. seq. C. ubi de crim. Illud obiter adjicio, posse eum, qui per se competens non est, ex accidenti competentem fieri, idque vel propter judicium jam cœptum, vel propter prorogationem jurisdictionis. Cœpti judicii hæc vis est, tum ut actorem mutuæ petitioni seu reconventioni, ut nunc in foro loquimur, obnoxium reddat, hoc est, ut mutuas rei actiones ibi excipere cogatur, ubi ipse litem movit, tametsi prius ibi conveniri non potuisset, *l. 22. de judic. l. 14. C. de sent. & interl.* tum ut litigatores retineat in judicio conjuncto. Conjuncta autem judicia hic in re habita sunt possessionis & proprietatis; ac de his ita cautum; Quo in loco prius de possessione actum est, etiam de proprietate agi debere, quamvis rebus integris ibi conventus judicium excipere non cogeretur, ne causæ continentia dividatur, *l. nulli 10. C. de jud.* Moribus tamen disjunctos cernimus istarum causarum judices: quippe interdicta possessoria in conciliis provincialibus solent tractari: quæstiones vero proprietatis apud cujusque loci magistratum. *Gudelin. lib. 4. c. 2.* ubi de foro competente late & eleganter disputat. *art. 19. Instr. supr. Holland. cur.* Prorogatur jurisdictio, cum alius judex, quam cujus notio est, ex conventione aditur, *l. 18. de jurisd. l. 1. de judic.* de quo consule *DD. ad d. l. 1. & c. si diligenti. x. de for. com. Christin. vol. 2. dec. 160.*

Quod sibi debetur] Hotom. *3. obs. 17.* addit, *vel quod suum est*; ne definitio angustior sit definito: quippe quæ alioqui actioni in personam duntaxat competere videatur, non etiam actioni in rem, per quam rem nostram petimus, non nobis debitam. Et verum quidem est, proprie ea, quæ nostra sunt, dici non posse nobis deberi, *l. Quintus Mucius 27. §. 2. l. scribit 34. in pr. de aur. arg. leg.* 13 Sed quid prohibet verbum debendi laxius accipere, ut debere quisque dicatur, quod jure præstare tenetur, quamvis facto suo ad id se non obstrinxerit? Convenit certe hoc & partitioni juris initio propositæ, & præsenti instituto Justiniani, ut divisio in continenti subjecta clare ostendit. Nec deest veterum auctoritas: nam & Ulpian. in *l. pecunia 178. §. ult.* scribit, hoc verbum *Debuit*, omnem omnino actionem comprehendere. Plane persecutio criminalis huc non pertinet, qua quisque non quod sibi debetur, persequitur, sed, quod vigor publicæ disciplinæ postulat, vindictam criminis, *l. 9. §. quod illicite, de public an.* Quæsitum de 14
actione populari & injuriarum. Sed puto verba definitionis etiam ad actiones has commode applicari posse. Populares actiones sunt definitore Paulo in *l. 1. de popul. act.* quæ jus suum populo tuentur: nimirum

nimirum summus ac præcipuus harum actionum finis est, ut publicæ utilitati & securitati consulatur, *l. 1. §. de his qui effud. vel dej.* quam ob causam etiam pariter propositæ sunt, nisi quod in iis, quæ simul continent interesse alicujus privati, is, cujus interest, præferatur, *l. 3. §. 1. de popul. act. l. 3. in pr. de sepul. viol.* Pœna, quam persequuntur, regulariter actoris lucro cedit; qui ob id etiam, postquam litem contestatus est, inter creditores numeratur, *l. 12. de verb. sign.* fisco ut applicetur, rarum & singulare: ac tum præmii loco pars aliqua datur actori, *l. 15. §. ex hoc edicto, de Senatusc. Syllan. l. ult. de term. mot.* Cæterum quia hæ actiones ita propositæ sunt, ut ejus demum, qui eas occuparet litem contestando propriæ fierent, eique soli pœna præstaretur, inde est, quod qui habet actionem popularem, non intelligitur esse locupletior, neque pro creditore habetur, antequam litem contestatus est, *l. pen. §. 1. de pop. act. junct. l. 12. de verb. signif.* Sed enim cum hæ actiones privatam pecuniæ persecutionem habeant, utique consideratæ quatenus jam occupatæ vel etiam occupandæ per litis contestationem, ad definitionem pertinent. Idque menti Justiniani omnino conveniens est, qui & *sup. tit. praeced. §. 1. & infr. hoc eod. tit. §. 10.* populares
85 aliquot actiones proponit. Eadem fere ratio esse videtur & actionis injuriarum. Hæc ante litem contestatam in bonis nostris non computatur, *l. injuriarum 28. de injur.* scilicet quia si quis de ea litem non contestatus decesserit, perinde est, quasi nullam unquam actionem habuisset, utpote quæ nec illi profuit vivo, nec hæredibus ejus prodest, ad quos non transmittitur, *§. 1. inf. de perp. & temp. act. l. 13. de injur.* Usurarum petitio propriam rationem habet; nec tamen eam hinc excludimus. Nam quod usuræ dicantur peti non posse jure obligationis aut actionis, sed officio judicis in bonæ fidei judiciis ob moram præstari; *l. qui per 49. §. 1. de act. empt. l. 4. C. depos.* id non significat, usuras non deberi, aut nullam usurarum nomine actionem esse, sed non deberi principaliter, nec esse propriam actionem, qua principaliter petantur, sed sortis duntaxat, qua mota & ipsæ per consequentiam officio judicis veniant.

TEXTUS.

Divisio prima.

2. *Omnium autem actionum, quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quacunque re quæritur, summa divisio in duo genera deducitur. Aut enim in rem sunt, aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est, vel ex contractu, vel ex maleficio: quo casu prodita sunt actiones in personam, per quas intendit, adversarium ei dare aut facere oportere, & aliis quibusdam modis. Aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam: quo casu prodita actiones in rem sunt: veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, possessor autem dominum ejus se esse dicat: nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est.*

NOTÆ.

2. JUDICES ARBITROSVE] Judicum nomine intelligit judices addictos actionibus stricti juris; arbitrorum addictos judiciis bonæ fidei, *l. 15. de re jud. l. 7. de leg. Jul. rep.* quanquam & arbitri ex compromisso sumpti huc pertinent, *l. 1. de rec. arbitr.*

QUO CASU PRODITAE ACTIONES IN REM] Actio in rem est, per quam rem nostram, quæ ab alio possidetur, *l. 25. h. t.*

QUAM TITIUS SUAM ESSE] Actio in rem de re corporali, quæ κατ' ἐξοχὴν dicitur rei vindicatio *tit. D. & C. de rei vindic.* soli competit vero rei domino, *l. 23. eod.* Utilis tamen emphyteutæ & superficiario datur, *l. 1. § 1. si ag. vect. l. 74. de rei vind.*

POSSESSOR DOMINUM SE DICAT] Aut utique neget petitorem dominum esse: nam ut contra vindicet, non est necessarium, *§. 4. inf. de interd. l. 4. C. edend.*

COMMENTARIUS.

1 *Divisionem hic propositam non à materia, sed à causa efficiente sumptam esse.*

2 *Indicatur causa efficiens seu jus, unde actio & in rem & in personam manat.*

3 *Personæ ad constituendum judicium necessaria.*

4 *Quam varie nomina hæc, judex & arbiter, accipiantur, sive conjunctim sive per se posita.*

5 *Arbitratores, quos vocant, huc non pertinere, rejecta vulgata distinctione.*

6 *Disputatio accurata adversus eos, qui mancam esse hanc divisionem contendunt, unoque membro, mixtarum scil. actionum, mutilatam.*

7 *Nec actiones, quæ dicuntur in rem scriptæ, tertiam speciem constituere.*

8 *Actio in personam quid; cui adversus quem detur.*

9 *Quo effectu creditor nomen alienet.*

10 *Actionem in rem cum domino ambulare, eaque teneri novissime possidentem.*

11 *Actione in personam quid petatur: ubi & insigne discrimen inter hanc & illam in rem circa causam libello complectendam.*

12 *Actiones in personam, quæ nec ex contractu nec ex maleficio originem trahere videntur.*

13 *Formula in actionibus in personam usitata, & quali locus, cum agitur ex obligatione faciendi.*

14 *Formulam, qua adversarium dare aut facere oportere intendimus, non convenire omnibus actionibus in personam.*

15 *Actio in rem quid sit, unde nascatur; & cui competat principalis illa, quæ de hic agitur.*

16 *Quæ petitori in hac actione probanda ad fundandam intentionem: & primum de dominio.*

17 *Necesse esse ad fundandam actionem, ut his, cum quo in rem agatur, possideat. Quam late verbum possessionis hic accipiatur. Aliaque non passim obvia.*

18 *Possessorem non compelli, ut contra vindicet, dissertatio adversus D. Contium.*

19 *Petitio hujus actionis propria: & qui exitus.*

PRoponuntur hoc tit. quinque aut sex actionum divisiones, quæ naturam, causas, vim & proprietatem singularum velut in tabella exhibent. Quæ hoc §. proponitur, summa dicitur eodem sensu, quo sæpe alibi à nostris, ut in *l. 3. de stat. hom. l. 1. de rer. divis.* § *1. inf. de interd.* quia inter multas prima
1 & potissima est. Ratio divisionis ab objecto sive materia petita prima fronte videtur: id enim verba hæc, in *rem* & *in personam*, præ se ferunt. Nos tamen à causa efficiente potius eam ductam arbitramur, hoc est, à jure, quod quis circa rem habet: idque confirmat tum hic ipse locus, tum *l. actionum 25. ff. eod.* unde magnam partem, quæ hic traduntur, hausta sunt: ac mox res tota clarius apparebit. Non igitur ideo, inquam, actio in rem dicitur, quia in ea res petatur; actio in personam, quia petatur persona: una enim actionum omnium materia est res, quæ petitur, sive in personam agatur, sive in rem. Et si quando contingat, ut servus petatur, non petitur, ut persona, sed ut res cæteræ, quæ nostræ sunt, aut nobis debentur. Sed nec ideo actio in personam dicitur, quia ea qui agit, personam conveniat; actio in rem, quia conveniatur res ipsa; quod natura fieri non potest: Nam quod Jurisconsulti ita aliquando loquantur ut dicant, rem conveniri, non personam, abusivum est, & specialem præterea rationem in causis, de quibus loquuntur, habet, veluti in *l. 7. de publican.* item *l. 19 de jur. fisc.* Quarum illa prædia conveniri dicuntur ex causa vectigalium, non personæ; ut intelligamus, onera ista prædiorum esse, non personarum; ac proinde quasi à prædiis exigi atque à possessoribus eo nomine conventis præstanda esse, sine consideratione temporis, quo possederunt. In altera Papinianus negat, pecuniæ publicæ, quam quis à debitore suo in solidum accepit, revocatæ, usuras præstari, eo quod res, non persona convenitur; quod sic explicatur, in *l. 5. C. de priv. fisc.* quia fiscus jure extraordinario privilegii sui rem aufert, non cum obligato ex contractu aliquo fœneratitio agit. At cum utraque actione & res petatur & persona conveniatur, qui fit, quod una in rem nomen acceperit, altera in personam? Dicam statim: prius enim causa efficiens utriusque indicanda est, unde potissimum, ut ante dixi, sumpta ratio divisionis. Omnis actio procedit ex jure aliquo, quod quis circa rem habet, tanquam à causa 2
efficiente proxima, & itidem variatur pro juris istius diversitate. Quemadmodum autem hoc jus in universum duplex est; unum in re, alterum ad rem: ita quoque duæ in universum diversæ actionum species inde manarunt, sive duo remedia ad jus illud judicio persequendum. Jus in re, quod obiter hic inculcandum, multiplex, dominium tum directum tum utile, ususfructus, servitutes, pignus, jus possessionis. Jus ad rem unum est, obligatio scilicet sive creditum. Ex jure, quod quis in rem habet, proficiscitur actio in rem, pro diversa quidem qualitate istius juris diversi quoque generis, sed id ad rem propositam nunc nihil facit. Obligatio actionem in personam parit. Illa in rem dicitur, quia domino quod detur, rem perpetuo sequitur, atque ut persona hic conveniatur, hoc est, possessor, tamen non convenitur propter sese propter rem possessam. Hæc autem in personam dicta est, quia ut persona hic convenitur, ita convenitur propter se, quia se obligavit, non propter rem petitam. Quod tamen non sic accipiendum est, quasi qui ex obligatione agit, non hoc agat, ut rem quæ in obligationem deducta est, consequatur: sed sic, quod actione in personam quisque tenetur ob hoc solum, quia verbi causa promisit, se daturum esse; & hoc sive rem habeat, sive non habeat; cum actione in rem propria propter hoc solum teneatur, quod rem possidet, nec compellatur in rem actionem pati, si rem defendere nolit, aut sine dolo possidere desierit, *l. sin autem 27. §. 1. l. ult. de rei vind.*

Quibus inter aliquos apud judices] Tribus his 3
verbis breviter comprehenduntur tres illæ personæ, quæ ad constituendum judicium necessario requiruntur, actor, reus, judex. Actor & reus litigatores sunt,

sunt, inter quos res agitur, & quorum ille est, qui litem intendit, hic, qui excipit. Græci φεύγοντα appellant, & more Græcorum nostri aliquando partem fugientem, *l. 2. C. de jureju. prop. cal. l. 13. §. 2. C. de judic.* Judex, apud quem res agitur, qui idem caussam cognoscit, & litem auctoritate sua dirimit. Unde judicium non male definitur legitima rei controversiæ inter actorem & reum apud judicem tractatio, in eum finem instituta, ut lites publica auctoritate sopiantur.

4 *Judices arbitrosve*] Nomina hæc judex & arbiter non eodem semper modo accipiuntur, nec per se posita, nec conjuncta, ut hoc loco. Utrumque autem vel proprie accipitur, vel improprie. Judex proprie dicitur, qui ita judicat, ut in eo munere publico fungatur. Etenim judicandi munus publicum est, *l. quippe 78. ff. de judic. l. ult. § judicandi, de mun. & hon.* Atque hinc judices omnes dicuntur habere notionem, id est, potestatem cognoscendi jure publico constitutam, *l. 5. de re jud.* Improprie judices dicuntur arbitri, qui ex consensu litigatorum & compromisso sumuntur: quippe consensus privatorum judicem facere non potest, *l. 3. Cod. de jurisd.* Appellantur autem judices propter affinitatem, quam cum veris judicibus habent, eo quod partibus judicis fungantur, & arbitria ad similitudinem judiciorum redacta sint, *l. 1. l. 13. §. 2. de rec. arbitr. l. pen. ff. l. 14. Cod. de judic.* ac tametsi sententiæ eorum executioni mandari non soleant, effectum tamen aliquem

5 habent vi stipulationis pœnalis. Arbitri proprie & plerumque dicuntur iidem illi, quos diximus, judices voluntarii & compromissarii. Non est tamen infrequens ut veri quoque judices arbitri dicantur, ut plurimum autem illi, qui ex bonæ fidei judicio cognoscunt, & maxime in judiciis divisoriis familiæ erciscundæ & communi dividundo: unde & judicia ipsa arbitria, *l. 24. depos. l. arbitrium 43. l. ult. ff. l. 15. l. 17. C. famil. ercisc. l. 18. ff. l. 3. Cod. comm. divid. l. pro socio 38. ff. pro soc.* Sic autem appellati sunt hujus generis judices, propterea quod libera iis potestas permittitur arbitrandi æstimandique, quantum alterum alteri ex bona fide præstare oporteat. De quo pluscula ad §. *28. & 30. inf.* Præterea nomen judicis etiam tunc cum proprie usurpatur, aliquando generaliter accipitur, ut eo contineantur omnes, qui cognoscendi & judicandi potestatem habent, sive eam habeant jure magistratus, aut vi alicujus jurisdictionis, *l. 1. de judic. tot. tit. Cod. de jurisd. omn. jud.*

6 *tit. ff. & Cod. de reb. aud. jud. possess.* sine jure nudæ notionis, ut judices pedanei; aliquando specialiter pro pedaneis judicibus duntaxat, hoc est, iis, qui dati sunt à magistratibus, aliisve, qui jus dandi judicem habent: in qua significatione etiam passim hoc verbum sumitur, non tantum cum opponitur verbo magistratus, sed etiam cum per se & absolute ponitur, *l. 1. & 3. de jurisd. l. 12. §. 1. l. in privatis 77. de judic. l. 15. l. judex 55. de re judic. l. 2 de reg. jur.* Cujus tamen distinctionis non tantus est hodie usus, quantus olim fuit; cum judicis passim dandi licentia nunc sublata sit, *l. 2. Cod. de pedan jud.* Est & tertia hujus vocis significatio adhuc magis specialis, quæ ex adjuncto cognosci potest, veluti cum hæc duo conjunguntur, judices arbitrive & maxime cum additur, a magistratu dati, ut in *l. 15. de re jud. l. 7. de leg. Jul. rep.* Quod cum fit, judicis nomen in specie accipitur, restringiturque ad certos tantum judices, datos quidem à magistratu, sed in judiciis stricti juris, potestate judicandi certa formula, quam excedere non liceat, circumscripta. Sicut per nomen oppositum arbitri judices item veros tunc intelligimus, sed qui addicti sunt bonæ fidei judiciis, aut etiam arbitrariis, *l. 14. §. 4. quod met. caus.* minime autem tales, ad quos ex compromisso itur. Hoc vero vel ex uno loco Senecæ intelligere licet, qui *3. de benef.* sic scribit; *Melior videtur conditio causa bona, si ad judicem, quam si ad arbitrum mittatur, quia illum formula includit, & certos, quos non excedat, terminos ponit, hujus libera & nullis constricta vinculis religio est.* Plane, cum simpliciter hæ voces, judex & arbiter, junguntur, nec aliud exprimitur, unde diversum colligi possit, utramque vocem proprie posse accipi constat, ut cum Jurisconsultus in *l. 9. ff. de re jud.* scribit, furioso sententiam à judice vel arbitro dici non posse; unde & de hoc ipso loco judicandum. Atque ut forte Justinianus de arbitris ex compromisso sumptis non cogitaverit, non eo tamen minus huc pertinent, ubi de actione instituenda quæritur: Nam & apud eos eadem omnia hic servantur, quæ apud veros judices, nec aliter arbitria eorum rata sunt, quam si ordine judiciario, id est, caussa more judiciorum agitata & cognita, ad sententiam ferendam processerint, *l. 1. de rec. arb.* Enimvero nihil huc pertinent arbitratores, quos vocant. 7
Quippe qui non ut judices adhibentur ad controversiam sententia sua decidendam; sed ut nudi mediatores interveniunt in actibus extrajudicialibus & contractibus, cum de re aliqua inter ipsos contrahentes non convenit; veluti si in contractu societatis partes sociorum, qui emptione pretium, in locatione merces, in arbitrium certæ personæ conferatur, *l. 75. cum seqq. pro soc. l. ult. Cod. de contr. empt.* nullus autem locus dari potest, quo lis aliqua decisa arbitratoris interventu dicatur. Et commentitia est, prorsusque aliena à ratione juris civilis interpp. distinctio, qui duo arbitrorum genera faciunt, arbitros & arbitratores, quorum illi tanquam judices servato ordine judiciorum procedant, hi sine solemnibus litem amice ex æquo & bono componant, ut post Corass. *4. misc.*

4. *misc.* 4. 18. bene ostendit Bach. *ad tit. ff. de rec. arbitr. cap.* 1. *num.* 2. usu tamen interpp. distinctio invaluit. *Gail.* 1. *obs.* 150. *Merul. lib.* 1. *tit.* 7.

In duo genera] Ita & Ulpian. in *l.* 25. *hoc tit.* Addendum plerique putant & tertium genus, ex §. 20. *inf. eod.* actiones scil. mixtas, cujusmodi sint actio familiæ erciscundæ, communi dividundo, & finium regundorum, quas expresse dicto loco Justinianus ait mixtam causam obtinere tam in rem, quam in personam; item petitio hæreditatis, quæ & ipsa mixta dicitur, in *l.* 7. *Cod. de hær. pet.* junctaque tribus præcedentibus quadrigam illam mixtarum tam in rem quam in personam actionum efficit, de qua *Cu-*
8 *jac. par. Cod. fin. reg.* At enim vero, si hoc ita est, dignus sane reprehensione fuerit Tribonianus, qui summam omnium actionum divisionem se proponere professus, eam uno membro mutilatam proponit, hoc est, pro trimembri bimembrem facit, uno membro omisso, quod ad perfectionem totius non minus, quam duo illa, quæ posita sunt, pertineat: Nec accipio responsionem quorundam, qui fatentur quidem, rectius Tribonianum facturum fuisse, si vel una divisione species omnes complexus esset, vel statim tertiam subjecisset; sed cum de re ipsa constet, & tertia illa species proposita sit in *dict.* §. 20. leges divisionis & methodi insuper habendas. Hæc enim responsio, ut aliquid pro Triboniano facere possit, si quid ab eo minus recte factum, tamen nihil adfert pro defensione Ulpiani, qui itidem duo duntaxat actionum genera in *d. l.* 25. ponit & explicat, in rem, quæ (inquit) dicitur vendicatio, & in personam, quæ condictio appellatur: transitque deinde ad alia, miscelli generis nulla facta mentione: vitiose omnino, si præter duo ista genera, quæ proponit, adhuc tertium genus actionis superesit ab utroque distinctum. Ego sic sentio, veteres plura actionum genera, quam duo illa, quæ hic proposita sunt, non agnovisse, easque quæ mixtæ aut mixtam causam obtinere certo respectu dicuntur, comprehendisse sub simplicibus, atque annumerasse ei speciei, ad quam principaliter & ratione originis pertinent. Proinde quia tria ista judicia, familiæ erciscundæ, communi dividundo, & finium regundorum, origine sua & essentia sunt actiones in personam, sine solum & effectu quædam ex natura actionum in rem participant, inter actiones in personam numeraverunt, *l. 1. fin. reg.* ut & ipse Justinianus in *l. 1.* §. 1. *Cod. de ann. except.* Petitionem autem hæreditatis inter actiones in rem, *l.* 25. §. *antepen. de hær. pet. l.* 1. *l.* 27. §. 3. *de rei vind.* ob causam nimirum contrariam. Id vero ita esse, non aliunde certius constare potest, quam ex conjunctione, *dict. l. 1. fin. reg.* cum *dict. l.* 25. §. *antepen.* Nam in *dict. l.* 1. Paulus sic diserte scribit, *Actio finium regundorum in personam est, licet pro rei vindicatione sit.* Quod nihil aliud est, quam si diceret, non eo minus actionem finium regundorum personalem censeri debere, quod comparata sit quasi loco vendicationis, quodque proprietatis controversiæ cohæreat, ut loquitur Constantinus in *l.* 3. *Cod. eod.* & quod per eam, rem nostram, quæ intra fines nostros sit, consequamur; qui effectus est rei vendicationis: quia nihilominus verum sit, eam ex obligatione descendere, darique adversus eum solum, qui nobis sit obligatus. Quod quidem manifestum est, si quis de vicini maleficio queratur, veluti quod arbores terminales extirpavit, vel alias sciens fines suos protulit. Sed & si forte antiqui limites inveniri non possunt, vel non satis evidenter cujusque agrum distinguant, ita ut novi sint constituendi pro mensura cujusque agri, aut adjudicatione, & condemnatione, controversia dirimenda, *l. 2. l. 3. fin. reg.* §. *pen. infr. de off. judic.* ex obligatione tamen adhuc agitur, quam finium confusio & perturbatio parit. Idemque judicandum de actionibus familiæ erciscundæ & communi dividundo. In quibus etiam res est certior. Nam in his de dominio aut proprietate nulla est quæstio, nec quid restitui postulatur, sed ut res dividatur, & recedatur à communione. Quin etiam possidenti ultro dantur, *l. 1.* §. 1 *fam. ercisc.* Ex contrario in *dict. l.* 25. §. *antepen.* sic Ulp. *Petitio hæreditatis etsi in rem actio sit, habet tamen præstationes quasdam personales.* Quasi diceret; Petitio hæreditatis in rem actio est, quia non ex obligatione aliqua nascitur, sed per eam rem nostram petimus, quæ ab alio possidetur; ita tamen in rem, ut exitu quædam communia habeat cum actionibus in personam, nempe præstationes istas, quarum meminit, pretiorum & pecuniæ à debitoribus hæreditariis exactæ: hæc enim non efficere, quominus in rem sit & dici debeat, quia talis est principaliter, per se & origine sua. Quamobrem ferre non possum, quod Bachovius contendit, actiones hasce etiam ratione essentiæ suæ & originis mixtas esse; quia nascantur ex duplici eoque diverso principio, dominio sc. & obligatione: nam præterquam quod hoc à mente veterum longe alienum est, (cur enim illi petitionem hæreditatis actionem in rem esse dicerent, actionem autem finiū regundorū in personā, si illa æquè in personā, hæc æquè in rem esset, atq; utraq; essentiali origine tam in rem quam in personā?) non caret etiam implicatione contradictionis. Et fatetur quidem hoc ipse Bachovius; cæterum se inde expedire conatur posito pro diversitate objecti diverso quoque principio & causa agendi. Cum itaque duplex sit objectum petitionis hæreditatis, hæreditas ipsa, & præstationes, quas diximus, personales, quatenus illa petitur, actionem istam ait in rem esse, utpote quæ nascatur ex jure dominii, eique soli competat, qui se hæredem, id est, hæreditatem suam, esse in-

se intendit: quatenus vero eadem actione hæres petit, sibi præstari pretia rerum venditarum, eave, quæ à debitoribus hæreditariis exacta sunt, esse eam in personam, atque ex contrario principio, jure scilicet obligationis, oriri. Simili modo cum actio, verbi causa communi dividundo, duplex quoque objectum habeat, divisionem rei communis, & mutuas quasdam item præstationes, fructuum, impensarum, damni dati; *l.3.§.3.comm. divid.* ait, quatenus propter divisionem rerum agitur, actionem hanc in rem esse, quatenus propter alias causas, in personam: unam autem actionem mixtam, in qua producenda quæ diversæ causæ distinctim & æqualiter concurrant, dominium & obligatio. Ego vero non dubito, quin totum hoc falsum sit: quia sic non una actio, sed duæ omnino diversæ & distinctæ pro diversis rebus obtinendis constituuntur; quod veterum nemini in mentem venit. Sed, quod ante dixi, petitio hæreditatis natura & essentia sua actio in rem est; quod & nomen ipsum satis arguit, *l. 28.ff. h. tit.* Præter naturam autem actionum in rem accidit in hac actione, quæ de universitate est, ut in eam quoque veniant quædam præstationes personales, non proprie ex præcedente aliqua obligatione, qua facto suo se obstrinxerit possessor hæreditatis; quem constat quasi rem suam gerentem nemini se obligare voluisse: *l.14.§ 1.comm. divid.* sed quarum nomine is, qui petitione hæreditatis convenitur, perinde ac quisque, qui se obligavit, tenetur: hoc est, etiamsi, exempli gratia, pecuniam exactam non possideat, nec dolo possidere desierit, *l.20 §.ult.de hær.pet.* & omnino ut debitor generis, non speciei: atque hoc demum respectu mixta personalis hæc actio dicitur in *l.7.C.de hær.pet.* Contra actiones familiæ erciscundæ & communi dividundo in personam sunt, non descendentes ex dominio simul & obligatione, sed ex obligatione duntaxat, quam una parit rerum suscepta communio, quæque non minus socium obligat ad patiendam rerum divisionem, adjudicationesque & condemnationes, quam ad præstationes lucri, damni, impensarum, manentem in communione. Tantum quia consortes de re sua agunt, hoc est, parte sua instar eorum, qui rem vendicant, ideo dicuntur hæ actiones mixtam causam obtinere videri, tam in rem, quam in personam, *d.§.20. inf.* De actione finium regundorum expresse testatur Paulus, in *l. 1. fin. reg.* in personam eam esse, licet & ipsa certo respectu pro
9 actione in rem sit, ut initio diximus. Minus autem ferendi sunt, qui actiones, quæ in rem scriptæ dicuntur, qualis verbi causa est actio quod metus causa, *l. 9. §. ult. quod met. ca.* aut personales non esse contendunt, aut esse mixtas non dissimili sensu, quam quo superiores. Nam actionem quod metus causa in personam esse, expresse traditur in *§. præterea 31. inf. eod.* & palam est, eam esse ex obligatione, obligationem ex maleficio, quod facinus appellatur in *l. 14. §. quod si 11. quod met. ca.* quod autem scripta in rem dicitur, non hanc habet significationem, eam in rem esse, nascive ex aliquo jure, quod quis in rem habet, ut proinde rem & propter rem possessorem sequatur: sed indefinite de eo, quod metu gestum est, conceptam esse sine designatione personæ, ad quam verba actionis dirigantur, ut hoc explicat Ulp. in *d. l.9.§. 1.& ult.* atque ex usu veterum in hujusmodi orationibus observarunt viri eruditi. *Duar. ad l. 7. §. pactorum, ff. de pact. & ad tit. quod met. ca. cap 3. Donell. hoc loco, & 15. comm. 38.*

Cum eo qui obligatus] Descriptio actionis in personam exprimens definitionem, quæ traditur in *l. actionum 25.ff. hoc tit.* ut sit actio, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum. Quæ definitio clare ostendit, cui & adversus quem hæc actio competat, & quid per eam petamus. Nimirum cum causa hujus actionis sit obligatio. Obligatio autem inter duos intercedat, inter eum, qui obligatum habet, & qui obligatus est; quorum ille creditor, hic debitor dicitur, sponte hinc satis intelligimus, dari hanc actionem ei, qui alium obligatum habet, in eum, qui obligatus est. Et notandum, quod hæc actio & eidem semper & adversus eundem detur. Quod adversus eundem semper locum habeat, ut scribit J. C. in *d.l.25.* mirum non est: neque enim obligatio à persona debitoris separari, aliusve debitor invito creditori substitui potest. Verum obligatio debitorem sequitur, ut lepra leprosum *Interpp. hic.* Sed & quod eidem semper detur, nec alii, quam primo creditori, ex eadem ratione itidem est; nam nec obligatio ab eo, cui primo acquisita est, avelli potest, sed in persona ejus perpetuo hæret; ac proinde & actio, quæ ex ea obligatione nascitur. In summa obligationes atque actiones personales ita comparatæ sunt, ut in persona utriusque contrahentium eas radicari oporteat: adeo ut nec ab initio expressa conventione fieri possit, ut vel alius obligetur, vel alteri obligatio aut actio acquiratur, *§. 3. 4. & 18. de inut. stip. l. stipulatio 38. §. alteri 17. sup. de V. O. l. 11. de obl. & act.* licet posterius hoc suas habeat exceptiones, de quibus dictum. *§. 19. supr. dicto tit.* At enim vero etsi ex ratione juris creditor 11
nomen alienare non potest hoc effectu, ut actio vel obligatio ad eum modum transferatur, quo res corporales, & quæ dominii nostri sunt à nobis transferuntur, receptum tamen est, ut possit nomen & actionem vendere, aliove modo transferre hoc effectu, ut, verbi causa ex vendito conveniri possit, ut actiones suas cedat, quo facto emptor procurator in rem suam constituitur, manentibus directis actionibus apud venditorem, cujus nomine eas in rem suam exerceat.

Sed & non cessis actionibus placuit emptorem suo nomine utilibus experiri posse. Quod benigne constitutum est, quo plenius emptori cæterisque consuleretur *l. 16. ff. de pact. l. 5. l. 8. C. de hered. vel act. vend. l. 18. C. de legat.* de quo fuse & subtiliter disserit 12 Bachov. *de action. disp. 4. thes. 2. & 3.* In actione in rem utrumque contrario modo se habet: nam cum ea non ex alia causa nascatur, quam ex dominio aut simili in rem jure; hoc autem jus à domino una cum re ipsa totum ac directum in alium transferri queat: inde necessario evenit, ut non semper itidem, sed ei semper qui novissimè rei, de qua quæritur, dominium nactus est, in rem actio, & quidem directa detur. Similique modo cum res, quam hac actione persequimur, ad alium atque alium possessorem transire, atque ut Jason hic loquitur, per mille manus ambulare possit, accidit quoque, ut actio in rem non semper adversus eundem locum habeat, sed adversus quemcumque, qui quo tempore agitur, rem possidet, *d. l. 25.* atque hinc etiam oritur formularium & intentionum diversitas; nam formula actionum in rem absolutè concipitur sine designatione certæ personæ; *Ajo, hanc rem ex jure Quiritium meam esse*: in personalibus autem relata est & directa in personam

13 rei; *Ajo, te mihi centum dare oportere.* Petimus autem hac actione, quod nobis ex obligatione dandum vel faciendum est: quod & ipsum quoque definitione superiore continetur. In obligationibus faciendi petitur id, quod interest; in actionibus generalibus, pro socio, negotiorum gestorum, tutelæ, ratio administrationis & reliqua. Non sufficit vero ut actor generalem proximam causam actionis intentione sua complectatur, puta quod reus ei obligatus sit decem dare, aut obligatus sit ex contractu aut quasi: sed addenda causa propria; *Ajo, te mihi dare oportere decem, qua tibi dedi mutua.* In actionibus in rem sufficit causam communem dicere, hoc est, se dominum esse, etsi non adjiciat ex donato, legato aut simili causa. Ratio varietatis hæc est, quod qui se dominum dicit, satis dicit de jure suo, unde scire possit adversarius, utrum sibi expediat contendere, nec ne. At in actione in personam nisi causa obligationis propria exprimatur, nihil de eo reus statuere potest. Plane nomen actionis libello complecti nihil necesse est, cum id apposita certa & convenienti agendi causa ex ipsa narratione satis intelligatur, *add. Gail. 1. observ. 61. Schneid. hic num. 110. & seqq. Don. ad l. 3. C. de edend.*

Vel ex contractu vel ex maleficio] Subaudi, vel quasi ex contractu, vel quasi ex maleficio. Nihil enim frequentius est, quam ut appellatione contractus etiam quasi contractus, appellatione maleficii etiam quasi maleficium comprehendatur, §. *10.* §. *18. & seq. inf. hoc tit.* §. *1. inf. de perp. & temper. action. l. 16. de neg. gest. l. ex contractibus 49. de oblig. & act.* Atque hæ quidem sunt causæ principales, ex quibus obligatio atque actio in personam oritur: sed tamen non sunt solæ. Occurrunt enim quædam actiones, 14 quæ etsi in personam sunt, tamen nec ex contractu nec ex maleficio originem trahunt, sed ex sola æquitate dantur, quales sunt in factum subsidiariæ, §. *ult. supr. de leg. Aquil. l. 23.* §. *item quæcumque l. cum autem 52. de rei vindic.* Hujus generis item est actio de tigno juncto in duplum, adversus eum qui bona fide junxit, *d. l. 23.* §. *penult. l. 7.* §. *cum in suo 10. de acq. rer. dom.* Item quæ datur in specie *l. si & me & Titium 32. de reb. credit.* & condictio sine causa aut ex injusta causa, quâ tenetur possessor malæ fidei nomine consumptorum fructuum, *l. 3. C. de condict. ex leg.* Sed neque actio de peculio propriè dici potest descendere ex contractu, quia dominus aut pater revera nihil contraxerunt. Ad exhibendum quoque actio personalis esse dicitur, *l. 3. §. 3. ad exhibend.* quam tamen nec ex contractu, nec ex maleficio, nec ex simili aliquo facto obligatorio nasci constat: sed dari tantum ob summam æquitatem conjunctam cum utilitate publica & civili, quia scilic. quisque tenetur præstare, quod illi nullo modo noceat, alteri etiam prosit ad obtinendum quod sibi debetur, *l. 2. §. 5. in fi. de acq. plu. arc.* Pulchre *Oldend. Class. 3. act. 1. quæst. 2.* Postremo nec omnis obligatio aut actio, quæ ex conventione est, ex contractu descendit; veluti quæ nascuntur ex pactis legitimis: atque hæc fortassis causa est, cur Cajus, in *l. 1. pr. hoc tit.* fontes obligationum indicans, cum contractus & maleficii mentionem fecisset, reliquas dicat nasci proprio quodam jure ex variis causarum figuris: revise quæ notamus *supr. ad §. ult. de obl.*

Dare aut facere oportere] Verba sunt vulgaris 15 & usitatæ in actionibus in personam formulæ; in qua verbum *dare* dominii translationem significat, §. *14. infr. l. ubi autem 75.* §. *ultim. de V. O. l. 25.* §. *1. de contr. empt.* facere, nudum factum, ut insulam ædificari, rem tradi, *l. 28. l. 72. in pr. d. l. 75. §. 7. de V. O.* uti & in divisione stipulationum, *l. 2. pr. d. titul.* §. *ultim. Instit. eodem.* Ait *dare aut facere* disjunctim, sicut etiam in §. *15. inf.* quo tamen non hoc significat, intentionem formulæ actionum in personam duplicem esse oportere, quasi necesse sit utrumque semper oppositum uno axiomate disjunctim disponi, formulamque hoc modo concipi, *Ajo te mihi dare aut facere oportere*: sed duas esse diversas harum actionum formulas, quarum una intendamus adversarium dare, altera facere oportere, prout vel ad dandum vel ad faciendum obligatus est. Putaverit fortasse quispiam, cum ex faciendi obligationibus nunquam agi possit ad factum ipsum, sed id tantum, quod interest, in actionem deduci, *l. 13. §. 1. de re judic. d.*

[illegible]c.d.l.72.in fin. pr. de V.O. §. ultim. Instit. sup. eodem titul. fieri non posse, ut unquam tali formulæ locus sit, qua facere oportere intendatur: nam præstare, id quod interest, non esse facere, sed dare, ut quidem hoc loci verba ista accipienda sunt. Sed rectè dicemus, hac formula *Ajo te facere oportere,* nudam contineri intentionem actoris, quæ litem contestatam præcesserit. Utique enim quod promissum erat, significandum fuit, atque apud prætorem proponendum: & quia fieri poterat, ut reus promissum negaret, haud dubiè à prætore quoque insertum fuit formulæ, hoc fortè modo, *si paret Mævium facere debuisse, nec fecisse, quanti interest, condemnetur:* prætore ex hypothesi facti promissi & probati dirigente jussionem de condemnando non in ipsum factum, sed in id, quod interest. Potest & mixta hic admitti formula, *dare facere,* ut dare accipiamus tanquam subrogatum *τῷ facere,* & ad id quod interest, referatur.

16 *Aliis quibusdam modis*] Id est, aliis agendi formulis: Nam illæ, quibus intendimus adversarium dare aut facere oportere, non conveniunt omnibus actionibus in personam, sed plerisque & maximè quibus dare, iis, quæ in specie dicuntur condictiones: sunt vero & aliæ aliis in personam actionibus accommodatæ, quibus nec ut quid nobis detur, propriè, nec ut fiat, petimus; sed quibus verbi causâ intendimus adversarium tradere aut restituere oportere, ut in actione commodati, depositi, pignoratitia. Neque enim arbitror, verbum faciendi in hac formula, *Ajo te facere oportere,* tam latè accipi posse, ut eo contineatur etiam rei traditio aut restitutio; alioqui hujus formulæ usus quoque esset in rei vendicatione. Sed ut ante dixi nudum factum significat: quod commemoratur quidem ab eo, qui agit ex obligatione faciendi, tanquam quod præstari oportuit; sed intentio tantum dirigitur in id, quod interest, quod secus est in actionibus modo commemoratis. Et ex diverso cum is, qui rem commodat, deponit, oppignerat, dominus maneat certum est, nec contrariæ formulæ locum esse, neminemque posse per actionem commodati, depositi, pigneratitiam, intendere dari sibi oportere. Sed & in actionibus divisoriis, quas personalibus veteres annumerant, alia formula principalis intentionis fuit, *§. quadam 20. inf. eodem.* Quamobrem rectè opinor Theophilum verba Justiniani & aliis quibusdam modis reddidisse, *καὶ ἑτέροις δὲ τρόποις δυνατὸν κινεῖσθαι τὴν ἀγωγήν. Sed & aliis modis talis actio intentari potest.* Durum certè est verba ista referre ad illa remotiora ex contractu vel ex maleficio, quasi cæteras obligationum causas indicent præter contractus & maleficia, *add. Bachov. hic & disp.4. de thes. 1.*

17 *Qui nullo jure obligatus*] Sequitur descriptio actionis in rem, exprimens adjuncto exemplo rursus definitionem ejusdem actionis traditam in *l.25. ff. hoc titul.* ut sit actio per quam rem nostram, quæ ab alio possidetur, petimus: & semper adversus eum est, qui possidet: unde nullo iterum negotio intelligi potest, cui & adversus quem hæc actio detur, & quid petat. Ait, *nullo jure,* id est, neque ex contractu, neque ex maleficio, aliove facto aut jure, cujus vi persona ejus, qui in rem actione convenitur, afficiatur: ut intelligamus, non esse inter personam ejus, qui in rem agit, ejusque cum quo agitur, affectionem relationis, qualis est inter creditorem & debitorem propriè dictum: sed actioni in rem locum facere solam rem possessam, non vinculum aliquod personale.

Quo casu prodita sunt actiones in rem] Cum non ex obligatione, sed alia ex causa, jure scilicet in re, judicio experimur, non in personam, sed in rem actio est, cujuscunque generis jus illud sit, sive dominium directum aut utile, sive servitus, sive possessio, sive pignus. Etsi enim dominium ut principale jus in re, præcipua est actionis in rem causa, & ideo quæ inde nascitur actio, per antonomasiam actio, in rem & rei vindicatio absolutè dicitur, ut in dubio quoque ubi actionis in rem mentio fit, hæc ipsa intelligatur, *titul. ff. & C. de rei vindic.* Non est tamen causa actionum in rem sola, ut apparet ex §§. qui proximè sequuntur, nisi fortè appellatione domini, latius sumpto vocabulo, cætera quoque jura in rem comprehendas. Hoc §. una tantum in rem actio proponitur, eaque civilis ac directa, & scilicet principalis illa, quæ non alii competit, quam vero rei domino, *l.23. ff. de rei vind.* Igitur emphyteutæ & superficiario, qui veri domini non sunt, non datur: at his datur in rem utilis, *l.1. §.1. si ag. vect. l.74. de rei vind.* Nimirum propter aliud jus, quod in re habent; quod sive dominium utile, sive jus dominio proximum appelletur, parum refert. In hac autem utili actione mutato nomine petitoris & rei petitæ eadem omnia obtinent, quæ in directa.

Rem corporalem possideat, quam Titius suam esse, &c.] Ad fundandam actionem in rem duo extrema ponenda & probanda sunt; à parte actoris dominium; à parte rei conventi possessio; id quod ostendit tum hic locus, tum *l.25. in princ. ff. eod. l. 23. in pr. junct. l.36. & ultim. ff. de rei vind.* Primum, quod hic intendit actor & probare debet, est, se dominum esse: etenim causa petendi, in actione in rem tota fundata est in jure dominii, ex quo & formula in hunc modum concipiebatur, *Si paret, rem petitoris esse.* Atque hoc quidem dubio omni caret. Illud dubitationem habet, an ad hoc, ut in judicio in rem actor obtineat, necesse sit, ut tempore litis contestatæ dominus sit, an vero sufficiat, ante sententiam dominium ei supervenisse. Jure Canonum 18

num res definita est, nimirum possessorem nihilominus condemnandum esse, *cap. Abbate* 2. *de re jud. in* 6. At quæritur de jure civili. Ego cum Joanne Fabro existimo, ex ratione juris civilis nova hic opus esse interpellatione, per express. text. in *l. 23. ff. de judic.* qui locus non patitur, ut dicamus, tempus, quo dominium supervenit, fictione juris retrotrahi ad tempus impetratæ actionis aut suscepti judicii: & bene idem Faber judicat, non procedere argumentum à reo, qui post litem contestatam possidere cœpit, ad actorem, qui post id tempus dominus factus sit: nam ex parte actoris potissimum judicium fundatur & res in judicium deducitur: non potest autem dici, in judicium deductum esse id, quod demum post acceptum judicium actor acquisivit, ac proinde nec potest judex datus in hac specie procedere ad condemnationem; sed nova formula à prætore impetranda, novumque constituendum judicium est, *d. l. 23 junct. l. 18. ff. comm. div.* Plane, ubi apud ipsos magistratus judicium instituitur, quod post *l. 2. C. de ped. jud.* ferè necessarium fuit, nihil vetat, quominus sine ambagibus, recta & eodem judicio, lis decidatur, & possessor in hujusmodi casu condemnetur. Et cur vero absolveretur mox alio judicio ab eodem codemnandus? Continuatio certè dominii in persona actoris præcisè requiritur: nam si is post litem contestatam dominus esse desierit, & in eadem causa manserit, usque ad tempus ferendæ sententiæ, reus omnino absolvendus est, utpote cessante causa agendi, cujus non minus tempore sententiæ, quam quo lis contestatur, ratio habetur: per *l. 7. § ultim. ff. ad exhib. ita & Jas. hic num. 69.* ex communi DD. sententia. Alterum, quod ad instituendam & fundandam actionem in rem necessarium esse diximus, est, ut is, cum quo agitur, possideat. Nam cum hac actione agens rem sibi ut domino restitui postulet, & secundum naturam hujus actionis, quæ arbitraria est, officio quoque judicis contineatur, ut is prius, quam sententiam ferat, jubeat rem restitui; §. *præterea 31. inf. eodem.* non potest aut debet hoc ab eo peti, aut is juberi restituere, qui restituendi potestatem non habet: nemo autem habet, nisi is, qui rem petitam possidet. Sufficit vero ad reum condemnandum, possidere eum, quo tempore res judicanda est, etsi non possidebat, cum lis contestaretur, *l. 27. §. 1. de rei vind.* Possessionem autem hic latius accipimus, ut eo verbo etiam contineantur nudi detentatores, id est, qui corpore tantum rem tenentes ejus restituendæ facultatem habent; quales sunt, apud quos res deposita, aut quibus commodata est, aut qui conduxerunt, &c. *l. 9. ff. de rei vind.* Sed nominato auctore non coguntur, qui alieno nomine in possessione sunt, actionem excipere, *l. 2. C. ubi in rem act.* Interpretatione juris pro possessore quoque habetur, qui se liti obtulit, judiciumque accepit decepto petitore, *l. 7. l. 25. & seq. ff. de rei vind.* item is, qui dolo fecit, quominus possideat, *l. 22. l. 27. §. 3. l. 36. d. tit. l. 25. §. 8. de hæred. pet.* De quo res postulat, ut plura dicamus, & simul quid juris, si dolus non intervenerit. Si reus, cum jam lis contestata esset, possessionem amiserit, si quidem sine dolo malo aut culpa, absolvendus est, eoq; pertinet *d. l. 27. §. 1.* si culpa sua, pati debet æstimationem; ita tamen, ut audiendus sit, si desideret, ut adversarius actiones suas cedat, *d. l. 36. §. 1. junct. l. 63. eodem titul.* si dolo vel fraude, damnandus est, quantum adversarius in litem juraverit, nec auditur desiderans actiones sibi præstari, *l. 68. & l. seqq. eodem.* Non est autem dubitandum, quin judex perinde hic procedat, ac si is, unde petitur, adhuc verè possideret, scilicet ut, quæ natura est hujus judicii, primum jubeat rem restitui, & si non restituatur, tum sequatur ea, quam dixi, & eodem judicio, condemnatio; postquam placuit dolum pro possessione esse, & pari in omnibus jure utrumque censeri, eum, qui quid habet vel possidet, & cujus dolo factum sit, quo minus possideat, *l. 131. l. parem 150. l. ad ead. 157. §. 1. de Reg. jur. facit l. 20. §. ultim. de hæred. pet.* Proinde tantum non nugas agunt, qui nova hic instantia & judicio opus esse contendunt hoc solo argumento, quod adversus eum, qui dolo possidere desiit, non directa sed utilis actio detur, *l. 3. § ult. de alien. jud. mut. ca.* Equidem fateor, id ita esse, cum ante litem contestatam dolo possessio amissa est: ubi vero semel judicio inclusa est actio, uti cœpta est, ita eam peragi oportet, nec petitori nocere debet dolosi factum possessoris. Porro cum superiores regulæ & si quæ sunt generis ejusdem, simpliciter & indistinctè definiant, dolum pro possessione esse, eumque qui dolo possidere desiit, condemnandum perinde quasi adhuc possideret; ex eo rectè colligitur, non tantum eum, qui post litem contestatam dolo possidere desiit, pro possessore haberi, sed eum etiam, qui ante litem contestatam similiter per fraudem possessionem transtulit; ac proinde hunc quoque judicio in rem conveniri posse: quæ collectio firmatur ex *l. in rem. 27. §. pen. de rei vind. l. 1. §. ult. de tign. junct. l. 9. pr. ad exhib.* item ex eo quod Cajus in *l. qui petitorio 39. d. tit. de rei vind.* scribit, eum, qui in rem acturus est, dispicere debere, an is, cum quo experiri vult, possideat vel dolo posidere desierit. Atque ut nullus dubitationi locus relinquatur, textus in hanc rem expressus est in *l. 27. § 3. §. de rei vind.* Quia vero revera is, cum quo hic actio instituitur, non posidet, sed juris tantum interpretatione pro possessore habetur, hac consideratione utilis hæc actio dicitur, *l. 3. § ultim. de alien. jud. mut. ca.* Unicum est, quod hic objici posit, & quo moti Jas. & Zasius in contrarium abierunt, nimirum si cum eo, qui ante litem con-

contestatam dolo desiit possidere, actio in rem institui posset, frustra videri introductam à prætore actionem in factum edicto *de alien. jud. mut. ca. fact.* Verum hæc objectio levior est, quam ut tantos viros turbare debuerit: nam edictum illud non tantum pertinet ad translationem possessionis, eludendæ actionis in rem causâ factam, sed generaliter ad omnem alienationem, quæ data opera fit in fraudem nostram, ut elusoria efficiatur actio, qualiscumque ea sit, qua metus erat nos experturos esse, *l. 4. §. 2. l. 8. 9. & 10. de alien. judic. mut. ca.* Nihil vero absurdi est, si dicamus, utile judicium rei vindicationis cum actione ex edicto concurrere, ut in arbitrio actoris sit, utra actione experiri velit. Quinimo hoc disertè satis traditum est in *l. 3. §. ult. d. tit.* Tantum JC. electionem actoris ita moderatur, ut si is, cum quo ex edicto agi potest, paratus sit utile judicium pati, deneganda sit in eum actio ex edicto, sc. quia ea oblatione fiat, ut actoris nihil intersit. Ex contrario vero concedendum non est, ut utile judicium in rem defugere possit, qui paratus sit suscipere actionem ex edicto.

Possessor autem dominum ejus se esse dicat] Priscis temporibus ita moris fuit, ut cum actor vindicasset, rem suam esse, tum possessor contra vindicaret, ut constat ex antiquis formulis; qualis est illa, quam profert Cicero *pro Murena. Fundus Sabinus meus est. Imo meus:* cui similis illa apud Plautum *in Rudent. Hunc meum esse dico. Et ego item ajo esse meum.* vid. *Boët. in Top. Cic. Gell. 20. Noct. Att. 10. Brisson. lib. 5. de form* Sive autem contraria illa possessoris vindicatio olim necessaria fuerit, sive ἐπὶ τὸ πλεῖστον, honestatis fortè causâ usurpata, certum est, posterioribus temporibus ad defensionem rei nihil desideratum fuisse præter simplicem negationem & contradictionem qualemcumque. Ita enim jure, quo nunc utimur, cautum est, ut actore non probante intentionem suam reus, quamvis nihil ipse præstiterit, absolvatur, inque suo loco possessio maneat; *l. 4. C. de edend. l. ult. C. de rei vind. §. 4. inf. de interd.* ac ne ad hoc quidem possessor compelli possit, ut vel titulum possessionis suæ edat: *l. 11. C. de pet. hær.* cum tamen, qui titulum possessionis suæ dicit, non continuo dominium sibi asserat; constetque, judicium rei vindicationis etiam consistere & peragi, cum in confesso est, reum non possidere affectione domini, sed alieno nomine in possessione esse, *l. 9. ff. de rei vind.* Absurdum autem est, exigere à reo, ut quid dicat, quod aut apertè falsum sit, aut probare non cogatur, & quo non probato nihilominus obtineat, si suam intentionem actor non impleverit. Denique nihil interest actoris, reum contra vindicare? Minimè igitur ex eo, quod Imp. exemplum hoc loco forte profert mutuæ vindicationis, inferenda est juris aliqua necessitas, quasi ad defensionem possessoris omnino necesse sit, ut is contra vindicet, & se dominum rei ejus, quæ petitur, esse contendat: & vulgatum est, verba narrativè posita non censeri dispositiva, quando in iis principaliter se legislator non fundat, ut notatum supr. §. 4. *de milit. test.* quod hic non fit. Hæc vera est hujus loci & genuina interpretatio, non spuria depravatio, ut eam appellat Ant. Contius *1. disp.12.* stolidi alicujus ostentatoris. Deridet Contius, ut ineptum atque ab ignaro artis dialecticæ profectum, hoc enthymema; Si actore non probante reus absolvitur, non cogitur reus contra vindicare: ipse vero sic ex contrario ratiocinatur; Si actore probante reus condemnatur, debet reus contra vindicare. Atqui hoc enthymemate non tollitur necessitas consequentiæ, quæ est in superiore. Illud enim nihilominus manet, actore non probante nihil nocere reo, quod contra non vindicaverit: nec aliter falsitatis convinci connexio partium in præcedente illo axiomate potest, quam si ostendatur, reum, qui contraria vindicatione usus non est, protinus condemnandum esse, licet de intentione sua nihil probaverit petitor. Ad hoc nec Contius dicere ausus sit: quin ipse tacitè contrarium fatetur, dum ideo reo necessitatem contra vindicandi imponit, quia fieri possit, ut actor probet: ex quo quidem efficitur, prodesse reo quod initio litis contra vindicet, minimè vero ad instituendam actionem non sufficere simplicem rei inficiationem & contradictionem. Et tamen etiam hoc ipsum, quod contendit Contius, falsum esse non dubito, & possessorem, qui simpliciter negavit actorem dominum esse, non minus audiendum, si impleta intentione petitoris, se dominum esse probare velit, quam si initio contra vindicasset, *arg. l. 9. C. de except.* Utique nihil hic fit contra regulas, quæ sunt de exceptionibus in principio litis contestandis. Nam si possessor licet simplici inficiatione usus, admittatur ad confutandas petitoris probationes, atque ut contra se dominium esse ostendat, non admittitur ad allegandum aut improbandum aliud, quam quod in ingressu litis dixerat, actorem dominum non esse, cum ejusdem rei duo in solidum domini esse non possint, *l. 5. §. ult. comm. div.* Cum autem actoris probationibus per contrarias rei elisis perinde habeatur, ac si nihil probatum esset, hoc unum relinquitur, ut reus absolvatur. Plane si possessor non tantum absolvi se, sed dominum etiam declarari velit, rectè faciet, & mori judiciorum antiquo convenienter, si initio in lite contestanda dominum se esse dicat & contra vindicet, *arg. l. 18. comm. divid.* Quæ sit petitio hujus actionis propria, ex his, 19 quæ dicta sunt, sponte intelligitur: cum enim hæc actio sit, per quam rem nostram petimus, *l. 25. de oblig. & act.* prius est ut actor intendat rem suam esse, quæ ab alio possidetur; sic deinde eam petat, id est,

restitui sibi à possessore postulet: ac utrumque officio judicis probato dominio convenienter intentioni & petitioni suæ consequitur: nam & dominum eum esse judex pronuntiat, remque ei restitui jubet cum fructibus & omni causa, *l. 20. l. 35. §. 1. ff. de rei vind.* Quod si possessor restituere jussus non paret, sequitur illa sententia; qua condemnatur, quanti ea res est jurejurando actoris æstimata, quandoque etiam manu militari possessio ab eo transfertur, *l. 46. l. 68. d. tit.*

TEXTUS.

De actione confessoria, & negatoria.

3. *Æque si agat quis jus sibi esse fundo fortè vel ædibus utendi fruendi, vel per fundum vicini eundi agendi, vel ex fundo vicini aquam ducendi, in rem actio est. Ejusdem generis est actio de jure prædiorum urbanorum; veluti, si quis agat jus sibi esse altius ædes suas tollendi, prospiciendive, vel projiciendi aliquid, vel immittendi tignum in vicini ædes. Contra quoque de usufructu, & de servitutibus prædiorum rusticorum, item prædiorum urbanorum, invicem quoque prodita sunt actiones: ut si quis intendat, jus non esse adversario utendi fruendi, eundi agendi, aquamve ducendi; item altius tollendi, prospiciendive, vel projiciendi, immittendive; istæ quoque actiones in rem sunt, sed negativæ. Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est. Nam in his is agit, qui non possidet; ei vero, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse. Sane uno casu, qui possidet, nihilominus is actoris partes obtinet; sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit.*

NOTÆ.

3. ALTIUS AEDES SUAS TOLLENDI] Altius ædificatur jure servitutis à vicino impositæ & ædificanti quæsitæ, ubi lege civitatis intra certum modum cohibita est ædificandi licentia, & vicinus ædificanti concessit formam præscriptam excedere: atque hoc casu actio est confessoria. Cæterum jure libertatis, & negatoria agitur, *l. 8. C. de servit.*

SED NEGATIVAE] Passim negatoriæ. Actio negatoria proposita est neganti se servitutem debere: confessoria servitutem sibi asserenti, *tit. usuf. pet. & tit. si serv. vind.* quod magis ex re petita, quam ex figura orationis æstimandum.

PRODITUM NON EST] Quoniam in controversiis rerum corporalium qui negativè agit, de alieno jure, non de suo agit; qui negat rem possidentis esse, non continuo evincit suam esse, *l. 15. de except. rei jud.*

EI QUI POSSIDET, NON EST ACTIO PRODITA, &c.] De re corporali nunquam in rem actio ultro possidenti datur: quippe cui sufficit, quod possideat, *l. 1. §. 6. uti poss.* Secus est in servitutibus, quarum usus in alieno est.

SANE UNO CASU] Ita quoque Theoph. alias, *non uno casu.* Goveanus, *Sane hoc uno casu*, id est, in controversiis servitutum: quomodo & in duobus codicibus Th. ἐν ἑνὶ δὲ μόνῳ θέματι. Fabrot.

COMMENTARIUS.

1 *Rerum incorporalium nomine duplicem actionem comparatam esse, confessoriam & negatoriam, utramque in rem.*
2 *An hæ actiones etiam pro alio jure dentur, quam pro servitutibus.*
3 *Actiones hasce non ex figura verborum, sed ex sententia, & re petita æstimandas.*
4 *Quæ pro Triboniano & contra afferantur, ut ostendatur, bene vel malè eum inter formulas confessorias hanc ponere, Ajo mihi jus esse ædes meas altius tollendi: & contrariam inter negatorias.*
5 *Accurata demonstratio, dari aliquod jus altius tollendi, quod ei, qui altius tollit, jure servitutis constitutæ competat.*
6 *Actionem negatoriam de rebus corporalibus proditam non esse, & quare.*
7 *Cur eadem prodita in rebus incorporalibus.*
8 *Cur in rebus corporalibus actio ultro possessori non detur. Hotomanni correctio & disputatio confutatur.*
9 *Frustra esse omnes, qui unicum illum casum, de quo in hujus §. calce, quærunt.*

ÆQUE *si agat quis*] Respicit ad id, quod dixit §. præcedenti, *veluti si rem corporalem possideat quis*

quis, &c. quasi dicat, etsi modo de actione in rem verba faciens rei corporalis mentionem habui, sciendum tamen est, etiam rerum incorporalium nomine, quæ nostræ sunt, actionem in rem comparatam esse, nempe de ususfructu & cæteris servitutibus. 1 Et observandum est, quod in hoc genere rerum non una tantum actio prodita sit, ut in controversiis rerum corporalium, sed duæ diversæ, una servitutem sibi competere asserenti, altera neganti servitutem ad alium pertinere: qua servitus asseritur confessoria; qua ad alium pertinere negatur, passim negatoria à prudentibus vocatur, *l. 2. ff. si serv. vind.* interdum negativa, *l. 5. si ususfr. pet.* & à Justiniano hoc textu. Ambæ in rem, utpote quibus rem nostram petimus, aut servitutem vendicando aut rei nostræ persequendo libertatem. Hinc & duplex horum tit. *si ususfr. pet. vel ad alium pert. neg. si servitus vind. vel ad al. pert. neg.* inscriptio, & concepta iis verbis, quibus actio in rem significatur, scilicet petitionis & vindicationis, *l. 25. & l. 28. de obl. & act.* Servitutum quædam sunt personarum, ut usus & ususfructus, quædam rerum sive prædiorum, *l. 1. ff. de servit.* & quæ prædiorum sunt, earum quædam prædiorum urbanorum, quædam prædiorum rusticorum. Sed de servitutibus ipsis tractare aut de earum constitutione, non est hujus loci: pertinet ea tractatio ad secundum juris objectum, actumque de iis *supr. lib. 2. tit. 3. & 2. seqq.* Quod vero exempla singulorum generum hic proferuntur; id eo tantùm fit, ut intelligamus, de omnibus actiones in rem quas diximus competere: nec est de eo ulla controversia. 2 Verum illud quæritur, an non præter servitutes, quæ solæ hic commemorantur, sint alia quædam jura, quorum tuendorum causa similiter ut pro servitutibus actio confessoria aut negatoria jure nostro comparata sit; veluti ut quis jurisdictionem sibi asserat, aut ad alium pertinere neget. Et bene Vaud. *1. var. quæst. 27.* probat, non esse. Nam si plura sunt harum actionum habilia objecta, cur solæ nominantur servitutes? aut cur confessoria & negatoria, ut ususfructus & servitutum actiones propriæ, à Jurisconsultis proponuntur? *l. 1. l. 4. fere per tot. si serv. vind. l. 5. si ususfr. pet.* quibus in locis observare licet, hæc, ut ἰσοδυναμοῦντα, sæpe inter se permutari, actio confessoria aut negatoria, & actio de servitutibus. Infantiam suam produnt in rebus ad formam ac constitutionem reip. Romanæ pertinentibus, qui putant, potuisse etiam magistratus populi Romani hujusmodi actione aliqua, saltem utili, suam sibi defendere & vendicare jurisdictionem: nam ut actio nobis competat, necesse est rem, quam petimus in bonis nostris esse, *arg. l. rem. 52. de acq. rerum dom.* id est, vel nostram esse, vel nobis debitam, *l. bonorum 49. de verb. sign.* quod & ostendit actionis definitio, ut ea à nobis explicata est. Jurisdictio autem non erat res magistratuum propria aut pars eorum patrimonii: sed ex concessione tantum principis aut populi magistratus omnes nec ultra annum eam exercebant, ut ridiculum sit existimare, pro ea sibi tuenda actionibus experiri potuisse. Plane hodie, postquam jurisdictio facta est patrimonialis, possunt actiones de servitutibus ad eam quoque vendicandam accommodari per extensionem, ut principes, comites, sive alii, qui cum territorio jurisdictionem perpetuam habent, pro ea sibi asserenda utili confessoria experiantur contra eos, qui exercitionem ejus impediunt; quæ & communis est Interpp. sententia, teste Soarez *recept. sent. n. 52. adde Gail. 2. obs. 66. Schneid. hic n. 11.* 3 Illud monendi sumus, nomina harum actionum non tam ex conceptione verborum intentionis, quam ex re petita & eo quod effectu intenditur, nata esse. Nam ut ex definitione utriusque actionis constat tradita in *l. 2. §. 1. si serv. vind.* & exemplo proposito in *l. 4. §. competit. 7. eod. tit.* quisquis intendit servitutem sibi competere, confessoria utitur, & affirmativa ejus intentio habetur, etsi oratio verbis negativa est; & qui vi ipsa negat, rem suam servire, agit negatoria, etiamsi verbis affirmantibus intentio concepta sit. Intendit ergo aliquis habere se jus altius tollendi invito vicino, negatoria utitur, etsi oratio affirmativa est, quia re ipsa negat, servitutem se vicino debere, sive vicino jus esse prohibendi, quo minus ædes altius tollat: quo modo si concipiatur formula, etiam verbis negativa erit. Ex contrario, agit aliquis, jus vicino non esse ædes suas altius tollere, hic agit confessoria, ut maximè utatur verbis negantibus, quia servitutem sibi competere contendit, sive jus sibi esse prohibendi ne vicinus altius ædificet, quæ intentio, etiam figura orationis, affirmativa est, *d. l. 4. § 7.* Atque hoc quidem est in dictis formulis perpetuum, ubi nulla lege civitatis libertas ædificandi circumscripta est: quod si certa altitudo publicè constituta sit, supra quam ædificare invito vicino non liceat, eveniet nonnunquam, ut & prior formula, uti verbis affirmata est, ita & re ipsa sit, & vendicandæ servituti per confessoriam accommodata: & contra posterior, ut verbis negat, ita & sententia verborum negatoriam contineat, qua servitus negetur, asseratur libertas, ut mox clarius apparebit.

4 *Jus sibi esse altius ædes suas tollendi*] Si verum est, quod modo diximus, utrum actio pro confessoria aut negatoria habenda sit, magis ex sententia verborum & re petita æstimandum esse, quam ex orationis figura, videri potest Tribonianus deceptus formularum conceptione hic aliquid turbasse, ac per incuriam formulam hanc, *Ajo mihi jus esse altius ædes meas tollendi*, cum aliis formulis confessoriarum conjunxisse, quibuscum nihil commune habet, præter externam verborum formam. Et contra paulo post

post actionem, per quam intendo, jus non esse vicino altius tollendi, eodem errore, quia verbis negativa est, conjunxisse cum negatoriis. Nam secundum ea quæ diximus, ut prior illa vi ipsa negatoria est, quia qui ea utitur, nullam servitutem sibi vindicat, sed effectu negat, se alteri servitutem altius non tollendi debere: ita contraria, qua agens negat, vicinum jus habere altius tollendi, effectu est confessoria, quia servitutem istam suis ædibus à vicinis deberi contendit. Et quidem video, Tribonianum hoc nomine à Glossa & Hotomanno reprehendi, nec non novissimè à Bachovio, qui eo amplius *ἁμάρτημα* istud Triboniano potius condonandum contendit, quam admittendas esse inanes quasdam conjecturas, quæ pro defensione Triboniani afferuntur excogitanturque ad formandum jus aliquod altius tollendi, quod quis vi servitutis sibi constitutæ confessoria vindicare possit: aut contra quo quis jure libertatis ædium suarum negatoria agat, jus esse vicino tollere ædificium suum. Et sane species, quæ à Glossa proponitur, exemplum manifestum esse negatoriæ, nempe si cum vicino cum esset in quasi possessione juris, ne ego altius ædificatum habeam, agam, jus mihi esse altius ædificatum habere, quam palam est, non servitutis, sed libertatis vendicationem esse, *l. 8. C. de servit. l. 9 ff. de serv. præd. urb. l. 4. §. competit. 7. si serv. vind.* Fatendum quoque est, non quadrare exemplum quod profert Dynus & post eum Jason *hic n. 43.* Si oneris ferendi causa servitus imposita sit, & vicini ædibus, quæ serviunt, collapsis, alter agat, ut denuo extruantur & in eam altitudinem paries erigatur, ut secundum legem impositæ servitutis recipiendo oneri nostrarum ædium sit idoneus. Hoc enim exemplum est vindicationis diversi generis servitutis, nempe oneris ferendi, quam vindicando simul consequimur, ut vicinus ædes reficere cogatur. Simili quoque in errore versari fatemur eos, qui exemplum confessoriæ de hac servitute peti posse putant ex *l. 17. §. 2. de serv. præd. urb.* & nimirum tale; Si cum mea interesset vicini ædes altius tolli, fortè ut per repercussionem lumen in meas ædes depressiores devolveretur, vicinus mihi cesserit servitutem altius tollendi, & postea cum eo experiar ut altius tollat: nam & hoc æquè alienum est. Ut enim formulæ confessoriæ, de qua agimus, locus sit, quærenda species servitutis non ab eo debita, de cujus ædium sublatione agitur, & qui ob id ipse cogi potest suas ædes altius tollere ad commodum vicinarum, (quanquam dari talem servitutem posse non existimo per *l. 15. §. 1. de serv.*) sed ei ipsi debita, qui tollit; ac proinde qui ad suum commodum id facere possit invito vicino; eoque non patiente servitutem sibi competentem vindicare hac formula, *Ajo mihi jus esse ædes meas altius tollendi:* aut *licere altius tollere, l. 2. de serv. præd. rust. l. 7. § 1. comm. præd.* Denique fateor, si pactione aliqua libertatem ædificandi mihi ademero, eaque contrario pacto mihi rursus concessa sit, ne sic quidem jure servitutis mihi posteriore pacto constitutæ intendere me posse, licere mihi altius ædes meas tollere. Quippe cum posteriore pacto non nova mihi servitus à vicino constituatur, sed quæ illi à me constituta erat, remittatur; ut jam res mea redeat in libertatem naturalem, de qua si experiar, agam quidem, jus esse mihi altius ædificare, sed jure rei meæ, quæ jam amplius non serviat, ac proinde actione negatoria, *d. l. 2. §. 1. & d. l. 4. § 7. si serv. vind. junct. l. 8. C. de servit.* Idemque dicendum esse, si vicinus, quod juris contra me longa quasi possessione sive præscriptione quæsierat, postea remiserit. Et hactenus quidem nihil rectè pro Triboniano. Sed est aliud, cujus paulo ante mentionem feci, quod ad defensionem ejus adferri potest, non in vana aliqua conjectura positum, sed subnixum manifesta autoritate conditorum juris, quam frustra conatur eludere Bachovius, ut fusè probavimus in exegi, *§. 1. supr. de serv. præd.* quamobrem hic erimus breviores. Quicquid ergo dicat Bachovius, dari aliquod jus altius tollendi, quod ei, qui altius tollit, jure servitutis constitutæ competat, patet ex Cajo *l. 2. de serv. præd. urb.* qui eo loco disertè dicit jus altiꝰ tollendi esse jus urbani prædii, atque hoc ipsum jus, ut servitutem diversi generis, segregat à jure non extollendi. Idem facit Paul. *l. 1. d. tit. & l. 7. § 1. comm. præd.* item Nerat. *l. 2. de serv. præd. rust.* ubi apertissimis verbis rustici prædii servitutem esse pronuntiat, *licere altius tollere & officere prætorio vicini.* Loquitur Jurisconsultus suo arbitratu, ex loco prædium rusticum appellans ædificium, quod ruri est, non considerato juris effectu, cujus alioqui consideratione etiam ædificia, quæ in agris sunt, pro urbanis prædiis haberi solent, *l. 1. comm. præd. l. urbana. 198. de verb. sign.* quod ad rem præsentem nihil pertinet, & alibi explicatum est, Accedit, quod in *l. 1. C. de servit.* rescriptum ab Antonino est, servitutem altius sublatum habendi sive contra veterem formam ædificiorum ædificandi longa possessione acquiri posse. Quæ constitutio evertit commentũ Bachovii, negantis jus altius tollendi servitutem dici posse, nisi quatenus relatio fit ad vicinum, qui altero altius ædificante, ipse contra ædificare & luminibus ejus officere jure constituta servitute non potest, ut supradicto loco pluribus ostensum est. Hoc igitur posito, dari ejusmodi aliquam servitutem, restat, ut exempla proferamus. Ea nobis suppeditant, *l. 11. de serv. præd. urb. l. 1. l. pen. § 1. C. de ædif. priv. l. 1. C. de servit. l. 14. de serv. præd. urb. Tacit. lib. 15. annal.* Strabo *lib. 5. Aurel. Victor in epitom.* quibus omnino adde *Pet. Fab. ad l. domum suam 61. de reg. jur.* Hi loci atque auctores

auctores nos docent, ædificiorum altitudinem olim restrictam fuisse ad certum modum, & in plerisque civitatibus, & ipsis etiam urbibus, Roma & Constantinopoli; quem modum excedere ædificando non liceret: deinde etiam, non potuisse dominum in area sua ædificare, nisi intermisso legitimo spatio à vicina insula, ut testatur Papin. *d. l. 14.* Utrumque autem in vicinorum gratiam; illud propter discrimen ac periculum ruinæ, quod non minus vicinum, quam dominum ipsum tangit; hoc, ut saltem tantum luminis, quantum distantia illa afferebat, vicini haurire & cœlum videre possent: notum enim est, quo magis distat à vicino paries, eo minus in eo ædificantem luminibus vicini officere: fortassis etiam propter metum incendii, quo in una domo orto contiguæ quoque facilè corripiuntur. Cohibita igitur lege civitatis intra certum modum ædificandi licentia, & ea, qua dixi, gratia, jus altius tollendi alias libertatis esse potuit, non raro item contra, impositæque à vicino & alteri quæsitæ servitutis: sicuti & nunc esse potest, sicubi locorum certa ædificiorum forma altitudoque publicè constituta est, supra quam ædes extollere invito vicino non liceat. Nam si forma præscripta non exceditur, hactenus liberè & jure rei suæ quisque ædificat; potestque id facere etiam cum incommodo vicini, eoque obnitente: uti jure gentium ædificare quisque potest in infinitum, cum nulla ædificiorum forma definita est, *l. 9. l. 11. de serv. præd. l. 8. Cod. de servit.* nimirum in suo facere quisque, quod lubet, potest, dum in alienum nihil immittat, *l. 8. §. 5. si serv. vind.* Proinde si quis hic, prohibitus à vicino ad modum præfixum ædificare, intendat contra prohibentem, jus sibi esse altius ædificandi, is ædes suas hactenus liberas esse contendit, negans, servitutem se debere, utiturque ex definitione *l. 2. §. 1. d. tit.* actione negatoria, non confessoria: ut fatendum sit erravisse Tribonianum, si credidit pro vindicando jure altius tollendi confessoria agi, si jus illud aut plane liberum sit, aut restrictum quidem ad certum modum, sed intra quem agens consistere volet. Sed ponamus, ædificantem definitam lege municipali formam sive altitudinem non custodire: hic jam reperiemus exemplum & actionis confessoriæ de servitute altius tollendi, & negatoriæ de servitute contraria non extollendi. Nam si vicinus mihi concesserit jus, invito se supra eam altitudinem ædes meas tollendi & officiendi luminibus suis, hoc jus servitus erit, qua pati debeat, quod prius pati jure publico non cogebatur, altius me ædificare cum incommodo suo: quod pati utique servitutis est, *l. 15. §. 1. de serv.* & proinde, si me impediat, quominus altius ædificem, hic locus erit actioni confessoriæ, qua intendam, jus mihi esse ædes meas altius tollere: quam servitutis vindicationem esse in specie proposita dico, cum ex jure impositio cum vicino agam, contendamque, eum hanc mihi servitutem debere, ut cogatur altius ædificantem pati. Ex contrario si vicinus nullum mihi jus cesserit, atque ego nihilominus supra statutum modum ædificare incipiam, hic jam locus erit negatoriæ, qua vicinus intendat, jus mihi non esse invito se ædes meas extollere: quæ libertatis vindicatio, non servitutis est; cum hac intentione servitus hæc mihi deberi negetur, vicini ædes hactenus liberæ esse dicantur, ut me altius ædificantem non cogatur pati. Simile exemplum fingi potest, si certum aliquod spatium jure publico definitum sit, quod in ædificando intermittatur à vicini insula, *juxta l. 14. de serv. præd. urb.* Atque his casibus etiam servitutis, quam quærimus, locum obtinet longi temporis consuetudo, ut scriptum est in *l. 1. C. de serv.* His autem, quæ diximus, non obstat, quod prius confessi sumus, si libertas adempta sit pactione, puta quia inter me & vicinum convenerat, ut ad certam duntaxat altitudinem ædificarem, & idem vicinus mihi postea concesserit ædificare altius, non novam hic mihi servitutem constitui, sed constitutam pacto posteriore remitti, remque meam sic redire in pristinam libertatem: cum enim lege potestas naturalis libere ædificandi sublata est, licet unus è vicinis mihi cesserit jus altius ædificandi, quam invito eo per legem liceat: manet tamen res mea affecta eadem conditione & qualitate respectu cæterorum vicinorum, quorum interest ædes meas altius non tolli: nisi ponamus, omnes simul cessisse, quo casu concedam liberas eas fieri. Ad hujusmodi igitur statuta, facta in gratiam vicinorum, interpositasque contrarias pactiones, aut ad longi temporis in contrarium usum, si Tribonianus, respiciens formulam, qua quis intendit, jus sibi esse ædes suas vicino invito altius tollere, confessoriis adscripsit, & contrariam negatoriis, nullus error ei objici potest: Addimus semper *vicinorum gratia.* Nam si quid præcise constitutum sit non habita ratione vicinorum, sed ornatus tantum publici causa, locum habet regula, pactis privatorum juri publico derogari non posse, *l. 38. de pact. cum simil.* Vidit hoc primus Jo. Faber; diligentius exposuere Zas. Bar. Don. & novissime Christoph Riccius in *præmess. vind. jur. c. 14.* Si cui tamen adhuc scrupulus hæret, eximent ea, quæ scripsimus supra memorato loco.

Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est] Actiones in rem de rebus incorporalibus sunt duorum generum, confessoriæ & negatoriæ; de rebus corporalibus generis unius, omnes scilicet confessoriæ: quanquam in harum rerum vindicatione verbo *confessoria* non utimur, quia nulla in iis est actio negatoria. Differentia manavit ex hoc principio, quod quicunque judicio cum aliquo experiri vult ad rem aliquam obtinendam, 6

eum de suo jure, non de alieno agere oporteat, *l. 5. si ususfr. pet.* id est, ita agere, ut dicat, aliquid esse suum, non autem simpliciter neget, esse alienum: nec refert, de re corporali agatur, an de incorporali, servitute, aut rei nostræ libertate. Estque in promptu hujus rei ratio: nam qui alienum esse negat, nihil hac intentione jus suum promovet; cum si res adversarii non sit, non continuo sequatur, eam esse agentis, & fieri possit, ut sit neutrius. Rerum autem corporalium ea natura est, ut qui rem, quam petit, adversarii esse negat, non ideo affirmet, hic quicquam suum esse: unde est, quod inutilis hic sit agenti negatio, ut agenti non de jure suo, sed alieno duntaxat. In servitutibus vero contra est: nam qui servitutem se debere negat, hac inficiatione vi ipsa simul aliquid suum esse affirmat, id est, rem suam liberam esse, *l. 4.* §. 7 *si serv. vind.* & proinde de suo jure, non alieno, agit, ut est in *d. l. 5. si ususfr. pet.* quæ res facit, ut negatio in his rebus agenti inutilis non sit. Et negatoria igitur actio ipsa quoque in servitutibus admissa est; non ut negans, sed ut affirmans, & ut confessoria, idque exemplo quoque rerum corporalium.

7 *Nam in his agit, qui non possidet*] Ratio declarans id, quod proxime dixerat, actionem negatoriam in controversiis rerum corporalium proditam non esse: quia scilicet sic comparatum est, ut in his solus agere possit is, qui non possidet, cui actionem negatoriam dari natura rerum non patitur. De quo plura paulo post. Indicatur autem hic alia controversiarum de rebus corporalibus & incorporalibus differentia; nimirum quod in istis is solus agere possit, qui non possidet: in his is etiam, qui sit in possessione. Videamus quam recte. Si rem corporalem possidenti in rem actionem dari volumus, ea aut confessoria erit, aut negatoria. Ut confessoria possessori detur, ne natura quidem hujus actionis admittit: quippe per quam petimus, ut res, quam nostram esse asserimus, nobis restituatur. Hæc vero intentio nullo modo potest convenire possessori. Ridiculum enim est petere, quod habeas, aut quid restitui ab eo, qui non habeat, ac proinde restituere non possit. Contradictionem quoque implicat, si quis intendat, se possessorem esse, & nihilominus rem sibi restitui postulet ab adversario. Quod si contendat, rem non esse penes adversarium, & tamen ab eo sibi velit restitui, cum ipsa rerum pugnat natura, per quam fieri non potest, ut quis restituat, quod non habet. Negatoria quominus possessori detur, natura impedimento non est: nihil enim prohibet actionem ultro possessori dari adversus turbatorem, eumve, quem sibi possessionis controversiam facturum metuit, ne inquietetur, exemplo negatoriæ de servitutibus, *l. 5.* §. *ult. si ususfr. pet.* sed tamen ne hæc quidem possessori rei corporalis prodita est, quia visa est non necessaria, & sufficere possessori ad securitatem, quod possideat, *l. 1.* §. *6. uti possid.* Plane, ad evincendum rem suam esse, quod quavis actione in rem agens effectu intendit, tam possidenti rem corporalem, quam non possidenti, inepta & inutilis est negatoria: quia nemo se dominum esse, aut rem suam esse vincit, propterea quod negat esse adversarii, ut dictum est supra. In rerum incorporalium sive servitutum & libertatis vendicatione omnia contrario modo se habent; nam nec minus is, qui est in possessione servitutis, de servitute confessoria agere potest, quam is, qui non est in possessione: & contra is non minus, qui est in possessione libertatis, de jure suo experiri negatoria potest, quam si non sit. Et hoc est, quod Ulp. scribit, in servitutibus posse eundem & possessorem juris & petitorem esse, *l. 6.* §. *1. si serv. vind.* quod & traditur in *l. 8.* §. *3. d. tit. l. 5.* §. *ult. si serv. pet.* Nascitur hæc diversitas ex eo, quod rerum corporalium possessio ita comparata sit, ut nemo eam possessori, dum rem suam tenet, nisi per vim, intervertere possit: ut adeo supervacuum sit, actionem ei ultro dari, cum ad securitatem hoc ipsi sufficiat, quod possidet, *d. l. 1.* §. *6. uti possid.* Rerum vero incorporalium sive servitutum possessio consistit in nudo nostro usu & alterius patientia: estque is usus non rei nostræ, quam penes nos aut in potestate nostra habemus, sed alienæ, & plerumque in alieno, ut facile sive scientibus sive ignorantibus nobis hic usus impediri possit. Actus mihi constitutus est in prædio alieno; patiente domino fundi aliquamdiu usus sum servitute, qui usus possessorem me facit, *l. 3. de usuf. l. ult. de serv.* potest tamen dominus fundum suum occludere, cum videtur, & hunc mihi usum servitutis impedire. Tignum immissum habeo in parietem vicini. Ego sum possessor, *l. 8.* §. *3. si serv. vind.* totum tamen hoc in potestate vicini est, qui quoties vult, efficere potest, ne tignum immissum habeam, vel sciente vel ignorante me tignum præcidendo vel diruendo parietem. Hæc autem res cum faciat, ut effectu nec servitutem possidere videar, certe non ita possidere, ut mihi sufficiat, quod possideam, qui non eo magis sum securus, ideo merito hæc actio necessaria visa est, qua consequar servitute utendi securitatem, *l. 5.* §. *ult. si ususfr. pet.* Eadem libertatis, cujus nomine negatoria agitur, ratio est: nam & libertatis rei nostræ possessio nudi usus est, & in patientia alterius sive vicini, qui ea nos uti libere patitur: quam patientiam etsi aliquando præstitit, potest tamen, cum vult, non præstare, & nos vel scientes vel ignorantes in hac possessione turbare usurpando servitutem. Quia igitur nec hic possidenti ad securitatem sufficit, quod possideat, prodita est ei actio negatoria, qua ultro judicio experiatur, libertatemque rei suæ asserat, hoc effectu, ne in posterum inquietetur, ut loquitur Ulp. *in d. l. 5.* §. *ult. si ususfr. pet.* Notandum autem, etsi possessor juris ultro actionem

nem moveat, lite tamen instituta, eum, qui non possidet, petitoris partes & onera sustinere, commodo autem possessoris frui, qui est in possessione, ut maxime actionem ipse instituerit, *l. 8. §. 3. si serv. vind.* & ideo frustra hic nobis objici, quod à veteribus constanter traditum est, non posse inter litigatores aliter litem expediri, quam si alter petitor, alter possessor sit, *l. inter 62. de judic. l. 1. §. 3. uti possid. §. 4. infr. de interd.* Ut redeam ad proposita verba textus: Ait Justinianus, in rebus corporalibus eum agere, qui non possidet. Quid ergo hoc ad probationem ejus, quod prius dixerat, actionem negatoriam in controversiis rerum corporalium proditam non esse? Hoc nimirum, ut si aliqua de his rebus actio negatoria alicui accommodari possit, non possit tamen non possidenti. Jam vero in istis rebus si quis agat, eum solum jure agere, qui non possidet. Ex quo sponte vult intelligi, actionem negatoriam in rei corporalis vendicatione locum non habere, sed confessoriam duntaxat. Et potest etiam revera quisque hoc per se intelligere, posito eo, quod in rebus corporalibus is solum recte agat, qui non possidet. Etenim si dari aliquam in proposito actionem non possidenti volumus, ea non alia esse potest, quam per quam rem suam petat, ac proinde quam & suam esse intendat: nam si neget, suam esse, in se telum torquet: si neget, esse adversarii, nihil hoc ad probationem ejus, quod intendit, rem scilicet suam esse. Relinquitur ergo, ut non possidenti non alia actio in lite de re corporali accommodari natura possit, quam confessoria.

Ei vero qui possidet, non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse] Hæc pars aperte per adversativam à præcedenti distinguitur, tanquam diversum continens. Quid ergo illud est? Nempe hoc. In priori parte enuntiati dixit, in controversiis rerum corporalium eum agere, qui non possidet: ex quo solo intelligi voluit, actionem negatoriam huic accommodari non posse: ideo vero non posse, quia natura rerum non patitur talem actionem ad rem suam petendam non possidenti dari. Nunc ei item, qui possi-
8 det, eandem actionem detrahit: sed ita loquitur, ut non obscure indicet esse id ex alia causa, quam ea, ob quam qui non possidet, hac actione agere nequit: non enim naturam obstare, quominus possidenti detur actio adversus turbatorem, qua neget rem ejus esse, & sic quiescere eum per judicem jubeat, quomodo agitur interdicto, *l. 1. §. 4. & 6. uti possid.* sed tamen possessorem rei non ita agere, quia talis actio jure ei non sit prodita. Cur autem prodita non sit, jam ante explicatum est. An ergo dabitur confessoria? minime. Neque hoc ex eo, quod possidenti tantum detrahit negatoriam, contra mentem Justiniani colligendum est; cui solum propositum, probare, negatoriæ actionis in controversiis de re corporali nullum esse usum. Ex his jam satis patere arbitror, causam nullam esse, cur quæ certo hic scripta sunt, mutemus, aut vel latum unguem recedamus à constanti librorum omnium lectione. Theophilus in paraphrasi sic locum Græce reddidit, *τῷ γὰρ νεμομένῳ οὐ δίδοται in rem.* An ideo, quia paraphrastes verba illa, *per quam neget rem actoris esse,* non expressit, sed simpliciter & generaliter scripsit, actionem in rem ei, qui possidet, proditam non esse, prorsus locus hic mutilandus & verba ista detrahenda sunt? Nam etsi non detrahas, recta tamen & vera est loci sentētia, licet, si demas, apertior. D. Hotomannus, cui tota periodus suspecta est; locum censet restituendum hoc modo; *Ei vero, qui non possidet, non est actio prodita, per quam neget rem alterius esse,* aut forte *auctoris.* Sed nulla, ut ego quidem existimo, necessitate: nam & particulæ adversativæ *vero* sua vis constat retenta lectione communi, ut paulo ante demonstravimus, & verum est, actionem negativam possidenti non esse proditam, cum sit nulla, teste *Ulp. l. 1. §. 6. uti poss.* Ipse Hotomannus dum colorem inserendæ negationi quærit, imprudens quod dictum in Justiniano culpaverat, mox laudat, ut præclare dictum ab Ulpiano. Frustra autem pro voce *actoris* substituas *alterius* vel *auctoris*; cum ex verbis Justiniani præcedentibus, & antithesi, qua auctorem opponit ei, qui possidet, perspicuum sit, actoris verbo hic intelligi eum, qui non possidet; non qui nunc actor sit, sed qui, si hoc casu ageretur, actor esse deberet. Sic ergo adstructa hujus loci lectione & sententia, videamus, an recte & legibus argumentandi convenienter hic disputet Justinianus: nam hoc quoque ab Hotomanno negari video. Sic concludit: Controversia omnis, quæ de rebus corporalibus actione in rem movetur, aut movetur ab eo, qui rem non possidet, aut ab eo, qui possidet. Neutro autem in genere locum habet negatoria actio: Ergo in totum in his controversiis locum non habet. Bene, si quid unquam. Probatio enim est ab enumeratione partium, quarum à singulis in assumptione removetur actio negatoria. Quod ad efficiendum id, quod proposuerat, firmum & satis est. Quamobrem mirari satis non possum, D. Hotomannum, qui scribit, sæpe se tentasse, aliosque etiam artifices se peritiores adhibuisse, quo hanc Justiniani ratiocinationem revocaret ad aliquem argumentationis formam, ex qua vera sententia eliceretur; sed non profecisse hilum. Sic enim ille omnino existimat, in priore parte assumptionis Justinianeæ, quæ hæc est, *nam in his agit, qui non possidet,* subaudiendum, *negatoria vero semper possessori datur.* Ut sit hæc collectio; *Negatoria semper datur possessori: In controversiis rerum corporalium semper agit is, qui non possidet. Quare in istis controversiis non est prodita actio negatoria.* Fatemur,

hujus syllogismi propositionem falsam esse: sed negamus, Justinianum sic argumentari, aut in argumentatione ejus subaudiendum, quod Hotomannus existimat: rectam enim esse sine illo, abunde probavimus.

9 *Sane uno casu*] Frustra sunt omnes, qui unum hunc casum aut adhuc quærunt, aut se invenisse putant: neque existimo, Justinianum ad quærendum unum casum, quem tribus verbis indicare poterat, lectorem ablegare voluisse ad latissima volumina Pandectarum. Quare cum Donell. & Wesemb. legendum hoc loco arbitrarer, *Sane non uno casu.* &c. veluti in probandis exceptionibus, aut si possessor fiducia causæ suæ ultro onus probandi in se susceperit, *l. circa eum 14. l. in exceptionibus 19. de prob.* & si qui sunt similes. Quod etiam verbis Justiniani convenientius est: quippe qui non ait, possessorem rei corporalis aliquo casu agere aut actorem esse, sed partes actoris, id est, onus probandi sustinere. Id vero non uno casu, sed pluribus accidit. Denique hoc eodem modo locum hunc in quibusdam exemplaribus legi, testis est Æmilius Ferretus. Alii, *Sanè hoc uno casu, ἐν ἑνὶ ᾗ μόνῳ θέματι,* Theoph.

Textus.

De actionibus Prætoriis realibus.

4. Sed istæ quidem actiones, quarum mentionem habuimus, & si quæ sunt similes, ex legitimis & civilibus causis descendunt. Aliæ autem sunt, quas prætor ex sua jurisdictione comparatas habet tam in rem, quam in personam: quas & ipsas necessarium est exemplis ostendere. Ut ecce, plerumque ita permittit prætor in rem agere, ut vel actor dicat se quasi usucepisse, quod non usuceperit: vel ex diverso possessor dicat, adversarium suum non usucepisse, quod usuceperit.

Commentarius.

1 *Divisionem hic propositam æque principalem esse, ac superiorem: & unde sumpta.*
2 *Legitimum quid proprie, & quid latius in usu juris.*
3 *Prudentum non fuisse, actiones dare.*
4 *Non omnes actiones, quæ edicto prætoris proponuntur, esse prætorias.*

Insinuatur hic alia actionum divisio, sumpta à causis efficientibus remotis, jure civili scilicet, & jure prætorio: quæ æque principalis est, atque superior illa à causis proximis: nam omnes omnino actiones, sive in rem sint, sive in personam, aut civiles sunt, aut prætoriæ, quæ passim etiam honorariæ appellantur, *l. actionum 25. §. ult. de obl. & act.* Ad eundem modum atque ex iisdem causis dividuntur obligationes *sup. tit. de obl. §. 1.* quæ divisio in illo tractatu non ut hic, secundo, sed primo loco proponitur, & demum post eam altera à causis efficientibus proximis. Quippe in hujusmodi partitionibus parum refert, unde incipiatur. 1

Istæ actiones, quarum mentionem habuimus] Palam est Justinianum his verbis non intelligere genera ipsa actionum, quæ ante nominavit, sed certas species horum generum antea expressas, vid. vindicationem rei corporalis, & de servitutibus confessoriam & negatoriam. Actionum in personam speciem nullam expressit: itaque nec his verbis illarum aliqua significatur: sed contineri possunt iis, quæ proxime sequuntur.

Et si quæ sunt similes] Similes sunt ex actionibus in rem, petitio hæreditatis, *l. 1. 2. 3. de hær. pet.* confessoria & negatoria de servitutibus aliis, quam quas supra commemoravit: ex actionibus in personam illæ, quæ eandem originem & causam remotam habent; nimirum quæ competunt ex obligationibus jure constitutis aut approbatis: quæ cum innumeræ sint, supervacuum putavit, aliquas exempli causa proponere.

Ex legitimis & civilibus causis] Legitimum proprie dicitur, quod ex lege, id est, ea parte juris, quæ proprie lex appellatur in divisione juris civilis, *§. lex est, sup. de jur. nat. gent.* Sed in usu juris latius accipi solet, ut eo nomine etiam id significetur, quod est ex aliqua parte juris civilis, quæ legis vim habet, puta plebiscitis, Senatusconsultis, constitutionibus Principum, *l. 6. de pact. l. 7. de cap. min. l. 3. §. pen. pro soc. l. 14. §. ult. de præsc. verb. l. 25. §. ult. l. 3. unde legit.* Itaque actiones, quæ ex istis causis descendunt, omnes sunt civiles & legitimæ. Quod addit *& civilibus,* eo comprehendere voluisse videtur etiam actiones, quæ competunt ex obligationibus, quæ à jure civili præter confirmationem nihil habent, & nimirum quarum causæ eædem, quæ & obligationum, contractus scilicet juris gentium omnes, & quasi contractus, de quibus egit supra in argumento obligationum, *arg. §. 1. de oblig.* Consulto inter causas actionum civiles non numeravi interpretationem prudentum: quippe ex qua parte juris nullæ unquam actiones datæ sunt, aut dari potuerunt. Neque enim prudentum fuit actionem constituere, sed an data esset lege, interpretari, & eam, quæ data erat, ostendere, 2 3

l. 2.

l.2.§. deinde 6. & §. ita in civitate 12. de orig. jur. A prudentibus quidem & tota ea pars juris civilis profecta est, quæ dicebatur legis actiones: cæterum ea non actionum constitutionem, sed ex actionibus constitutis agendi formulam, continebat, ut aperte declarat *Pompon. d. loc.* Hoc obiter monere volui propter eorum errorem, qui putant, eam fuisse auctoritatem prudentum, ut ipsi etiam ex causa aliqua actionem dare & constituere potuerint.

Ex sua jurisdictione] Id est, ex suo edicto, ut passim alibi jurisdictio pro edicto, *l. 1. §. pen. de postul. l.7. de jurisd. & simil.* nam edictum pars erat
4 jurisdictionis prætoriæ, *l. 2. §. eod. 10. de orig. jur.* Enimvero non est argumentum actionis prætoriæ, quod prætor dicat edicto suo, *actionem dabo.* Solebant enim prætores etiam actiones civiles edictis monitoriis proponere. Exemplo sit actio commodati, *l. 1. commod.* sed eæ duntaxat prætoriæ sunt, quas ipsi prætores ex jurisdictione sua introduxerunt: quod ab iis æquitate postulante ut plurimum factum est, cum actiones civiles deficerent.

Necessarium est exemplis ostendere] Necessarium non absolute, sed cum adjuncto, si velimus id, quod dictum est, recte intelligere. Quanquam autem longe plures sunt actionum prætoriarum species, quam quæ à Justiniano postea proferuntur: tamen ad rem, quam proposuit, declarandam, omnes recensere non existimavit necessarium.

Ut ecce] Indicantur hic prætoriarum in rem actionum species duæ, Publicana, & rescissoria, quæ postea latius & separatim suis singulæ paragraphis explicantur, *§. 4. & 5.*

Actor dicat, se quasi usucepisse] Hæc intentio est Publicianæ: illud, quod sequitur, *vel dicat, adversarium suum non usucepisse*, pertinet ad rescissoriam. Illic fingitur dominium quæsitum, quod revera quæsitum non est: hic contra fingitur retentum, quod revera juxta rationem juris civilis est amissum.

Ex diverso possessor dicat] Verbum *possessor* expungendum videtur: nam possessori nunquam ultro actio datur; & constat, de actore in utroque exemplo hic agi: nisi possessorem interpretemur, non qui nunc posside, sed qui olim possessor fuit. Utique id malim, quam cum Russard. Cujac. Hotom. pro *possessor, dicat adversarium suum,* &c. legere *possessorem, dicat adversarium suum non usucepisse.* Id est, dicat, possessorem eundemque adversarium suum non usucepisse. Quis enim ferre posset in oratione prosa tam inepte affectatam trajectionem verborum, tamque duram & inconcinnam constructionem?

TEXTUS.

De Publiciana.

5. Namque si cui ex justa causa res aliqua tradita fuerit (veluti ex causa emptionis, aut donationis, aut dotis, aut legatorum) & necdum ejus rei dominus effectus est; si is ejus rei possessionem casu amiserit, nullam habet in rem directam actionem ad eam persequendam: quippe ita proditæ sunt jure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet. Sed quia sane durum erat, eo casu deficere actionem, inventa est à Prætore actio, in qua dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse, quam usu non cepit, & ita vindicat suam esse. Quæ actio Publiciana appellatur, quoniam primum à Publicio prætore in edicto proposita est.

NOTÆ.

NECDUM DOMINUS EFFECTUS] Propterea quod rem à non domino acceptam nondum usucepit. Nam si res usucapta sit, actio honoraria ei necessaria non est, cum habeat civilem, *d. l. 1. §. 1.* quanquam si nihilominus honoraria agere sub qualitate bon. fid. possessoris malit, hoc ei permittendum. *Mynf. n. 28.*

DIRECTAM ACTIONEM] Id est, quæ jure civili prodita sit: nam jure civili in rem actio soli domino competit, *l. 23. de rei vind.*

DURUM ERAT] Iniquum prætori visum extraneum quemlibet vel injustum possessorem potiorem esse eo, qui rem ex justa causa & bona fide nactus, ejus possessionem casu amisisset. Dixi *extraneum*, quia justi dominii exceptio merito Publicianæ objicitur, *l. pen. & ult. de publ. in rem act.* Cujac.

COMMENTARIUS.

1 *Justa causa quæ hic accipienda.*
2 *Cur ut Publiciana competat, necesse sit rem traditam esse: & num aliquando ei competat, cui necdum tradita fuit.*
3 *An & de rebus incorporalibus. Ubi & de bona fide &c.*
4 *An Publiciana etiam vero domino detur, & an cum rei vindicatione cumulari possit.*
5 *Cur requiratur, ut amissa sit possessio & amissa casu.*
6 *Causa hujus actionis introducenda.*

7 *Quæ sit & qualis in hac actione petitoris intentio.*

8 *Adversus quem detur: quid ei obstet: tum quis ejus exitus.*

PRoponitur hic actio in rem Publiciana, sic dicta à prætore Publicio, qui primus eam introduxit, ut hic in extremo testatur Justinianus. Porro hæc distincte de hac actione complectitur; qua ex causa cui competat; quo jure introducta; & quæ causa ejus introducendæ; quid in ea actor intendat. Adversus quem competat, quod præcipue notandum erat, hic prætermissum est: quod tamen nos etiam breviter, explicatis cæteris, attingemus.

Si res aliqua] Nempe aliena, ut est in edicto, *l. 1. hoc tit. de Publ. in rem act.* Hic autem illud addi necesse non fuit, quia postea satis indicatur illis verbis, *& nec dum ejus rei dominus effectus est.* Quod non aliter contingit, quam si is, qui tradidit, dominus non fuit: alioqui enim traditione statim dominus efficeretur, qui accipit, §. *per traditionem 40. sup. de rerum divis.*

1 *Ex justa causa*] Justam causam accipimus eam, ex qua re à vero domino tradita statim dominium in accipientem transiret, *l. 13. eod. in pr.* Quod intellectum ex eo, quod sequitur in edicto, *& nondum usucaptum petet, d. l. 1. eod.* Hæc enim verba declarant Publicianam proponi de eo, quod traditum in ea causa sit, ut usucapi possit: non potest autem res usucapi, nisi tradita sit ex iis causis, ex quibus dominium transferretur, si dominus esset, qui tradit, *sup. de usucap. in pr.* Causæ pluribus indicantur *d. l. 1. §. ult. & aliquot ll. seqq.* Hic tantum exempli loco quatuor proferuntur, emptio, donatio, dos, legatum. Igitur nulla ex his causis præcedente cessabit Publiciana. Sed quid si justo errore facti causa subesse putetur, quæ non sit, veluti si quis emerit à furioso, quem sanæ mentis putabat? Probarem distinctionem Accursii in *l. 7. §. 2. hoc tit.* ut ex hujusmodi emptione contra furiosum quidem ipsum eundemque venditorem Publiciana non detur, per *l. 2. §. si à furioso 16. pro empt.* detur tamen contra extraneum, *d. l. 7. §. 2.*

Tradita fuerit] Ut Publiciana competat, exigi-
2 tur ut res tradita sit, *d. l. 1. d. l. 7. §. pen. & ult. eod.* quod hanc rationem habet; quoniam antequam res tradita est, nemo se dominum factum prætendere potest: cum non nudis conventionibus, sed traditionibus, dominia rerum transferantur, *l. traditionibus 20. C. de pact.* Cæterum hoc ad eas tantum species pertinet, in quibus ad dominium acquirendum traditione aut possessionis apprehensione opus est: nam quibus ex causis dominium adipiscimur etiam antequam possessionem nacti sumus, ex his etiam antea Publicianae xperiri licet, ut diserte responsum est de eo, cui ex Trebelliano restituta est hæreditas, *l. 12. §. 1. hoc tit.* item de domino, cujus servus, cum in fuga esset, rem à non domino emit, *l. si servus 15. eod.* quibus casibus cum usucapio procedere non possit, *l. sine 25. de usucap.* apparet, prætensionem dominii per usucapionem quæsiti non esse hujus actionis requisitum essentiale: ac proinde non esse perpetuum, quod quidam tradunt, Publiciana neminem agere posse, nisi qui sit in conditione usucapiendi, licet secus existimet D. Bachov. *disput. 3. de act. thes. 18.* Sed & hoc falsum esse existimo, quod unquam petitor hanc actionem instituens expresse intendat aut prætendat se usucepisse. De quo plu- 3
scula inferius. Porro & de usufructu & de servitutibus per traditionem constitutis Publiciana datur, *l. 11. §. 1. hoc tit.* In his autem pro traditione est usus ejus rei & servitutem constituentis patientia, *l. ult. de serv.* Plane, si quæ res sit, cujus alienatio aut usucapio jure est prohibita, de ea, ne si ex justa causa tradita sit, Publiciana competit, *l. 9. § pen. d. l. 12. §. 4. eod.* Etenim si tantum ideo res usucapi non potest, quia non possidetur adversus dominum, ut accidit in prædiis vectigalibus & superficiariis, potest huic actioni esse locus, *d. l. 12. §. 2. & 3.* Quid enim impedit, quominus possessor rei emphyteuticæ aut superficiei usucapiat adversus eum, qui tale jus constitutum habet. Azo *in summ. ad hunc tit. n. 15.* Illud etiam, quanquam hic omissum est, exigitur, ut res accepta sit bona fide, id est, ut accipiens putaverit, eum, à quo accepit, dominum esse, aut jus transferendi habere, *l. bona 109. de verb. sign.* In emptore hoc amplius requiritur, ut & bona fide rem emerit, sicut & in usucapione, *l. 7. §. pen. & ult. hoc tit. l. 2. pr. pro empt.* de quo explicatum *sup. de usuc. in pr. Mynsing. hic. n. 25. Schneid. n. 41.*

Nec dum ejus rei dominus effectus] Propterea quod rem à non domino acceptam nondum usucepit, *l. 1. §. 1. hoc tit.* ubi Ulp. ait, si res usucapta sit, actorem habere actionem civilem, nec desiderare honorariam. Quid ergo, si dominus, cum difficilis 4
esset, ut fere solet, dominii probatio, hac actione uti mallet, quam rei vindicatione civili, licebitne id vero domino? Putarem licere, utique sub qualitate bonæ fidei possessoris, cum *Mynf. num. 28. Oldendorp. class. 3. action. 3.* Sed & ex quo usus fori cumulationem actionum admisit, eodem libello Publicianam cum rei vendicatione disjunctim proponi, & rem peti jure dominii vel quasi dominii posse, recte defenditur; cum hæ actiones affines magis sint aut diversæ, quam contrariæ: nam is, cui Publiciana competit, præsumptive dominus est, & falsum esse, quod remedia prætoria denegentur iis, quibus jure civili consultum est, ostendunt bonorum possessiones unde liberi,

beri, contra & secundum tabulas. Belle *Bachov. disp. 3. de act. thes. 17. Gomez. Mynsing. & Schneid. hic, Gail. 1. obs. 62. n. 5.*

5 *Possessionem casu amiserit*] Et amissam possessionem esse oportet, quoniam in rem actio nunquam ultro possidenti datur: quippe cui sufficit, quod possideat, *l. 1. §. penult. uti possid.* & amissam casu: nam qui facto & voluntate sua possessionem amisit, puta rem vendendo, permutando, & donando, ejus recuperandæ actionem non habet. Ex his, quæ hactenus dicta sunt, intelligi potest, qua ex causa cui Publiciana competat: nimirum competere agenti de re, quam ex justa causa sibi traditam bona fide accepit, & cujus nondum dominus effectus possessionem casu amisit.

Nullam in rem directam] Actionem directam hic vocat, quæ jure civili prodita est, ut apparet ex ratione subjecta, & oppositione Publicianæ, quæ inventa est à prætore. Quod non est novum: nam actiones honorariæ omnes, ad jus civile relatæ, utiles sunt, licet earum inter se oppositarum quædam directæ, quædam utiles dicantur, prout aut verbis edicti propositæ, aut per interpretationem & extensionem edicti introductæ. De quo pluribus disserui sub §. *ult. sup. de leg. Aquil.*

6 *Durum erat eo casu deficere actionem*] Introducendæ hujus actionis causa fuit difficultas probandi dominii. Quippe quod non statim transit in eum, qui rem, licet ex justa causa sibi traditam, accepit, nisi & is, qui tradidit, dominus fuit; quod perquam difficile probatu est: & tamen eo non probato, necesse est petitorem civili in rem actione experientem succumbere. Cum itaque prætori iniquum videretur; quemvis vel injustum possessorem potiorem esse eo, qui rem ex justa causa & bona fide nactus, ejus possessionem casu aliquo amisisset; ipse ex humanitate actionem introduxit, qua in hoc casu sub colore quodam dominii vinceret is, cui justa rei possessio semel quæsita esset, quamdiu in eo nulli alii fieret injuria. Hinc intelligimus, & quo jure hæc actio introducta sit, & quæ ejus introducendæ fuerit causa.

7 *Eam rem se usucepisse*] Hic indicatur, quid petitor hac actione intendat, nimirum se rem, quam petit, usucepisse. Quæ tamen intentio non ad verba exigenda est, sed ad effectum & sententiam verborum: quoniam sic agitur, quasi actor usucepisset. Nimirum non dicet actor expresse, se usucepisse, quod falsum est, & constitutioni hujus actionis contrarium: sed quod ad omnem actionem recte instituendam pertinet, causam actionis intentione sua complectetur: Dicet, se rem, qua de agitur, bona fide emisse à L. Titio, & ab eo traditam bona fide accepisse; petere se, ut sibi restituatur. Hoc autem qui dicit, vi ipsa intendere videtur, se usucepisse, quia idem petit, & jure prætorio consequitur, quod peteret & consequeretur jure civili, si rem usucepisset. In causis, ex quibus, & qui possessionem nondum nactus est, Publiciana agere potest, dicet actor, rem sibi à L. Titio legatam, aut eam in hæreditate L. Titii fuisse, quam aut ipse crevit, aut restitutam sibi ex Senatusconsulto obtinet, *l. 12 §. 1. l. 15. hoc titul.* Quibus casibus cum Publicianæ locus sit usucapione non inchoata, dominium quasi usucapione quæsitum fingi aut prætendi non potest. Restat, ut videamus, quod hic omissum est, adversus quem hæc actio detur. 8 Datur Publiciana, ut cæteræ in rem actiones adversus possessorem: sed ita, nisi is possessor pari jure & æquitate nitatur. Itaque non datur Publiciana adversus eum, qui possidet justo titulo. In quo tamen hæc distinctio placuit, ut si duo rem emerint, siquidem ab eodem non domino, potior habeatur, cui priori res tradita est; utpote in quem prius translatum est jus omne, quod in re, qui tradidit, habuit; sin à diversis non dominis, melior sit causa possidentis, & juncta titulo possessio fortior ducenda titulo nudo, *l. 9 §. si duobus 4. hoc tit.* Quod si neuter possideat, & agatur contra tertium possessorem injustum, tuendus sit is, cui primum res tradita, sive ab eodem non domino emerint, sive ab alio atque alio quæ species est, quam tractat Neratius *l. si ea 31. §. ultim. de action. empt.* ut recte censent vulgo DD. *Oldend. d. class. 3. action. 3. Schneid. ad §. prac. num. 28. & seq.* late & subtiliter *Bachov. disput. 3. de act. thesib. 21. & 22.* De illo quæritur, an Publiciana detur contra eum, qui pro hærede possidet. Decisio quæstionis pendet ex eo, an is, qui pro hærede possidet, usucapere possit, nec ne: quia de re disputamus sub §. *diutina 7. sup. de usuc.* In universum autem justi dominii exceptio merito Publicianæ obstat. Quoniam semper plus juris in re sua habet dominus, quam quilibet, quantumvis justissimus possessor, qui dominus non sit, *l. penult. & ult. hoc tit.* Cæterum quæ vendicanti domino obsunt, quominus possessor ei rem restituere debeat, eadem & possidenti ac Publiciana convento obstabunt, quominus retineat, *l. si à Titio 72. de rei vind. l. si quis 24. de exc. rei jud. add. D. Donell. hic, num. 15.* Exitus hujus actionis idem, idemque in ea officium judicis circa rei & fructuum præstationem, cujusmodi hæc in rei vendicatione civili; de quo scripsimus ad §. *1. sup.*

TEXTUS.

De rescissoria.

6. Rursus ex diverso, si quis cum reipublicæ causa abesset, vel in hostium potestate esset, rem ejus, qui in civitate esset, usuce-

susceperit, permittitur domino, si possessor reipublicæ causa abesse desierit, tunc intra annum rescissa usucapione eam rem petere, id est, ita petere, ut dicat, possessorem usu non cepisse, & ob id suam rem esse. Quod genus actionis quibusdam & aliis simili æquitate motus prætor accommodat, sicut ex latiore Digestorum seu Pandectarum volumine intelligere licet.

COMMENTARIUS.

1 *Actionem, quæ hic proponitur, & rescissoria in specie dicitur, esse Publicianæ quodammodo contrariam.*
2 *Quibus ex causis hæc actio à prætore detur, ejusque introducendæ causa.*
3 *Restitutio adversus eum, qui absens usucepit rem in civitate manentis: ubi & alia.*
4 *Quomodo accipiendum quod dicitur, contra non valentem agere præscriptio non currit.*
5 *Commentum esse quod de publici judicio rescindenti & rescissorio, interpp tradunt: ut & illud, quod de duplici tempore.*
6 *Actoris in actione rescissoria intentio.*
7 *Restitutio adversus eum, qui præsens rem absentis usucepit.*
8 *An ex sola causa ignorantiæ restitutio danda adversus usucapionem.*

1 HOc loco proponitur actio in rem prætoria, quæ in usu juris nostri specialiter rescissoria appellatur, *l. nec non 28. §. ult. ex quib. ca. maj. l. ult. C. eod. l. nullo 24. C. de rei vind. l. ab hostibus 18. C. de postl. rev.* Nomen ex re inditum, quia per eam rescinditur, quod jure civili ratum est, *l. in honorariis 35. in fin. pr. de obl. & act.* Hæc actio superiori quodammodo contraria est: nam actione Publiciana agitur de re non usucapta, quam actor in effectu contendit usucaptam. Hic è converso de re usucapta, quam actor non usucaptam intendit. Illic loco domini habetur, qui dominium nondum acquisivit: hic pro non domino, qui revera dominus factus est jure civili. Pertinet hoc edictum de restitutione majorum 25. annis, quod extat in *l. 1. quibus ex ca. maj.* qua parte scilicet prætor eos, quorum res usucapta est, certis ex causis in integrum se restitutum pollicetur. Causas duas expressit, clausula edicti prima
2 absentiam necessariam ejus, cujus res usucapta est; secunda absentiam qualemcunque ejus, qui usucepit. Postremo adjecit clausulam generalem, qua idem promittit quavis ex causa, quæ ipsi justa videbitur. Itaque duobus potissimum casibus majoribus contra usucapionem succurrit data actione rescissoria; si res absentis usucapta sit ab eo, qui in civitate mansit; si res in civitate manentis usucapta sit ab eo, qui abfuit. Quod posterius hic tantum tangitur: prioris autem partis, cujus & frequentior usus, & major utilitas, cognitio ex latiore Digestorum volumine peti jubetur. Introducendæ hujus actionis hanc causam prætor habuit, quod iniquum ei visum fuit, aut necessariam justamve absentiam nocere absenti, aut qualemcunque alterius absentiam nocere alteri, *l. item ait 21. d. titul.* Quæ porro ad vim & naturam hujus actionis pertinent, hic aut intacta, aut minus perspicua, indicata disces mox ex commentario.

Cum reipub. causa abesset] De eo, qui absens usucepit, ita loquitur Justinianus, quasi eum oporteat necessaria aliqua aut probabili de causa abfuisse: quod tamen secus esse, discimus ex edicto, cujus in secunda clausula, quæ hunc casum continet, prætor non distinguit, qua ex causa quis abfuerit, necessariane aut probabili, an plane voluntaria. Quod & diserte Ulp. notavit *l. item ait 21. §. 1. hoc tit. ex quib. ca. maj.* Et vero si ne justissima quidem absentia prodest absenti ad usucapionem retinendam; absurdum sit, ei prodesse absentiam plane voluntariam, malitiosam puta aut animi causa susceptam. Illud observandum est, tum demum ex hac parte edicti restitutionem dari, si defensor absentis non extitit: nam si procurator fuit, aut amicus, qui se ultro defensioni obtulit, non debere eum inquietari: & hoc amplius, ne aliter quidem edicto in casu proposito locum esse, quam si aut amici absentis de defendendo eo interrogati defensionem non suscipiant, aut nemo sit, qui interrogari potest, *d. l. item ait 21. §. pen. & l. seq. eod.* Novissime autem à Justiniano cautum, ut licet defensor absentis nullus existat, tamen integrum sit præsenti, usucapionem interrumpere, adito judice, & diligentia sua apud eum contestata, *l. 2 C. de annal. exc.* Itaque ex hac parte edicti restitutio dari desiit.

In hostium potestate] Ut hic procedat usucapio, 3
ponendi termini habiles, nempe si servus aut filius ejus, qui captus est, rem ex causa peculiari teneant; hoc enim casu domini aut patris captivitas impedimento non est, quominus ea res usu acquiratur, *l. ait prætor 23. §. 3. hoc tit. l. justo 44. §. ult. de usuc.* Cæterum extra hanc causam captivus per servum aut filium possessionem acquirere non potest, ac proinde nec usucapere: sed possessio atque usucapio inchoata captivitate interrumpitur, in tantum ut nec postliminio

nio restituatur, *l. denique 19. hoc. tit. l. si is 15. in pr. de usucap.*

Usuceperit] Potest igitur & absens usucapere rem præsentis, & ejus quidem, qui contra absentem agere non potuit, *l. item ait 21. §. 1. & deinceps, l. seq.*
4 *hoc tit.* Atqui vulgo traditur, contra eum, qui agere non potest, præscriptionem non currere, *l. 1. in fin. C. de annal. exc. l. in rebus 30. Vers. omnis, C. de jur. dot. l. 1. in fin. C. de bon. matern.* Respondent interpretes, distinguendum esse inter impedimentum juris & facti. Juris quidem impedimentum efficere, ne præscriptio currat aut impleatur. Exempla in *d. l. 1. C. de ann. exc. d. l. in rebus, C. de jur. dot. l. 7. §. 4. C. de præscr. 30. ann.* Facti vero, quale est, quod hic objicitur, non item. Itaque opus esse restitutione: & recte: quippe rationi consentaneum est, ut ubi jus ipsum impedimentum agendi objicit, ibi quoque sistatur cursus usucapionis ipso jure: at singulorum factorum, quæ idem impedimentum afferunt, rationem habere jus non potest.

Permittitur domino] Veteri scilicet, cujus res jure civili usucapta est. Hunc dominum vocat, vel respectu præteriti temporis, vel potius, quia à prætore rescindente usucapionem adhuc pro domino habetur.

Intra annum rescissa usucapione] Actio hæc, licet rei persecutoria sit, anno tamen eam finiri placuit, quia contra jus civile datur, *l. in honorariis 35. in fin. pr. de obl. & action.* Annum intellige utilem, *l. 1. §. 1. hoc titul. l. ab hostibus 18. C. de postl. rev.* pro quo tamen Justinianus substituit quadriennium
5 continuum, *l. ult. C. de temp. in int. rest.* Quod autem ait, permitti domino rescissa usucapione rem petere, & Paulus, *d. l. 35.* hanc actionem dari rescissa usucapione, id non sic intelligendum est, quasi duplici judicio hæc res expediatur, decretumque aliquod antecedat, quo prætor rescindat usucapionem, ac tum demum hanc actionem det, quia petatur res restitui. Sed ideo hoc dicitur; Quia prætor, dum hanc actionem concedit, simul vi ipsa usucapionem rescindit: quoniam permittit veteri domino sic agere, ut petat rem sibi à possessore restitui, perinde ac si nulla usucapio intervenisset, *l. 1. §. 1. l. sed etsi. 26. si feria. 7. l. nec non. 28. § penult. hoc tit. l. ult. C. eodem l. nullo, 24. C. de rei vindic.* Quibus ex locis manifestè apparet, rescissionem usucapionis in ipsa datione actionis consistere, prætoremque dici restituere, cum actionem rescissoriam petenti concedit: ac proinde uno simplicique judicio rem totam explicari, *fac. l. 9. § 3. & 4. quod met. ca. l. 1. §. 1. de dol. l. 2. §. 1. de cap. minut. l. 1. de alien jud. mut. ca. l ult. ad SC. Vellej.* Hoc & Gomezius *hic n. 8. & ult.* odoratus est; sed explicare non potuit, aut solidè confutare communem DD. opinionem, secundum quam duplex judicium hic necessarium, unum rescindens, alterum rescissorium; ac proinde & duplex libellus, duplex litis contestatio, & duplex pronuntiatio, decretum scilicet magistratus, quo rescindatur usucapio, & sententia judicis, quo res restitui jubeatur. *Pet. de Bellapert. 10. Fab. Jas. Myns. Schneid. hic Odd. de restit. quæst 33. art. 1. Maurit. de restit. c. 4.* Quæ opinio erronea est, & à ratione juris nostri valde aliena, ut ex iis, quæ modo diximus, perspicuè patet; in foro tamen recepta, ut sic utrumque remedium cumulari, id est, eadem utrumque opera peti & obtineri soleat, *Odd. part. 1. q. 33. art. 5. Myns. 2. obs. 25. Oldend. class. 6. action. 8.* Error hic natus videtur ex ignorantia ordinis judiciarii, qui apud veteres fuit; ubi quidem in omnibus fere actionibus occurrebat species quædam duplicis judicii, dum quædam apud prætorem seu magistratum tractabantur, quædam apud judices datos; Cæteroquin revera unum tantum erat judicium: ideoque unus tantum libellus, una litis contestatio, una sententia desiderabatur. Nempe apud prætorem non instituebatur judicium, sed à prætore constituebatur, data actione & judice, qui de re cognosceret: unde nec illa, quæ apud prætorem fiebant, in judicio fieri dicebantur, sed in jure: de quo fusius ad *pr. hujus tit.* Præcedens error secum traxit & alium de duplici tempore; uno, intra quod utendum sit remedio rescindenti; altero, intra quod petenda & instituenda actio rescissoria. Illud volunt; intentari posse intra quadriennium continuum, hanc finiri anno utili. Donellus, perpetuam esse. Sed ut una & simplex hic est actio, ita & unum tempus, intra quod ea peti & institui debet, annus olim utilis, nunc quadriennium continuum, computandum à tempore, quo absens reversus est. Illud singulare, quod hoc tempus etiam finiendæ actioni constitutum est, *l. ult. C. hoc tit. junct. l. ult. §. ult. C. de temp. in integ. rest.*

Ut dicat, possessorem usu non cepisse] His verbis 6
significatur actoris in hac actione intentio. Ut autem id actione præcedenti, ita hic quoque intentio non ad verba, sed ad vim effectumque verborum erigenda est, quoniam sic agitur, ut effectu res usucapta non videatur. Puta non dicet petitor, possessorem rem, quæ petitur, usu non cepisse; quod & aperte falsum est, & perinde quasi negaret, adversarium dominum esse: cujusmodi formulæ in rerum corporalium vendicatione proditæ non sunt, *§. 2. sup. eod.* sed caussam exprimet, ex qua actio ei jure constituta sit: dicet, adversarium absentem rem usucepisse, cum ipse interea ejus nomine agere cum vellet, & usucapionem interrumpere, non potuerit. Itaque petere se, ut sibi restituatur. Prætorem quoque verisimile est verba edicti secutum hoc modo judicium concepisse; *Si paret, eam rem qua de agitur, à possessore* ab-

absente per statutum tempus possessam esse, cum interea petitor ejus nomine agere cum conaretur, non potuerit, tum si ea res petitori non restituatur, possessor damnetur.

7 *Quibusdam & aliis*] Veluti absenti, cujus res usucapta sit ab eo, qui in civitate mansit: quæ causa restitutionis prima parte edicti expressa est: & sola nunc etiam utilis, cum ex causa superiore jure novo restitutio non detur, *l. 2. C. de annal. exc.* Non omnibus vero absentibꝰ hac parte succurritur, sed iis duntaxat, quorum absenria aut necessaria fuit, *l. 1. §. 1. in pr. l. 3. cum seqq. l. reipub. 36. l. non vere. 42. hoc t.* aut voluntaria quidem, sed justa & probabilis, qualis est studiorum causa, & similes. Hoc ex generali & postrema edicti clausula, *l. sed & si. 26. §. pen. & ultim. cum duabus ll. seqq.* Illud tamen inter hæc interest, quod in necessaria & repentina absentia non nocet, quod quis procuratorem domi non reliquerit; in voluntaria aut ante prævisa absenti non succurritur, nisi procuratorem reliquerit, isque procurator non egerit, aut interim defectus sit, *d. l. 26. §. ult. l. nec non. 28. in pr. eodem.* Quippe priore casu nihil est quod absentibus imputetur: posteriore objici eis potest, quod de rebus suis componendis ante discessum potuerint & debuerint cogitare, *d. l. 26. § 1.* Hoc eodem edicto succurritur & creditoribus; qui actionem ex his causis amiserunt, *d. l. 1. §. 1. l. Julian. 17. §. 1. l. si quis 41. eod.* sed hoc casu actio restitutoria in personam est.

8 *Simili æquitate motus*] Quæsitum hic est, an sola ignorantia justa & sufficiens causa sit, ob quam ex postrema edicti clausula danda sit restitutio adversus usucapionem aut præscriptionem. Ego puto non esse, *arg. l. ult. in fin.* ibi; *nulla ignorantia vel scientia expectanda. C. de præsc. long. temp. l. 3. & 4. C. de præsc. 30. ann. l. unic. C. de usuc. transf.* Nam cum sufficiens tempus præstitutum sit intra quod quisque in res suas inquirat, easque sibi afferat, post illud tempus restitui postulans ex sola causa ignorantiæ, id est, ea, quæ conjuncta est cum desidia & negligentia, audiri non debet. Denique si ex hoc solo capite restitutio admittatur, jus de usucapionibus & præscriptionibus constitutum non assequitur finem suum, nunquam finis erit litium, semper dominia in incerto, contra *l. 1. de usucap. VVesembec. parat. hoc tit. n. 10. Pinell. in auth. nisi tricennale. C. de bon. mat. diss. comment. DD. Covar. in c. possessor. de reg. jur. in 6. pag. 3. § 3. Gail. 2. observ. 19.* de præscriptione tamen 40. annorum adhuc contenditur: videsis *And. Fachin. 1. contr. 69. Ant. Fabr. Codic. suo tit. si advers. usuc. & tit. de temp. in intr. restit. Pinell. in d. auth. n. 58.*

Textus.

De Pauliana.

7. Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis ejus à creditoribus possessis ex sententia præsidis, permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam rem petere, id est, dicere eam rem traditam non esse, & ob id in bonis debitoris mansisse.

Notæ.

7. In fraudem creditorum] Et eventum fraus habuerit, *l. 10. § 1. l. 15. quæ in fraud. cred.* & simul is, qui accepit, fraudis conscius fuerit, *l. 1. l. 6. § 8. eod.* In causis tamen lucrativis etiam in eum, qui fraudem ignoravit, hanc actionem dari placet, quatenus locupletior factus est, *d. l. 6. § 11.*

Rescissa traditione] Unde tam actionem Paulianam, quæ rescissoria est traditionis, quam superiorem illam usucapionis rescissoriam, actionem in rem esse, & ad exemplum vindicationis dari, contendunt Cujac. & Fabrot.

Commentarius.

1 *Agi hic de actione, quæ Pauliana dicitur; licet ea non in rem, sed in personam sit.*
2 *In personam esse, multis argumentis evincitur.*
3 *Dari hanc actionem creditoribus, sive ante sive post missionem in bona, res in fraudem eorum alienata sit: interdum & in rem competere: quæ tamen huc non pertineat.*
4 *Quæ concurrere debeant, ut Pauliana sit locus.*
5 *Verborum edicti,* Quod fraudationis, &c. *explicatio.*
6 *Edictum non pertinere ad eos, qui id agunt, ne acquirant, ubi quædam notabilia.*
7 *Quando primum creditores Pauliana experiri possint. D. Joan. Deckher. notatus.*
8 *Qualis hic sit rescissio & restitutio.*
9 *Intentio creditorum in actione Pauliana.*
10 *Dari hanc actionem intra annum utilem, quo primum experiundi potestas fuit.*

Tertia species actionis prætoriæ hic proponitur, Pauliana dicta, quæ datur creditoribus ad revocanda ea, quæ in fraudem eorum alienata sunt, *l. videamus 38. §. in Faviana 4. de usur.* atque huc pertinent *tit. ff. quæ in fraud. cred. & C. de rev. his, quæ in fraud. cred.* Hanc autem actionem Glossa & ple- 1

plerique interpretes non in rem, sed in personam esse opinantur; hic autem exponi inter prætorias in rem, & subjici rescissoriæ tantum propter similitudinem, quam cum illa habet, quod uti per illam usucapio, ita per hanc traditio rescindatur, atque ita utraque contra jus civile detur. Quod ego verissimum puto: & Theophilum arbitror, qui Paulianam hic nominat, sed eam in rem esse dicit, deceptum à Triboniano inconsiderate, & tantum ob similitudinem, quam dixi, hanc etiam explicante inter actiones
2 in rem. Etenim in rem eam non esse, primum ex eo vincitur, quod creditores non vendicant, aut intendunt, rem suam esse, ut in actionibus superioribus: sed ajant, rem in bonis debitoris mansisse, quorum possessio eis data est. Deinde ex eo quoque, quoniam cum actionis in rem proprium sit, ut sequatur ejus rei possessorem, quamvis cum actore nihil contraxerit, aut nihil in eum deliquerit; si quis autem non possidet, non teneatur, *l. actionum 25. de oblig. & act.* utrumque contra est in actione Pauliana: nam & is, qui possidet, quod in fraudem creditorum alienatum est, hac actione non tenetur, nisi & fraudis particeps fuerit, aut rem ex lucrativa causa acceperit, *l. 1. l. is qui 9. & l. seq. hoc tit. l. pen. C. eod.* ut hic non sola possessio, sed aliud factum possessoris spectetur. Et e converso, qui non possidet, nec dolo malo desiit possidere, tenetur. Datur enim hæc actio non solum hæredi, sed etiam in hæredem similesque personas, & qua tales, *d. l. 10. §. ultim.* quod non minus, quam prius illud, à natura actionis in rem abhorret, quæ rem semper sequitur, & propter rem ejus possessorem, *l. 2. C. si un. ex plur. hæred.* Cum itaque in rem non sit, relinquitur, ut sit in personam, *§. 1. sup. eod. d. l. actionum de oblig. & act.* Et hoc verum esse vel ex hoc uno intelligimus, quod hæc eadem actio in factum passim appellatur, *d. l. 10. l. 14. hoc tit. l. pen. C. eod.* quo nomine quæ appellantur, omnes in personam sunt, vid. *Bachov. disp. 3. de action. thes. ult.* Accedit exemplum actionis Favianæ, quam non in rem, sed in personam esse disertè testatur Ulp. *l. 1. §. hac actio. 26. si quid in fraud. patron.* Erit igitur & Pauliana in personam; cum utraque ex eadem causa detur; Faviana, si quid in fraudem patroni; Pauliana, si quid in fraudem creditorum alienatum sit. Sed quid verbis opus est? Jurisconsultus in *l. videamus 38. §. in Faviana. 4. de usur.* palam inter actiones, quæ in personam sunt etiam Paulianam numerat. Nam cum initio proposuisset videndum, quando in actionibus in personam etiam fructus veniant, mox variis ejus generis exemplis adductis inter cæteras in personam actiones Paulianam quoque, per quam quæ in fraudem creditorum alienata sunt, revocantur *d. §. 4.* recenset, & quidem conjunctim cum Faviana, quam in personam esse constat. At inquies, si Pauliana in personam est, erit etiam ex obligatione, *§. 1. sup. eod.* Unde ergo obligatio? Ex maleficio, inquam, & ejus nimirum, cum quo agitur, sive is fraudis particeps fuit, sive non fuit.
3 Nam & qui ab initio dolo caret, improbè facit, si, postquam cognovit, rem in fraudem creditorum alienatam esse, eam tamen, & tantum lucri sui causa, retinere tentet, per *l. metum. 9. §. ult. l. item si 14. §. 3. quod met. caus.* Frustra se fatigat Bachov. *hic & disp. 3. de act. thes. pen.* dum probare conatur, actionem Paulianam in rem actionem esse: add. *Don. hic num. 5. & seqq. Ant. Fab. conj. 16.* Illud hic notandum est, quod actio Pauliana competat, sive quid alienatum sit in fraudem creditorum, antequam creditores in bona mitterentur; sive alienatio facta sit, postquam jam in possessionem bonorum debitoris missi sunt, quorum quidem prius negat D. Joan Deckher. *1. diss. 10. n. 27.* Sed perspicuè refellitur per *l. 15. & l. 17. §. 1. hoc tit.* Posteriore autem casu evenire potest, ut etiam in rem actio creditoribus competat pignoris persequendi gratia. Nam si creditores in possessionem jussu magistratus missi etiam in possessionem venerint, constituitur creditoribus in bonis debitoris pignus, quod in usu juris dicitur prætorium, *l. non est mirum 26. §. 1. de pign. act. l. ult. C. de præt. pign.* cujus pignoris, si creditor fortè possessionem amiserit, persequendi causa actionem in rem & olim habuit, & nunc habet; olim certo jure, si possessionem sine culpa sua casu aliquo amisisset; nunc etiam, etsi culpa sua possessione cecidit, *d. l. ult. C. de præt. pign.* Verum hæc actio huc non pertinet, ut putat D. Donellus; quippe qua agenti necesse non est dicere rem in bonis debitoris mansisse: nam alienatio non extinguit jus pignoris, *l. distractis. 14. & l. seq. C. de pign.* Sed neque species est Paulianæ, ut quidam putaverunt, quia datur adversus quemcumque possessorem: sed est species quasi Servianæ seu hypothecariæ, *per d. l. ult. C. de præt. pign. & arg. l. 9. hoc tit.* nam in casu illic proposito possessionem jure pignoris avocantem secundus emptor non excluderet, cum tamen excludat agentem Pauliana.

In fraudem creditorum] Ut hæc actio ex edicto competat, requiritur, ut quid alienatum sit in fraudem creditorum. In fraudem autem alienatum hic accipimus, si & animum fraudandi debitor, & eventum fraus habuerit; nam si alterutrum desit, & vel propositum fraudandi nullum fuerit, quod putaverit debitor, se solvendo esse, vel creditores re ipsa & eventu fraudati non sint, huic actioni non est locus, *l. ait prætor. 10. §. 1. l. si quis 15. hoc tit.* Hoc amplius cessat hæc actio & revocatio, nisi & is, qui accepit, fraudis conscius fuerit, *l. 1. l. 6. §. hoc edictum 8. d. l. ait. prætor. §. 2. eod.* Cæterum hoc sic acceptum est, si quis rem accepit ex causa onerosa; nam in causis lucra-

-rativis placuit detrahi mentionem scientiæ, & hactenus utique in eum, qui fraudem ignorans accepit, actionem dari, quatenus locupletior factus est, *l. 6. §. simili modo 11. eod. l. pen. C. eod.* Plane, qui debitam pecuniam recipit antequam bona debitoris possiderentur, quantumvis non ignorans, eum solvendo non esse, in hoc edictum non incidit; quia sibi vigilavit, *d. l. 6. §. apud Labeonem 6. & seq.* Porro quando & quatenus solutum uni ex creditoribus ab aliis potiori vel æquali jure nitentibus revocari possit, & de sententia *l. pen. hoc tit. l. 6. §. 2. de reb. auct. jud. poss.* aliarumque eodem pertinentium, vid. *Bart. in d. l. pen. Pet. Fab. ad l. generaliter. 78. de reg. jur. Ant. Fab. conj. 14. Gail. 1. obs. 25. n. 14. & seqq.*

5 *Alicui tradiderit*] Edictum generalibus verbis conceptum est, *Quæ fraudationis causa gesta erunt, &c.* quæ verba latissimè patent, continentque quicquid quodcumque modo fraudis causa factum est. Itaque qualecumque id fuerit, hac in factum actione revocatur, sive rem alienaverit debitor, puta vendiderit, donaverit, pro derelicto habuerit, usucapi passus sit, usumfructum aut servitutem non utendo amiserit; sive acceptilatione aut pacto debitorem liberaverit, aut data opera ad judicium non adfuerit, vel litem mori passus sit, vel à debitore non petiit, ut tempore liberaretur. Sed & si pignora liberavit, vel quem alium in fraudem creditorum præposuit, vel ei exceptionem præbuit, aut se obligavit fraudandorum creditorum causa, vel quocumque denique modo aliquid fecit, ut desineret habere, quod habebat, ad hoc edictum pertinet, *l. 1. cum 4. seqq. l. 10. §. si cum 12. & seqq. l.*
6 *14.* & passim deinceps, *hoc tit.* Plane ille in ea causa non est, ut edicto locum faciat, qui id agit, ne acquirat, quod acquirere potest, puta qui legatum aut hæreditatem sibi delatam repudiat: nam edictum ad eos pertinet, qui quid de bonis suis deminuunt, non qui id agunt, ne locupletentur, *l. 6. pr. §. 1. & aliquot seqq. eod. l. non fraudantur. 134. de reg. jur. fac. l. 5. §. 13. & seq. de don. int. vir. & ux. D. Diod. Tulden. in C. hoc tit. num. 4.* Late & eleganter *D. Wesemb. conf. 17. n. 42. & seqq.* Atque hinc est, quod nec suus hæres se abstinens edicto locum facit, *l. 3. C. hoc tit.* multoque minus præteritus aut exhæredatus, qui non queritur de inofficioso, aut non agit ad supplementum legitimæ, per *l. 1. §. sed si 8. si quid in fraud. patr.* An ad legitimam petendam filius cogi possit, dubitatur: sed verius est compelli non posse, *arg. d. l. 6. §. 2. l. patrem. 19. hoc tit. d. l. 1. §. sed si 8. si quid in fraud. patr. Jo. Gutier. in repet. cap. quamvis 2. de pact. in 6. n. 24.*

Bonis ejus possessis] Id est, postquam creditores à magistratu in possessionem bonorum debitoris missi sunt. Nam hæc actio demum competit post possessionem, excussionem & distractionem bonorum; nec aliter, quam si ex bonis distractis creditoribus satisfieri nequeat, *l. pen. C. hoc. tit.* de quo fuse *Schneid. n. 59. & seqq.* Sententiam hujus loci corrumpit D. Joan. Deckherus *ubi supra.* Nam vitiosè planè & per fallaciam compositionis & divisionis hæc textus verba *bonis ejus possessis,* ita accepit, ac si significarent, pro iis demum bonis revocandis hanc actionem competere, quæ debitor alienavit, postquam jam bona possessa erant, & hinc probat, Paulianam non competere de rebus ante missionem in bona alienatis. Perperam inquam, quoniam verba ista non ad tempus factæ alienationis, sed intentandæ hujus actionis referenda sunt: per *l. si quis 15. l. omnes 17. §. 1. hoc tit. junct. l. pen. C. eod.*

Ipsis creditoribus] Plerumque curator bonorum hic constitui solet, *tit. de cur. bon. dand.* cui tum hæc actio exercenda datur, *l. 1. hoc tit.*

Rescissa traditione] Sic intelligo, ut §. *præc.* di- 8
ctum est, vi ipsa restitutionis in integrum & judicii constituti. Rescinduntur autem hac in factum actione & in pristinum statum restituuntur omnia, quæ in fraudem creditorum facta sunt, perinde ac si nihil eorum factum esset. Itaque non dominia solum revocantur & res ipsæ, verum etiam obligationes, actiones, fructus, accessiones, cæteraque commoda restituuntur, quæ creditores habuissent, si nulla alienatio aut liberatio intervenisset, *l. 1. §. 1. l. ait prætor. 10. §. per hanc 19. & 3. seqq. l. hac in factum 14. l. omnes 17. l. ult. §. non solum 4. hoc tit. l. Videamus §. in Faviana 4. de usur.*

Dicere, traditam non esse] Non disertè ac no- 9
minatim, quasi his ipsis verbis formula intentionis concipienda: sed dicere & intendere effectu & rebus ipsis, ut in actionibus superioribus. Sic enim hic agunt creditores, quasi revera res nunquam tradita sit. Adversus quos hæc actio detur, satis ex iis, quæ superius dicta sunt, intelligitur. Ex sententia Venuleji etiam adversus ipsum fraudatorem datur, *l. ult. §. ult. hoc tit.* Datur intra annum, *l. 1. l. 10. eod.* nimirum quia velut superior illa contra jus civile introducta est, vel quia naturam actionis pœnalis habet. Post annum tamen de eo adhuc competit, quod ad eum pervenit, adversus quem actio movetur, *d. l. 10. §. pen.*
Annum intelligimus utilem, quo primum experiun- 10
di potestas fuit, *d. l. 10. in pr.* Itaque annus hujus actionis computabitur ex die venditionis bonorum, factæ scilicet à creditoribus decreto magistratus, *l. 6. §. ult. d. l. 10. §. annus 18. eod.* Ante enim agi non potest, & non valenti agere præscriptio non currit, *l. 1. §. ult. C. de annal. exc. Joan. Fab. n. 17. Mynsf. n. 63. Schneid. n. 83.* Inconsiderate igitur nonnulli textus istos retulerunt ad diem alienationis factæ à debitore, inter quos & D. Wesemb. *par. hoc titul. num. 12.*

TEX-

Textus.

De Serviana & quasi Serviana, seu hypothecaria.

8. Item Serviana & quasi Serviana (quæ etiam hypothecaria vocatur) ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capiunt. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quæ pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur. Quasi Serviana autem est, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. Inter pignus autem & hypothecam (quantum ad actionem hypothecariam attinet) nihil interest: nam de qua re inter creditorem & debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur. Sed in aliis differentia est. Nam pignoris appellatione eam propriè rem contineri dicimus, quæ simul etiam traditur creditori, maximè si mobilis sit. At eam, quæ sine traditione nuda conventione tenetur, propriè hypothecæ appellatione contineri dicimus.

NOTÆ.

Quae pignoris jure] Scil. tum ea, de quibus nominatim convenit, ut pro mercede fundi essent obligata, §.3. *in fin. inf. de interdict.* tum fructus in fundo conducto nascentes; quæ tacitè intelliguntur pignori esse domino fundi, *l.7. in quib. caus. pign. tac.* In prædiis quidem urbanis eo jure utimur, ut etiam invecta & illata ab inquilino citra conventionem pignori fiant: in rusticis autem prædiis contra observatur, *l.4. d. t. l.4. de pact.*

Quae simul traditur, &c.] *l.9. §. 2. de pign. act. l.238. §.1. de verb. sign.* quam differentiam etiam Græci ponunt inter ἐνέχυρον & ὑποθήκην.

Commentarius.

1 *Causa introducendæ actionis hypothecariæ.*
2 *Qualis sit hac actio, quibus, adversus quos, quo exitu detur.*
3 *Quarum rerum probatio creditori pignus persequenti incumbat.*
4 *Necesse nō esse ut creditor probet, rem in dominio debitoris fuisse, dummodo probet fuisse in bonis ejus.*
5 *Differentia juris veteris & novi circa hanc actionem, quando alius, quam debitor, pignus possidet: tum quid hic juris apud Batavos.*
6 *Nomina Serviana & quasi Serviana unde: Hypothecaria nomen commune: differt à pigneratitia.*
7 *Edictum quibus verbis à Servio conceptum.*
8 *Quæ res coloni pro mercede pignoris jure teneantur.*
9 *Invecta & illata in prædium urbanum tacitè pignori esse; in rusticum importata pignori non esse, nisi id expressè convenerit.*
10 *Actioni hypothecariæ locum esse in omni genere pignoris. Constitutio Caroli V. ann. 1529.*
11 *Inter pignus & hypothecam nihil interesse, quantum ad actionem hypothecariam: nisi fortè in eo, quo cautum Nov. 4. c. 2.*
12 *Inter pignus & hypothecam quid propriè intersit secundum usum juris. Veteres pro hypotheca verbo Latino fiducia usos videri.*

Ad extremum proponitur hic actio in rem de pignore, quæ item jure honorario utilitatis causa comparata est, *l. si tibi 17. §. 2. de pact.* Nam jure civili nulla actione consulebatur iis, quibus res debitorum obligatæ erant, cum possessio earum apud alium esse cœpisset. Hoc igitur cum prætori Servio durum videretur, ipse actionem de pignore seu hypotheca quibusdam in causis introduxit, quæ postmodum eadem æquitate suadente prudentum interpretatione producta est etiam ad alias causas & species pignoris. 1
Actio hæc in rem est, *l. pignoris 17. de pign. l. pignoris 18. C. eod.* constituta creditoribus pignoris persequendi causa, ut hic declaratur. Unde intelligimus, competere eam adversus omnes, qui pignus possident, aut dolo malo possidere desierunt, *l. si fundus 16. §. in vindicatione 3. de pign.* Exitus actionis hic, ut qui convenitur, necesse habeat, aut creditoribus agentibus solvere, aut rem, de qua agitur, restituere: alioqui quanti ea res est, condemnatur, *d. l. si fundus. § 3.* Duo autem creditori pignus persequenti probanda sunt. 1. se jus pignoris in re, de qua agitur, habere. 2. possessionem ejus rei esse penes eum, qui convenitur. Ad primum quod attinet, si creditor cum ipso debitore experiatur, sufficit ei ad fundandum jus pignoris probare, quod debitor possideat: quoniam inter contrahentes ipsos etiam alienæ rei pignus consistit, neque debitor quæstionem dominii referre potest, per *l. in rem alienam 21. in fin. de pign. act.* Si vero agatur contra tertium possessorem, probandum est, rem in bonis debitoris fuisse; 2 3

aut in casu generalis hypothecæ, postea ad eum pervenisse, *l. & quæ nondum 15. §.1. de pign.* Nec interest, possessor causam habeat, an non habeat; & cum habet, utrum lucrativa sit, an onerosa. Nam jus pignoris non fundatur, nisi res fuerit in bonis debitoris: cumque hypotheca propriè titulum non præbeat, & creditor jure debitoris nitatur, oportet creditorem potentiori jure munitum esse, quam possessorem.
4 Illud probare necesse non est, debitorem rei dominum fuisse, sed quemadmodum dixi, fuisse in ejus bonis, seu justo titulo & bona fide ab eo possessam: quoniam pro probato succumberet possessor debitore agente Publiciana, eo probato etiam succumbere debet creditore agente hypothecaria, arg. *l. si ab eo 18. de pign.* Hæc fusius tractantur à *Jo. Fab. Angel. Jas. Zas. Schneid. ad hunc §. Cyn. & Salic. ad l. cum res C. si res alien. pign. N. gus. de pign. 8. memb. 3. n. 6. & seqq.* Secundum expeditum est; quippe hoc omnium actionum in rem est proprium, ut eo tempore, quo moventur, ad litem fundandam reum
5 possidere oporteat. Olim si alius, quam debitor, pignus possidebat, non tenebatur creditor ipsum prius debitorem personali actione convenire, & sic deinde illo non solvente demum pignus à possessore persequi: sed in arbitrio creditoris erat, adversus utrum prius experiretur, *l. distractis 14. l. persecutione 24. C. de pignor. l. ult. C. de obl. & act.* Tantum hoc requirebatur, ut si debitor præsens esset, prius denuntiationibus conveniretur, id est, legitimè interpellaretur, ut solveret, ac tum illo non solvente ad possessorem pignoris veniretur, *l. 10. C. d. tit.* Justinianus autem à creditoribus plus exegit, constituit enim, ut si debitores præsentes sint, non tantum denuntiationibus conveniantur, sed etiam judicio, nec prius ad pignorum possessores perveniatur, quam excussis debitoris, & fidejussorum, si qui sint, facultatibus. *Nov. 4. c. 2. unde auth. sed hodie. C. de obl. & act. & auth. hoc si debitor. C. de pign.* Id jam olim in fisco pignus legale vendicante humanitatis causa placuerat, *l. Moschis 47. de jure fisc.* ad cujus exemplum in conventionali pignore idem cavisse videtur Justinianus. Quod si debitor aut hæres ejus pignus possideat, tum adhuc nullus ordo servatur, & liberum etiamnum creditori est, omissa actione personali pignus persequi. *d. Nov. 4. c. 3. vers. contra principales, l. persecutione junct. pr. auth. seq. hoc si debitor. C. de pign.* & secundum hoc sæpe à supremis Curiis judicatum testatur *Christin. vol. 4. decis. 151. n. 9. & seq.* Apud nos jus vetus reductum placito anni 1564. quo expresse derogatur *d. Nov. 4. cap. 2. & d. auth. hoc si debitor.* Potest itaque hodie creditor vi istius placiti statim tertium possessorem convenire, & pignus persequi, omisso debitore principali ejusq; fidejussoribus, nec prius facultates eorum excutere tenetur, *vid. dec. 4. Cur. Holland.*

Serviana & quasi Serviana, quæ etiam hypothecaria] Duplex igitur de pignore in rem actio est 6
Serviana, dicta ab auctore eadem analogia, qua Publiciana; & quasi Serviana, sic dicta, quia ad exemplum Servianæ introducta est; unde & utilis Serviana dicitur, *l. 1. in pr. & §. 2. de pign. l. 1. C. de precar.* Hæc eadem, ut hic traditur, etiam hypothecaria appellatur, à re scilicet & nomine communi: quod nomen etiam Servianæ competit: sed cum hæc nomen proprium haberet, illa, quod commune est, sibi proprium fecit. Nonnunquam tamen appellatione Servianæ & quasi Serviana seu hypothecaria omnis significatur, *l. 3. l. si ab eo 18. de pign. l. si creditor 28. de pign. action. l. ult C. de oblig & act.* Ab actione hypothecaria toto genere differt actio, quæ pigneratitia propriè dicitur, utpote quæ non in rem, sed in personam est, nec creditori competit, sed debitori adversus ipsum creditorem, ex contractu obligatum ad pignus, quod accepit, soluto debito restituendum; de qua *ff. & Cod. de pign. act. §. ult. quib. mod. re cont. obl.* Abusivè tamen veteres quandoque hypothecariam quoque pigneratitiam vocant, ut observare licet *l. 9. in fin. quib. mod. pign. solv. l. rem alienam 41. de pign. act. l. 3. § 3. ad exhib. l. 13. de cond. ind. l. duobus 19. de exc. rei jud.* & aliis locis: vid. nostra ad *d. §. ult.*

Et prætoris jurisdictione] Atqui quasi Serviana à prætore introducta non est, sed Jurisconsultorum ingeniis excogitata & instituta ad exemplum ejus, quæ à prætore comparata & in edicto proposita fuit. Respondemus, etiam eas actiones, quæ ad imitationem edicti à prudentibus compositæ sunt, prætorias censeri, propterea quod causam & initium à jurisdictione prætoris acceperunt.

De rebus colonis] Dubium non est, quin ea actio de pignore, quæ verbis edicti proposita fuit, Serviana propriè vocetur. Unde existimare licet, præto- 7
rem nominatim tantum de rebus colonorum, pro mercede locationis obligatis, locutum, edictumque ad hunc modum conceptum fuisse; *Quod à colonis oppigneratum mercedis causa ad alterum pervenerit, ejus rei creditoribus actionem dabo.* De rebus inquilini similiter obligatis actio verbis edicti proposita non fuit: itaque cum de his rebus agimus, non propriè Serviana experimur, sed quasi Serviana, quæ est ex edicti productione.

Quæ pignoris jure pro mercedibus] Relativum 8
quæ hic non demonstrat; sed distinguit: quippe hac adjectione non illud significatur, res omnes coloni pro mercede fundi locatori esse obligatas, sed de his, quæ obligatæ sunt, Servianam competere. Jam autem constat, non omnes res coloni pro mercede pigno-

gnoris jure teneri; sed primum fructus in fundo conducto nascentes; qui quidem etiam tacitè citra ullam conventionem pignori esse intelliguntur, *l. 7. in quib. caus. pign. tac. l. 3. C. eod.* Deinde ea, & sola, de quibus nominatim convenit, ut pignori essent, *§. adipiscendæ 3. in fin. inf. de interdict.* nam nec invecta, inducta, aut illata in prædium rusticum, aliter pignori sunt fundi domino, quam si expressa conventio intercesserit, *l. 4. & d. l. 7. d tit. l. 5. C. eod.* Qua in re distat conductio prædii urbani à conductione rustici: nam in urbanum prædium illata placet pignori esse locatori, etiamsi nihil nominatim convenerit, *l. 4. de pact. & d. l. 4. in quib. caus. pi-*
9 *gnor. tac.* Cujus differentiæ ratio si quæratur, ea sumenda est ex moribus populi Romani. Solebant in prædiis rusticis nata pro mercede obligari, in urbanis invecta, *l. si servus 61. §. locavi. 8. de furt.* quod autem erat in more positum, ut alias sæpe, in jus paulatim transiit, & pro dicto habitum est, sicubi dictum non esset. Scio, veteres interpretes aliter sentire, atque arbitrari, etiam in inductis atque illatis in prædium rusticum tacitè sive citra pactionem expressam pignus pro mercede constitui, si modo voluntate seu scientia domini illata sint, quod nec ipsum in illatis in urbanum prædium exigatur. Laudant in hanc sententiam constitutionem Alexandri, quæ extat in *l. 5. C. de locat.* Sed merito hæc sententia à recentioribus rejecta est, nihilque eam juvat d. Alexandri constitutio, qua sola nititur. Nam voluntatis nomine in ea constitutione adsignificatur expressa conventio, quemadmodum etiam in *l. Pomponius 5. §. 1. in quib. ca. pign. tac.* Quorsum enim exigamus, ut voluntate domini illata sint, nisi, simul ut pignori essent, pactio aliqua inter eum & colonum interposita fuerit? Sed & voluntate domini illata sic rectè accipi possunt, si dominus locaverit fundum hac lege, ut aliqua in eum fundum inferrentur. Qui autem hanc legem locationi dixit, vi ipsa & per consequentiam pactus esse intelligitur, ut quæ ex pactione importarentur, pignoris loco teneantur. Ita ferme *Connan. 4. comm. 16. Fort. Garz. ad d. l. 5. Duar. Cujac. ad l. 4. de pact. Don. de pign. c. 4. Bach. 1. de de pign. c. 11. D. Tulden. in tit. C. in quib. ca. pign. tac. n. 3. Christ. vol. 3. dec. 110. & vol. 4. dec. 155.*

10 *Qua creditores pignora persequuntur*] Quasi Serviana seu hypothecaria datur de reliquis rebus pignori obligatis: & in quovis genere pignoris locum habet. Itaque competit non tantum de pignore conventionali, sed etiam de legali: quale verbi causa habent pupilli & adolescentes in bonis tutorum & curatorum, *l. pro officio. 20. C. de adm. tut.* fiscus in bonis debitorum fisci, *l. 1. l. 2. C. in quib. ca. pign. tac.* uxor in rebus mariti in causa dotis, *l. un. §. 1. C. de rei ux. act.* legatarii in rebus hæreditariis, *l. 1. C. comm. de legat.* item de pignore prætorio & judiciali, *l. 2. C. de præt. pign.* item de eo, quod testamento constitutum est, *l. non est mirum 26. de pign. act.* denique & de pignore tacito, *l. 4. l. 7. in quib. ca. pign. tac. l. 4. de pact.*

Inter pignus & hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam] Inter pignus & hypothecam tantum nominis sonus differt, ait Marcian. *l. 5. §. 1. de pign.* id est, diverso & discrepante sono idem significant. Addit hic Imp. *quantum ad actionem hypothecariam attinet*, quod etiam sensisse Marcianum arguit inscriptio *d. l. 5.* quæ est, ad formulam hypothecariam. Quorsum hæc restrictio pertineat, mox indicatur.

Inter creditorem & debitorem convenit] Additum hoc exempli causa; multa enim sunt genera pignorum, quæ constituuntur sine conventione, ut jam intelleximus. In conventionali pignore hoc jure in toto Belgio utimur, ut nullum prædium speciali hypotheca affici queat, nisi coram magistratu & judice, sub cujus jurisdictione situm, pignus constituatur scriptura in fidem rei gestæ confecta, juxta placitum Caroli quinti ann. 1529. *Jo. Deckher. lib. 1. diss. 10. n. 34. add. art. 35. Ordin. Polit.* aut si feudale sit prædium, coram Paribus Curiæ, *Neostad. de feud. c. ult. n. 26. Grot. lib. 2. introd. c. 42.* Plane ad constituendam generalem hypothecam sufficit, coram quovis hujus regionis judice bona sua apud acta publica obligasse, *d. art. 35. Grot. d. lib. 2. c. 48.*

Utraque hac appellatione continetur] Sensus est, Quæcumque res sit, sive mobilis, sive immobilis, sive tradita, sive non tradita, quæ pro debito obligata est, ea utroque hoc nomine, pignoris videlicet & hypothecæ, promiscuè in actione hypothecaria designari solet. Quippe quæ actio, & si quod commodum ei 11
adhæret, creditori competit, tam pro pignore propriè dicto, cujus scilicet amissa sit possessio, quam pro hypotheca; ita ut effectu juris non differant. Ex hoc dictum est ab Ulpiano, pignus contrahi non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi traditum non est, *l. 1. de pign. act.* Sane quod novissimo jure constitutum est, ut debitor prius conveniatur & facultates ejus excutiantur, & sic demum, si repertum sit, debitorem non esse solvendo, ad pignoris possessionem perveniatur; *Nov. 4. cap. 2.* id plerique putant tantum locum habere in hypotheca, non in pignore propriè dicto, cujus scilicet possessio ab initio ex conventione penes creditorem fuit, & postea fortè amissa: sed hoc casu adhuc statim & recta possessionem pignoris avocari posse: quæ sententia non caret ratione. *Neguz. de pign. part. 8. memb. 1. n. 18.*

Pignoris appellatione eam propriè rem, &c.] si 12
significationem & proprietatem verborum spectamus, aut potius usum juris, inter pignus & hypothecam

thecam hoc interest, quod pignus propriè dicitur, cum simul res traditur creditori, Græcis ἐνέχυρον, & præsertim si sit mobilis: hypotheca autem cum res sine traditione nuda conventione obligationi subjicitur. In pignore id nostri sumpserunt à notatione & origine verbi, utpote quod dictum sit à pugno, ut sit res, quæ traditur manu, ac velut pugno: *l. plebs 238. §.1. de verb. sign.* Unde maximè id dicitur de re mobili, in quam solum cadit, ut manu capiatur: sed propter traditionem translatum ad res omnes etiam immobiles, quarum possessio itidem creditori tradita sit. Hypotheca autem verbum Græcum est, quod posterior ætas usu Latinum fecit, dictum παρὰ τὸ ὑποτίθεσθαι, quod est *supponere*, id est, *pignori opponere, fiduciare*: ut appareat, verbum generale esse, eoque significari utramque speciem rerum pignori oppositarum, tam quæ traditæ sunt, quam quæ non sunt traditæ. Sed quod in aliis innumeris accidit, ut modo generis, modo speciei ei generi subjectæ significationem habeant, id etiam fit in verbo hypothecæ, quod cum per se generale sit, tamen plerumque ad certam speciem contrahitur, ut ea appellatione intelligatur species pignori contraria, id est, res, quæ sine traditione nuda conventione tenetur, & maximè immobilis: idque intelligi necesse est, quoties hypotheca à pignore distinguitur. Hæc verborum differentia etiam traditur in *l. si rem 9. §. proprie 2. de pign. act.* Veteres Consulti verbo *hypotheca* usi non videntur, sed Latino *fiducia*. Cujus rei argumentum est, quod in iis, quæ manum Triboniani elapsa ad nos pervenerunt, ubi de materia pignoris agitur, nusquam nomen hypothecæ occurrat, sed fiduciæ duntaxat, ut videre est apud Paulum in libris receptarum sententiarum, *lib. 1. tit. 9. lib. 2. tit. 5. lib. 3. tit. 6. de legat. lib. 5. tit. 26. in fin.* sicut nec actionis hypothecariæ ullibi in his mentio extat, sed fiduciariæ, judicii & actionis fiduciæ tantum: ut apud eundem Paul. *d. lib. 2. tit. 13.* Modestinus apud Licinium Ruffinum *in collat. leg. Mosai. & Rom. tit. de depos. Sed & in ceteris quoque partibus juris ista regula* (de culpa præstanda) *custoditur: sic enim & in fiduciæ judicio, & in actione rei uxoriæ & dolus & culpa deducitur,* &c. Papinianus apud eundem *tit. de atroc. injur. Per hominem liberum noxæ deditum si tantum acquisitum sit, quantum damnum dedit, manumittere cogendus est à Prætore, qui noxæ deditum accepit, sed fiduciæ judicio non tenetur.* Fuit vero & hoc ipsum fiduciæ verbum generale, eoque tam pignus, id est, ἐνέχυρον, quam ὑποθήκη significabatur. Cic. *in Topic. Si tutor fidem præstare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam accepit, debet & Procurator.* Paul. *d. tit. 13. Debitor distractis fiduciis à creditore de superfluo adversus eum habet actionem.* Sed usus item speciale fecerat contraxeratque ad obligationem immobilium. Paul. *de lib. 2. tit. de modo, id est, spatio: Hæredibus debitoris adversus creditorem, qui pignora vel fiducias distraxit, nulla actio datur, &c.* Idem alibi: *Rem legatam testator si postea pignori vel fiduciæ dederit, &c.* id est, pignori vel hypothecæ. Hæc & Clariss. Salmas. *lib. de mod. usur. c. 14.*

TEXTUS.

De actionibus Prætoriis personalibus.

9. In personam quoque actiones ex sua jurisdictione propositas habet prætor, velut de pecunia constituta: cui similis videbatur receptitia. Sed ex nostra constitutione (cum & si quid plenius habebat, hoc in actionem pecuniæ constitutæ transfusum est) & ea quasi supervacua jussa est cum sua auctoritate à nostris legibus recedere. Item prætor proposuit actionem de peculio servorum, filiorumque familiarum; & eam, ex qua quæritur, an actor juraverit; & alias complures.

NOTÆ.

9. RECEPTITIA] Hæc actio civilis erat verbis solemnibus composita, & tantum in argentarios dabatur; cæterum de re quacumque etiam ante non debita: actio autem constitutoria, quæ honoraria est, dabatur contra omnes quidem, qui constituissent; sed tantum de rebus, quæ pondere, numero, mensura constant; & non nisi debito constituto, *l. 2. C. de const. pec.* add. Salmas. *de mod. usur. cap 16.*

IN ACTIONEM PECUNIAE CONSTITUTAE] Actionis receptitiæ vis omnis à Justiniano transfusa est in constitutoriam, excepto eo, quod non constituitur nisi debitum, etsi recipiebatur & non debitum, *d. l. 2.*

COMMENTARIUS.

1 *Recipere quid: actio receptitia.*
2 *Actionis receptitiæ & constitutoriæ discrimina: & præcipua causa.*

HActenus actiones prætoriæ in rem: subjiciuntur deinceps, ut erat propositum, ejusdem originis actiones

actiones in personam. Actionum prætoriarum in personam quædam velut ex contractu & negotio gesto proficiscantur, quædam ex maleficio, aut quasi ex maleficio: ac utriusque generis multæ & variæ sunt species causis efficientibus proximis distinctæ: neque enim hoc loco omnes, sed paucæ tantum proponuntur, exempli videlicet gratia: ac primum velut ex contractu hæ tres, de constituta pecunia, de peculio, ex jurejurando.

1 *Cui similis videbatur receptitia*] Actioni de pecunia constituta similis fuit vetus actio receptitia, sic dicta à verbo *recipere*, quod inter alia significat in se aliquid suscipere & polliceri: nam passim apud Classicos auctores invenies, *recipere in se, ad se*, & simpliciter *recipere*, dictum pro aliquid facturum promittere; & videtur majorem etiam vim hoc verbum habuisse, quam *promittere* Cicero Licinio Crasso; *Velim existimes, me ea, quæ tibi promitto, ac recipio, sanctissime esse observaturum.* Hæc autem receptitia actio tantum ad trapezitas sive mensarios aut argentarios pertinebat, apud quos, ut tum moris erat, pecuniæ & res civium Romanorum deponebantur. Itaque si mensarius citra stipulationem recepisset, se certo die soluturum, quod hic vel ille apud se deposuisset, hoc conventionis genus receptum dicebatur, & actio, quæ ex ea re competebat, receptitia sive pecuniæ receptæ.

2 *Nostra constitutione*] Extat in *l. 2. C. de const. pec.* Quantum autem ex hac constitutione Justiniani intelligere licet, hæc inter actionem receptitiam & constitutoriam discrimina fuerunt: illa civilis erat, verbis solennibus composita, hæc prætoria: illa tantum contra argentarios dabatur, hæc contra omnes, qui constituissent: in illam etiam veniebat, quod non erat debitum, in hanc non nisi debitum: illa in quibuscunque rebus, hæc in iis tantum, quæ pondere, numero, mensura constant, locum habebat, in quibus & consistebat mutuum. Cujus differentiæ hanc fuisse causam putat eruditissimus Salmasius *lib. de mod. usur. cap. 16.* quod olim mensarii auctionibus præerant, pretia rerum venditarum colligebant, ac redigebant: apud eos cujusque generis res deponebantur, quia publicæ fidei erant quasi sequestres. Idcirco & promittebant, se soluturos aut reddituros pro aliis res quascunque mobiles vel immobiles. Cæterum Justinianus sublata receptitia, unam esse voluit actionem adversus omnes constituentes, & de omnibus rebus constitutis, eam, quæ de pecunia constituta appellatur, quod & ad agendum esset commodior, & verbum *pecunia* omnibus rebus conveniret, *l. pecuniæ 178. de verb. sign.*

Si quid plenius] Hoc tamen excepto, quod non constituitur, nisi debitum, etsi olim in receptitiam veniebat & quod non fuerat debitum, *d. l. 2. C. de const. pecun.*

Et alias complures] Cujusmodi sunt, quod jussus exercitoria, institutoria, tributoria, de in rem verso; quæ etiam explicantur *tit. proximo.*

TEXTUS.

De constituta pecunia.

10. De constituta autem pecunia cum omnibus agitur, quicunque vel pro se, vel pro alio soluturos se constituerint; nulla scilicet stipulatione interposita. Nam alioqui si stipulanti promiserint, jure civili tenentur.

COMMENTARIUS.

1 *Actionis de pecunia constituta introducta causa.*
2 *Singulare in hac actione.*
3 *Qui quibus ex causis hac actione teneantur.*
4 *Constituti & fidejussionis convenientia & dissimilitudo.*

Actio de pecunia constituta edicto prætoris introducta est ex hac causa, si quis nudo pacto constituerit, se soluturum, quod ante debitum fuit, *l. 1. §. 1. de const. pec. l. 2. C. eod.* Ex hac causa jure civili actio non competit: quippe quo jure ex nuda conventione, quantumvis geminata aut obligationis antecedentis confirmandæ gratia interposita, actio non datur. Prætor autem constituta ex consensu facta custodienda putavit, motus naturali æquitate: quoniam ut Ulpianus ait *d. l. 1. in pr. grave est fidem fallere.* Grave scilicet in hac specie maxime, ubi quod jam ex aliqua præcedenti causa debetur, nova conventione stabilitur ac confirmatur: nam nisi debitum sit, quod constituitur, prætor actionem non dat. Illud in 2 hac actione, ut singulare observandum est, quod ea edicto proponitur non statim, sed sub conditione, si appareat, eum, qui constituit, neque solvere, neque fecisse, neque per actorem stetisse, quominus fieret, quod constitutum est, *l. si duo 16. §. 1. & seq. 6. sed & si 17. & l. seq. de pec. constit.* Ex quo simul intelligimus non amitti actionem actori, si moram fecerit in accipiendo; quod ratio juris civilis non patitur; sed ei ab initio nec datam videri, si per eum steterit constituti die, quominus oblatum acciperet. Nimirum prætori novam actionem præter regulam juris inducenti visum est, eam sic proponere, ut quam mitissime cum reo ageretur, & quæcunque culpa posset actori in accipiendo objici, ne actio daretur.

Pro se vel pro alio] Is solus actione constitutæ pecuniæ tenetur, qui quod ante debitum fuit, constituit, 3

tuit, *l. 1.* §. *1.* & passim deinceps, *l. 5.* §. *2. l. item illa 18.* §. *1. hoc tit. de pec. const.* A quo autem debitum sit, utrum ab eo, qui constituit, an ab alio, nihil interest, *d. l. 5.* §. *2. l. 2. C. eod.* Sed nec illud refert, qua ex causa, quove jure debitum sit, dum aut utiliter peti possit, aut naturaliter debeatur, *l. 1.* §. *debitum 6. & deinceps, l. 3.* §. *1. eod.* Hoc amplius, etsi quis constituit alii, quam creditori, modo pecunia debita sit, valebit constitutum; nihil enim prætor adjecit, *d. l. 5.* §. *2.* Postremo & aliud, quam quod debetur, constitui potest, & quod debetur, constitui citeriore die, aut alio loco, quam quo dari oportet, *d. l. 1.* §. *an potest 5. l. 4. l. 5. in pr. eod.* Id quod sub conditione debetur, sive pure sive in diem constituatur, eadem conditione suspenditur, ut existente conditione valeat, deficiente utrumque pereat. Sed is, qui pure debet, si sub conditione constituat, in hunc esse utilem, id est, efficacem, actionem, Pomponius censuit, *l. id quod 19. pr. &* §. *1. eod.*

Nulla stipulatione interposita] Actioni constitutoriæ tunc locus est, cum quis nudo pacto se soluturum constituit. Nam si stipulatio intervenerit, actio honoraria non desideratur, cum sit civilis ex
4 stipulatu. Illud sciendum est, constitutum priorem obligationem non innovare, sed ei accedere, eumque etiam, pro quo alius constituit, adhuc obligatum manere, *l. ubi quis 28. eod.* Quæ species constituti multa habet cum fidejussione communia. Veluti quod liberato priore seu principali debitore, liberetur & pecuniæ constitutæ reus, *l. in omnibus 43. de solut.* quod ei beneficium ordinis & excussionis non minus, quam fidejussori tributum est. *Nov. 4. cap. 1.* & si plures sint pecuniæ pro alio constitutæ rei, quod his etiam competit beneficium divisionis, *l. ult. C. hoc tit.* Cæterum & in multis discrepant: nam constitutum nudo pacto perficitur, fidejussio stipulationem requirit; constitui potest etiam aliud, quam quod debetur, & alii, quam creditori; & quod ulteriore die debetur, constitui citeriore. Quorum nihil admittit fidejussio, ut docuimus *sup. de fidejuss. sub* § *fidejussores 5.* quo loco etiam monuimus, hodiernis moribus constitutum à fidejussione vix discerni posse, sublata videlicet pacti & stipulationis differentia. Olim quoque apud Græcos, qui stipulationum firmamenta pactionibus suis non adhibeant, nullum hac in parte discrimen fuit inter *ἀντιφώνησιν* & *ἐγγύην* communem.

Textus.

De peculio.

11. Actiones autem de peculio ideo adversus patrem dominumve comparavit prætor, quia licet ex contractu filiorum servorumve ipso jure non teneantur, æquum tamen est, peculio tenus (quod veluti patrimonium est filiorum filiarumque, item servorum) condemnari eos.

Notæ.

Ipso jure non teneantur] Filiusfam. patrem civiliter non obligat, nec servus dominum, *l. 8. de resc. vend. l. 8.* §. *ult. de accept.*

Veluti patrimonium] *l. 32. in fin. pr. de pecul.* Peculium autem filiifam. hîc profectitium tantum accipimus, *l. 18. in fin. de castr. pec. l. 6. & l. ult. C. de bon. quæ lib.*

Commentarius.

1 *Causa introducendæ actionis de peculio.*
2 *Hanc actionem non in rem, sed in personam esse.*
3 *An actio de peculio, quæ adversus patrem datur, specie differat ab ea, qua tenetur filius.*
4 *Cujus peculii nomine pater ex contractu filii recte conveniatur.*
5 *Actione de peculio non consumi obligationem, qua cum filio aut servo contracta.*
6 *Ex delictis actionem de peculio non dari.*
7 *Causa, ex quibus servus dominum, filius patrem de peculio non obligant.*

Etiam actiones, quæ de peculio ex contractu filiifam. aut servi adversus patrem aut dominum dantur, sunt actiones in personam prætoriæ. Nam jure civili nemo ex alterius contractu obligatur, *l. 1. C. ne ux. pro marit. l. 1. C. ne fil. pro patr. l. pen. C. quod cum eo qui in al. pot.* Sed prætori æquum visum est, ex 1
contractu servi aut filii patrem & dominum, ad quos emolumentum contractus pertinet, saltem hactenus obligari, quatenus causa contrahendi, id est, peculium, filio aut servo concessum pateretur: ne scilicet qui bona fide cum servis & filiis contraherent, quos peculium habere scirent, circumvenirentur. Nam pater & dominus hoc ipso quod peculium filiis & servis concedunt, de eo se tacite obligare videntur, & simul servo & filio etiam jus contrahendi pro modo & quantitate peculii concedere, *argum. l. 1.* §. *item 5. de acquir. poss. l. 1. si à par. quis man.* ut proinde qui cum servo aut filio contrahit, etiam domini & patris personam spectare, & eorum quoque fidem quodammodo sequi videatur. Porro ut hic locus ostendit, actio de peculio non est actio in rem, sed in
personam. Quippe quæ non nascitur ex ullo jure, 2
quod quis in re habet, sed ex obligatione, uti passim legimus

legimus dominum & patrem de peculio obligari. Obligantur autem non ex persona, sed ex persona servorum & filiorum, propter eam causam, quam modo allegavimus. Plane in hoc actio de peculio naturam actionum in rem imitatur, quod peculium ea sequitur, veluti si servus cum peculio alienatus sit, *l. & ancillarum 27. §. 2. de pecul.* actionis enim in personam natura hæc est, ut semper adversus eundem locum habeat, *l. actionum 25. de obl. & act.* Cæterum hoc ideo placuit, quia prætor peculium dominum teneri voluit, & tantum peculio tenus.

Actiones] utitur numero multitudinis, quia tot sunt actiones de peculio, quot sunt rationes contrahendi, ut actio ex empto de peculio, ex vendito de peculio, mandati, commodati, depositi, &c. de peculio.
3 Quæsitum autem est, an actio, quæ de peculio adversus patrem datur, sit diversa ab ea, quæ contra filium competit, ut quemadmodum duo hic sunt debitores, *l. si quis 44. de pecul.* ita & duæ sint distinctæ actiones; an vero una sit eademque actio. Et certum est, numero quidem hasce actiones differre: at non videntur differre specie, sed actio de peculio cum altera illa esse eadem specie actio, novam saltem qualitatem habens. Etenim actio de peculio non est propria aliqua actio, sed alterius actionis, puta mandati, depositi, ex empto, adjectio; prorsus ut actio noxalis non est propria actio, specie distincta ab ea, quæ directo ex delicto competit, sed tantum actionis ex delicto adjectio; quanquam novam habet qualitatem, *vid. inf. tit. 8.*

De peculio] Peculium servi simplex est & unius generis, totum in domini, a quo profectum est, potestate: unde & sine exceptione dominus de peculio tenetur. Peculium vero filiifam. multiplex & non unius naturæ. Genera ejus singula distincte expo-
4 sita sunt *sub tit. 9. lib. 2.* Ex ea autem distinctione intelligere licet, patrem non de omni peculio recte conveniri, sed de profectitio tantum, quod solum totum in potestate habet. Et quidem de castrensi aut quasi castrensi ideo pater non cogitur actionem de peculio pati, quia in hoc genere peculii pater jus nullum habet, sed ipse filius locum ac jus patrisfam. in eo obtinet, *l. ex castrensi 18. in fin. de castr. pecul. l. 30. C. eod. l. 2. de sen. Mac.* De peculio adventitio olim quidem similiter, ut de profectitio in patrem actio competebat: sed postquam Justinianus adventitii peculii proprietatem filio concessit, & pater tantum usufructuarius hujus peculii & legitimus administrator factus est, desiit ex contractu filii de hoc peculio conveniri posse, *l. 6. & l. ult. C. de bon. quæ lib.* multo minus igitur conveniri poterit eo casu, quo filius plenam peculii adventitii proprietatem habet. Costalius post *Bartol. in l. 1. de pecul. Christ. vol. 3. decis. 24. n. 2.*

Adversus patrem & dominum] Ita ut nihilominus salva maneat obligatio, quæ cum filio aut servo contracta est. Quæ res hanc vim habet, ut si cum patre actum sit, adhuc civilis actio contra filium supersit, *l. si quis 44. de pecul.* si cum domino, servus adhuc naturaliter obligatus maneat hoc effectu, ut & fidejussor ejus obligationis accipi possit, & pecunia à manumisso soluta non repetatur, *l. eo tempore 50. §. 2. eod. l. 14. de obl. & act.* Itaque quod dicitur, in *dict. l. si quis,* eum qui cum filiofa. contrahit, duos habere debitores, filium in solidum, & patrem de peculio, idem de eo quoque, qui cum servo contraxit, dici potest, nimirum etiam hunc duos habere debitores, dominum de peculio, servum in solidum: sed hoc interest, quod cum filio etiam agi potest, cum servo non potest: qua de causa Jurisconsultus in *d. l. si quis,* filiifam. tantum meminit. Illud per se planum est, pro eo, quod actor à patre aut domino actione de peculio consecutus est, minui filii & servi obligationem: ut & illud, si filius conventus pecunia alicunde quæsita solverit, etiam patrem liberari. 5

Ex contractu] Additum hoc consulto ad removenda maleficia & quasi maleficia: nam ex delictis causisque pœnalibus actio de peculio non datur, *l. 1. §. si filiusfam. 7. de his qui dejec. l. ex pœnalibus 58. de reg. jur.* Cui non obstat, quod filio ex pœnali causa convento & in certam summam condemnato, pater tenetur actione judicati de peculio. Nam hic pater non convenitur ex delicto filii, sed velut ex contractu. Quippe etiam judicio cum filio contrahitur, sicut stipulatione, *l. 3. §. idem scribit 11. de pecul.* Sed nec ulla alia actione ex delicto filii pater conveniri potest: dominus autem ex delicto servi alia tenetur, nempe actione noxali, *inf. tit. 8.* Cæterum verbo contractus & quasi contractum hic intelligere debemus, puta tutelam, negotia à filiofam. aut servo gesta, quorum nomine etiam de peculio adversus patrem & dominum actio est, *l. ex facto 51. de pecul. l. 14. de neg. gest. l. ex contractibus 49. de obl. & act. l. 1. C. quod cum eo.* Neque hoc novum est, ut quasi contractus absolute contractus vocetur, *l. sed & cum 16. de neg. gest. l. ult. in quib. ca. pign. tac. d. l. ex contractibus, de obl. & act.* Illud obiter notandum, esse quosdam contractus & causas, ex quibus servus & filiusf. dominum aut patrem de peculio non obligant. Dominum placet non teneri ex his quatuor; si servus fidejusserit; si liberum se mentitus judicium susceperit; si compromiserit; si jusjurandum detulerit, *l. 3. §. si filiusfam. 5. & §. si servus 8. cum seq. l. 5. §. 2. de pecul.* Pater autem ex una tantum causa non tenetur, nempe si filius mutuam pecuniam acceperit; idque propter Senatusconsultum Macedonianum, quod vetuit, ex hac causa actionem aut in fili- 6

um aut in patrem dari. De quo pluscula suo loco in *fin. tit. seq.*

Ipso jure] Ipso jure idem hic valet, quod jure civili, uti & in §. *1. inf. de perp. & temp. act. l. 9. §. 1. usufr. quemad. cau. l. 1. §. ultim. de superfic.* Hæc igitur hujus loci sententia est, ideo actionem de peculio ex contractu filiorum & servorum adversus patrem & dominum comparatam à prætore, quia hi non teneantur eo nomine jure civili, & tamen æquum sit teneri eos peculiotenus. Potest & locus sic explicari, ut ipso jure dictum intelligamus pro mera & stricta juris ratione.

Quod veluti patrimonium] Hæc ratio non concludit, nisi factum patris & domini simul respicias, qui peculium, ejusque ceu patrimonii cujusdam administrationem filiis & servis concesserunt.

Condemnari eos] Deducto tamen, quod iis naturaliter debetur, *l. pen. C. quod cum eo, l. 5. §. ult. l. 9. §. 2. & 3. de pecul.* ubi Ulpianus ait, peculium deducto eo, quod domino debetur, computandum esse; quia prævenisse dominus, & cum servo egisse videatur. Item si quid his debetur, qui sunt in ejus potestate. Actionis de peculio apud nos nullus usus est.

TEXTUS.

De actione in factum.

12. ***Item si quis postulante adversario juraverit, deberi sibi pecuniam, quam peteret, neque ei solvatur, justissime accommodat ei talem actionem, per quam non illud quæritur, an ei pecunia debeatur, sed an juraverit.***

COMMENTARIUS.

1 *Qualis sit actio, quæ ex jurejurando datur, nova ne aliqua, an vetus.*
2 *In personam eam esse, quacunque ex causa juratum sit.*
3 *De quo genere jurisjurandi hic tractetur.*
4 *Quam ob causam hæc actio à prætore introducta, cui, adversus quem, quo effectu, detur.*

INter actiones, quæ à prætore proditæ in personam sunt, numeratur hoc loco & actio ex jurejurando. A prætore hanc actionem introductam esse, non constitutam jure civili, apparet ex eo, quod jure civili nulli actio datur, nisi ei, cui quid debetur: nec satis est, in judicio dicere, sibi quid deberi, nisi & is, qui dicit, probet. Non probat autem qui jurat; utique non proprie & vere. Cur autem prætor hic actionem constituerit, paulo post audiemus. In personam est, utpote proficiscens ex conventione, *l. qui jurasse 28. §. ult. de jurejur.* Proinde talis etiam tunc, cum in actione in rem juratum est. Sed quoniam in universum parum liquet, qualis sit hæc actio, (nam & veterem hic actionem dari legimus, *l. si duo 13. §. 3. & seqq. eod. l. 7. §. si petenti 7. de public. in rem act.* & utilem interdum, *l. sed si 11. §. ult. l. quod si 29. de jurejur.* sæpe etiam & passim in factum) diligentius inquirendum est, quid de ea re habendum sit. Ego sic sentio, verbis has actiones distingui; cæterum re ipsa unam tantum esse, eamq; ex solo jurejurando nasci, certe una hac causa & defensione niti, quia juratum est. Porro hanc eandem modo in factum, modo utilem à Consultis vocari, modo sub appellatione veteris actionis intelligi. Dicitur actio in factum, qualis dari solet, cum dedi aut feci quid, ut vicissim dares aut faceres: juravi enim, te deferente, ea lege, ut dares aut faceres, quod peto, *d. l. 11. §. 1. l. 8. C. eod. junct. l. 1. & 2. de præscr. verb.* Dicitur utilis, propterea quod cum conventio hic aperta non sit, non potuit dari ex jurejurando actio præscriptis verbis seu in factum civilis; sed datur in factum prætoria, id est, utilis. Dicitur denique & vetus actio juranti dari, sed verbo magis, quam re; nimirum ob veterem causam, quam initio obtendere ad existimationem actoris nonnihil pertinet. Cæterum revera novæ causæ intentione nititur, quæ non aliunde nascitur, quam ex jurejurando: quapropter etiam in hac solum consistit; cujus proprium est, ut non aliud quæratur, quam an juratum sit, omissa quæstione, an ex priore causa debeatur, *l. 5. §. 2. l. 9. §. 1. de jurejur.* Et hoc est, quod Paulus scribit, in *l. eum qui 30. eod.* hoc judicio, in quo de jurejurando agitur, non principalem causam exerceri, sed jusjurandum actoris conservari. Plane juramentum præstitum non impedit, quominus adhuc vetus actio intentari possit, *d. l. eum qui,* sed nemo, qui sapit, necessitati probandi ultro se subjicit. *Oldend. class. 1. act. 9. in affin. rem. Don. c. 8. ad tit. de jurejur.* Proficiscitur hæc actio ex conventione, *l. sed & si 25. & l. seq. in fin. eod.* cui consequens est, in personam eam esse, non in rem, etiam tunc cum quis in actione in rem juravit, rem, quam petebat, suam esse. Nam cur hic quoque non sit actio in personam, cum sit pariter ex jurejurando, id est, ex conventione, cujus generis actiones omnes in personam sunt, nulla in rem? Neque obstat, quod petitor, qui deferente possessore juravit, rem suam esse, ex hac parte edicti agens, intendit, rem suam esse, ut juravit; quæ intentio est actionis in rem. Nihilominus enim in personam agere intelligitur hoc ipso, quod agit propter jusjurandum: ideoque & hic actio in factum dari dicitur, quæ utique in personam, *l. 11. §. 1. eod.* Denique illud constat, non dari eam adversus

versus quoscunque possessores, ut natura est actionum in rem, sed adversus eum duntaxat, qui jusjurandum detulit, eosve, qui in locum ejus successerunt, *l. 9. §. ult. & l. seq. eod.* & ideo quamvis alii hic utilem in rem dari censent, per *d. l. 11. §. ult.* effectu tamen juris nihil interesse fatentur, in personam, an in rem hic agi dicamus. Donellus existimat,
3 tractari solum hoc loco de jurejurando, quo res transigitur nulla interveniente sententia, & nimirum de jurejurando voluntario, quod judicio nondum cœpto seu ante litem contestatam ex conventione actori defertur. Nam ibi sententia intervenit, actionem ex jurejurando non dari, sed locum esse actioni judicati duntaxat; videlicet cum jusjurandum actori defertur post litem contestatam; sive à reo approbante judice, quod proprie vocatur judiciale; sive à judice in causa dubia, & laborante inopia probationum, etiam reo invito, secundum *l. admonendi 31. de jurejur. l. 3. C. eod.* quod jurisjurandi genus dicitur necessarium. His enim casibus judicem præstito jurejurando, quasi re satis probata, secundum eum sententiam ferre, qui juravit, *l. jusjurandum 34. §. ult. d. l. admonendi eod.* De jurejurando necessario assentior: quippe quod in eum finem, ut inde actio nascatur, non defertur: cæterum judiciale etiam huc pertinere arbitror, atque ex eo quoque actionem dari, licet sententia secuta sit; scilicet præter actionem judicati. Nam non est novum, ut ad idem obtinendum plures actiones dentur. Itaque non obstat *l. 34. §. ult. de jurejur.* & omnino ex judiciali etiam actionem dari, evincitur ex *l. 8. C. de reb. cred. l. 3. pr. & §. 1. l. 9. §. ult. l. 30. §. 3. de jurejur.* Atque in *d. l. 34. §. 7. eod.* petitori, cui relatum est jusjurandum, si jurare recuset, denegatur actio. Ubi de jurejurando judiciali agi, arguit relatio, cui in voluntario non est locus, *l. 17. pr. eod. Osvvald. Hilling. in Don. lib. 24. C. 18. E. Mudæus ad hunc §. n. 3.*

Postulante adversario] Id est, conditione jurandi ab adversario delata. Nam si quis juret, nemine ei jusjurandum deferente, prætor id jusjurandum non tuetur, quasi sibi juraverit. Et alioqui facillimus quisque ad jusjurandum decurrens oneribus probationum se liberaret, *l. 3. de jurejur.*

Juraverit] Aut cum jurare paratus esset, remissum ei fuerit jusjurandum. Nam remissi eadem vis, quæ præstiti, *l. 5. §. ultim. l. 9. §. 1. eod. l. 1. l. 8. Cod. eodem.* Remittit autem, qui deferente se, cum paratus esset adversarius jurare, gratiam ei fecit, contentus voluntate suscepti jurisjurandi, *l. 6. eod.*

4 *Justissime accommodat ei talem actionem*] Justissimum ideo, quia ad religionem jurisjurandi accedit deferentis conventio & consensus, qui dum jusjurandum actori defert, hoc dicere videtur, si actor juraverit, paratum se stare jurijurando, id est, præstare quod petitur. Hinc illa, jusjurandum servari propter religionem & conventionem, *l. sed & si 25. & l. seq. §. ult. eod.* item speciem transactionis continere, *l. 2. eod. id est,* jurejurando negotium quasi transigendo inter litigatores decidi, *l. admonendi 31. eod. l. quod si 21. de dol.* Accedit ad conventionem & utilitas publica, quo scilicet major sit facultas litium expediendarum, *l. 1. eod.* Constituta est igitur actio ei, qui juravit, quid sibi deberi, aut suum esse, adversus eum, qui jusjurandum detulit: & constituta optimo jure. Sicut autem actori juranti actio ex jurejurando jure prætorio competit, ita ex contrario, si actore deferente juraverit reus se nihil debere, datur reo jurisjurandi exceptio: de qua *inf. sub tit. de except. §. 4.*

Sed an juraverit] διὰ τὸ σῶσαι τὴν ὅρκον. Dato igitur jurejurando vel remisso non aliud quæritur, quam, an juratum sit, an parato jurare jusjurandum remissum, insuper habita quæstione, an debeatur; quasi id satis probatum sit jurejurando, *d. l. 5. §. 2. l. 9. §. 1. eod. l. post rem 56. de re judic. l. si quis 11. in fin. C. de jeruj.* ubi ejus rei hæc ratio redditur, ne repetita lite finis negotii alterius causæ fiat exordium. Et omnino qui adversarium jurare patitur, iis omnibus allegationibus renuntiasse intelligitur, quæ ante jusjurandum præstitum objici, jurisque jurandi præstationem impedire aut remorari potuissent. Utique tamen salvæ manent exceptiones omnes, quæ etiam in causa judicati objici potuissent, *l. eum qui 30. §. ult. eod. Ant. Fab. C. suo. eod. tit. defin. 11.* An jusjurandum prætextu aliquo, sive inventionis novorum instrumentorum, sive perjurii, retractari queat, & num pœna aliqua pejeranti legibus civilibus constituta sit, disputare non est hujus loci. Consulantur *DD. in l. 1. l. 2. & l. ult. C. de reb. cred. & jurejur.*

Textus.

De actionibus pœnalibus.

13. *Pœnales quoque actiones prætor pene multas ex sua jurisdictione introduxit: veluti adversus eum, qui quid ex albo ejus corrupisset: & in eum, qui patronum vel parentem in jus vocasset, cum id non impetrasset: item adversus eum, qui vi exemerit eum, qui in jus vocaretur, cujusve dolo alius exemerit: & alias innumerabiles.*

Notæ.

13. Qui quid ex albo] In eum, qui album prætoris jurisdictionis perpetuæ causa propositum cor-

corrupit, judicium populare 50. aureorum datur. In Pand. Flor. legitur *500. aureorum, l. 7. de jurisd.* Prætorum edicta in tabulis dealbatis conscripta proponebantur, ut unicuique legendi potestas esset.

CUM ID NON IMPETRASSET] *l. 4. §. 1. & deinceps, l. 5. cum 3. seqq. de in jus voc.* inque eum quinquaginta quoque aureorum judicium datur, *l. pen. & ult. eod.*

QUI VI EXEMERIT] Adversus hunc datur actio in id, quanti ea res erit ab actore æstimata, *l. 1. l. pen. & pass. ne quis eum, qui in jus voc. &c.*

COMMENTARIUS.

1 *Quale judicium edicto constitutum in eum, qui album corrupit: & quid hoc loco sit album.*

2 *Quid edictum perpetuum, quid temporale: & cur illud corrumpens actione populari teneatur: non item, qui hoc: & utrum pœna fisco applicetur, an litem occupanti.*

3 *Qui in totum, & qui sine venia in jus vocari edicto prohibeantur: qui sine venia vocavit, qua actione teneatur.*

4 *Quæ causa prætorem moverit, ut patronum & parentem nisi venia impetrata vocari noluerit: problematice.*

5 *Mores hodierni circa utramque partem edicti, & circa alteram interpretum extensio.*

6 *Quale judicium constitutum in eum, qui in jus vocatum vi exemerit. Hodie vix huic locum esse.*

7 *Recensentur pleraque alia actiones prætoriæ pœnales.*

HAbuimus exempla quædam prætoriarum in personam actionum, quæ velut ex contractu ac negotio gesto proficiscuntur, reique persecutionem continent. Sequuntur nunc exempla aliquot earum, quæ quidem & ipsæ prætoriæ sunt & personales, sed ex delicto veniunt, & pœnæ persecutionem habent; ut actio de albo corrupto, de patrono aut parente sine venia in jus vocato, de in jus vocato vi exempto.

Pene multas] Pro *pene* videtur legendum *bene*, id est, valde: nam *bene* particula veteribus sæpe est ἐμφατικὴ, ut bene doctus, bene magnus, bene longus. Cicero *lib. 2. de Orat. Habetis sermonem bene longum.* Idem in Rull. *Adolescens non minus bene nummatus, quam capillatus.* Oppius *lib. 5. Cum bene magnam multitudinem telorum injecissent.* Et mox; *cum bene magnam partem muri consumsissent.*

Qui quid ex albo] Exemplum primum actionum
1 pœnalium ex jurisdictione prætoris introductarum, actio albi corrupti. In eum, qui album prætoris corrupit, judicium populare quinquaginta aureorum datur, *l. 7. in pr. de jurisd.* Codex Florentinus & nonnullæ antiquæ editiones habent, *quingentorum aureorum.* Quod D. Cujacio *lib. 10. obs. 10.* & quibusdam aliis magis probatur, propter gravitatem delicti. Quanquam vix est, ut tantæ pecuniæ pœna conveniat judiciis popularibus. Hodie pro arbitrio judicis multari solet. *Bus. ad d. l. 7.* Album hoc loco significat tabulam gypsatam, in qua edictum perscriptum proponebatur palam, ut unicuique legendi potestas esset. Cum autem duplex edictum sit; unum 2
perpetuum, quod per universum prætoris imperium permanet, & in omnibus obtinet causis; alterum temporale & paucorum dierum, quod ad causas singulas & oborta negotia accommodatur; quale est citatorium & peremptorium: *l. ad peremptorium 68. cum ll. seqq. de judic.* sciendum est, pœnale hoc judicium constitutum adversus eos tantum, qui quod jurisdictionis perpetuæ causa propositum est, corruperunt; non in eos, qui quid corrumpunt ex edicto temporali, quod prout res incidit proponitur; *d. l. 7. de jurisd.* Illi auctoritatem magistratus violant, & ideo ipsam quodammodo rempub. civesque universos lædere videtur: unde quoque est, quod hoc casu populare judicium prætor proposuit, id est, unicuique ex populo eo nomine actionem concessit, *d. l. 7.* Hi tantum privatos offendere intelliguntur, nimirum eos solos, quorum gratia edictum propositum erat: & proinde sufficit, hos ipsos injuriam sibi factam privata actione persequi posse. *Dissent. Gomez. hic n. 15.* cujus sententia praxi horum temporum magis convenire videtur. Ait, *corrupisset*, scilicet dolo malo: nam quod quis per imperitiam, rusticitatem, aut casu fecit, ad hoc edictum non pertinet, *d. l. 7. in pr. & §. doli. 4.* Tenetur vero hoc edicto non tantum qui corrupit, sed etiam qui sustulit, aut corrumpi tollive mandavit, *d. l. 7. §. ultim.* Quæritur autem, cum actio ex hoc edicto popularis sit, utrum pœna fisco applicanda, an privato litem occupanti. Sed verius est, litem occupantis lucro eam cedere. Per *l. 12. de verb. sign.* & ita post *DD. comment. Gomez. hic, n. 29. Schneid. n. 28.*

Qui patronum vel parentem in jus vocasset.] 3
Alterum exemplum actionis prætoriæ pœnalis de patrono aut parente sine venia in jus vocato. Quædam personæ sunt, quæ in totum in jus vocari prohibentur; quædam quæ vocari prohibentur sine venia prætoris. In totum vocari prohibentur magistratus, qui imperium habent; item omnes, qui necessaria aliqua occupatione, sive privata, sive publica aut religiosa, distinentur, *l. 2. cum 2. ll. seqq. de in jus voc.* sed hæc prohibitio temporalis est, finitoque magistratu aut negotio expirat. Sine permissu suo prætor

tor vocari prohibet parentum, patronum, patronam, liberos, parentes patroni, patronæ: atque in eum, qui adversus hanc partem edicti fecerit, pœnale judicium quinquaginta aureorum parenti, patrono, &c. constituit, *l.4. cum aliquot seqq. l. pen. & ult. d.tit. l.1.2.*
4 *3.C.eod.* Causam huic edicto dedisse existimant veterem judiciorum Romanorum morem: sic enim jus fuisse olim, ut qui in jus vocabantur, inviti cogerentur ire, alioqui vi adhibita & injecta manu reluctantes in jus trahere liceret: quod filio in patrem, liberto in patronum sine veniæ petitione permittendum non fuerit, ita fere *Duar.1.disput.1. Revard. cap.5. ad l. 12. tabb. Cujac.10. obs.10. Hotom. Don.Vult. ad hunc* §. qui omnes pro certo tradunt, jure Romano veteri vocationem in jus fieri solitam fuisse non tantum sine ullo apparitore præceptove judicis, sed passim etiam licuisse adversario vocatum, ni confestim iret, vocantemque sequeretur, aut satis vel cautum daret, se certo die affuturum, testibus adhibitis ducere, trahere, obtortoque, ut loquuntur, collo in jus rapere. Sunt tamen, quamvis pauci, qui adduci non possunt, ut credant, violentam illam ductionem simpliciter & in quosvis permissam fuisse. Quid enim ajunt, tam alienum à disceptationibus civilibus, quam judiciorum omnium exordium fieri ab impressione & violentia? Nec vero illa, quæ sunt apud Comicos, *In jus ambula*; Item *In jus eamus*; & apud Plinium Paneg. *In jus veni: sequere ad tribunal.* Manus arguere injectionem. Illa quidem arguere, quæ legimus in *Eunucho*; *In jus ducito.* In *Aulularia*, *Ad prætorem te rapiam.* In *Rudent. Rapior obtorto collo.* Item apud Horatium 1. *satyr.* 9. *Rapit in jus.* Sed Horatium aperte loqui de vadimonii desertore: Comicos autem fere agere de lenonibus; quod genus hominum contemptum & vilissimum habebatur. In hujus tantum generis homines, aut ejusdem vilitatis, in desertores vadimonii, aut latitantes, si in publico occurrissent, violentiam istam impune exercere potuisse. Non obstare huic sententiæ edictum, *Ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat.* Nam & eum, qui sequitur, aut sequi paratus est, vi eximi posse, ne eat. Nec verbum *Ducere*, quo utitur Jurisconsultus in *l.5.* §.1. *qui satisd. cog.* hoc enim de volentibus proprie dici; ut in illo Senecæ, *Fata volentem ducunt, nolentem trahunt.* Quod autem parentes & patroni sine permissu prætoris à liberis & libertis in jus vocari vetantur, id non hanc habere rationem, quod vetus in jus vocatio vim adjunctam habuit, vocatusque, si ire recusaret, manu injecta trahi potuit; quod filio & liberto sine venia permittendum non fuerit, propter reverentiam parenti & patrono debitam: sed quia hoc ipso, quod filius patri, libertus patrono diem dicunt, propriaque auctoritate eos in jus ire jubent, contra reverentiam & pietatem faciunt. Et quis denique, ajunt, non indignetur, qui audiat, facinus tam indignum à prætore permitti, ut filius patrem, libertus patronũ manu injecta in jus rapiat? aut quomodo filius aut libertus id citra impietatem petere possunt? His ergo rationibus moti existimant, edictum de in jus vocando pertinere non ad violentam aliquam raptionem, sed ad simplicem vocationem ac denuntiationem; raptionisque violentiam non in quosvis cives, sed tantum in personas viles, & desertores vadimonii exercitam fuisse. Sententia est D. Joan. Vaudi *lib. 2. quæst. 26.* & Bachovii *ad tit. de in jus voc.* eamque juvare videntur textus in *l.11.l.16.l.18. & seq. l.21.d.tit. l.2. §.1. si quis in jus voc. non ier.* ubi Paulus scribit, eum, qui in jus vocatus non ierit, à competente judice multari: & si actoris nihil interest, adversarium suo tempore venisse, pœnam à prætore remitti. In 5
his regionibus ea pars edicti, quæ est de magistratibus in jus non vocandis, non observatur: sed possunt magistratus, omnesque, qui publico aliquo munere funguntur, æque ac quivis privatus in jus vocari, *art. instruct. Cur. Holl. 8.12. & 38. Bus. Mornac. & Autumn. ad l. 2. de in jus voc. Zypæ. not. jur. Belg. eod. vers. magistratus.* Cæterum in causis, quæ ad officium eorum pertinent, ratio citandi nonnihil diversa. De qua vide *Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 1. tit. 3. cap. 4.* Altera vero pars de parentibus sine venia non vocandis etiamnum hodie obtinet, quamvis ex auctoritate & jussu magistratus per apparitores viatoresve vocatio nunc peragatur. Dixi, jussu magistratus: nam etsi apud nos in inferioribus tribunalibus apparitores sive nuntii nullo speciali judicis mandato interveniente, nec libello supplice exhibito, (uti fit in Provinciali & suprema Curia) ad solam petitionem actoris vocationem exequantur: id tamen faciunt, quasi ex tacito & generali magistratus mandato, *Gudelin. lib. 4. de jur. noviss. cap. 5. Merul. d. sect. 1. t. 4. cap. 12. Christin. vol. 2. decis. 154. Perez. C. de in jus voc. n. 3.* Enimvero venia in prima instantia semel impetrata, eam repetere in secunda non est necesse. Interpretes hanc edicti partem etiam ad alias personas extendunt. 1. At parentes spirituales, quos vocant, id est, eos, qui agere volentem de sacro fonte Baptismatis levaverunt. *Alex. Castr. & alii in l. generaliter 13. de in jus voc. Schneid. post Angel. Jas. hic, num. 42. Christin. vol. 2. decis. 90. num. 7.* quod mihi videtur superstitionem sapere. 2. Ad socerum, socrum, vitricum, novercam, qui jure nostro parentem loco sunt genero, nurui, privigno, privignæ. *DD. commun. d. l. generaliter.* Fulgosus tamen & post eum *Alex. de loc.* de vitrico & noverca dissentiunt; & D. Merula *d. sect. 1. tit. 4. cap. 12.* tradit, more nostri fori vitricum & novercam posse sine venia in jus vocari. Videndum an non probanda sit

distin-

distinctio Jasonis *hic n. 75.* inter affinitatem durantem & dissolutam, cum D. Diod. Tuldeno *comm. ad tit. de pœn. tem. litig. infrà cap. 5. 7.* Ad præceptorem, quia & hic discipulo suo parentis loco sit. *Menoch. 2. arb. jud. quæst. ult. Alciat. in l. 1. C. de in jus voc. num. 8.* Verum alii hoc improbant. *Duar. cap. 4. de in jus voc. Jas. hic n. 78. Alex. in d. l. generaliter.* Plerique tamen horum distinguunt inter citationem verbalem & realem, ut in illa veniæ impetratione non sit opus, in hac contra. Sed hoc admisso, præceptorem verbaliter sine venia citari posse, fatendum est, edictum, secundum verum ejus sensum, de quo supra, ad præceptorem non pertinere. Quod si secundum mores hodiernos de reali citatione disputemus, quæ in causis civilibus rarissimè locum habet, & non nisi ad commissionem judicis fieri potest, tanto minus hodie ista distinctione utemur. Considerandum vero, an inter ipsos præceptores non sit admittenda distinctio, separandusque à qualiquali præceptore operam leviter locante is, qui simul & educator, vitæque & morum formator sit, qualem veteres, teste Juvenale *satyr. 7. sancti voluere parentis esse loco. 4.* Ad universitatem & civitatem. Nam ex communi opinione non potest civis cujusque universitatis aut civitatis sine venia in jus vocare universitatem aut civitatem suam: quoniam non minus patriæ suæ quisque, quam parentibus, debet. *Grammat. cons. civ. 40. Viv. opin. 119. lib. 2. Schneid. hic post Ang. Jas. n. 44.* Contrarium tamen censuit aliquando Curia Mechlin. teste Christin. *vol. 2. decis. 90. n. 8.* Postremo sunt, qui nec dominum feudi à vasallo sine permissu judicis impune in jus vocari posse contendunt: inter quos & Merula noster *d. c. 12.* Sed communis opinio contrarium tenet. *Mynf. 4. obs. 92. Gail. de pignor. c. 15. n. 6. D. Praes. Everh. in locis legal. à liberto ad Vasall. in fin. Schneid. hic n. 45. Grot. 2. manuduct. cap. 41. in calce.* Plane, si dominus feudi simul sit & dominus territorii, non poterit à vasallo sine venia vocari, non quia vasallus, sed quia subditus, cui utique dominum eundemque Principem suum in jus vocare sine petitione veniæ licere non debet, *Gail. d. cap. 15. Rol. à Vall. conf. 18. lib. 2. Alciat. ad l. 2. C. de in jus voc. Arnold. de Reyg. in aadit. ad d. observ. Mynf. 92.*

6 *Qui vi exemerit eum*] In eum, qui vocatum in jus vi exemerit, cujusve dolo alius exemerit, pœnale judicium à prætore constitutum est, *l. 1. & pass. ne quis eum, &c.* Pœna autem longe alia est, quam superiorum: nam neque definita est, & admodum magna esse potest. Litis enim æstimationem cogitur exemptor solvere *l. pen. eod.* ubi Jurisconsultus ait, in eum, qui vi exemit, in factum judicium dari; quo non id continetur, quod in veritate est, sed quanti ea res est ab actore æstimata, de qua controversia est. Quod additum est, ut appareat, etiamsi calumniator quis sit, tamen hanc pœnam eum persequi. His autem verbis non significatur, actorem in litem juraturum; sed eam rem æstimaturum, quam petebat: ut exemptor, etiamsi res non deberetur, tamen ejus æstimationem solvat. Hodiernis moribus vix est ut huic judicio sit locus.

Et alias innumerabiles] Ὑπερβολικῶς, pro *multas & varias:* veluti contra eum, per quem factum erit, quo minus quis in jud. sistat; de dejectis vel effusis; de suspensis vel positis; contra nautas, caupones, stabularios; *sup. tit. præc.* contra calumniatores in quadruplum; *§. 25. inf. eod.* item contra mensorem, *ff. si mens. mod. &c.* 7

TEXTUS.

De præjudicialibus actionibus.

14. Præjudiciales actiones, in rem esse videntur: quales sunt, per quas quæritur, an aliquis liber, an libertus sit, vel servus, vel de partu agnoscendo. Ex quibus fere una illa legitimam causam habet, per quam quæritur, an aliquis liber sit: cæteræ ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capiunt.

NOTÆ.

14. Præjudiciales actiones] Præjudicia sive actiones præjudiciales recte definiuntur à Th. formulæ sola intentione constantes, quæ condemnationem non habent. Nihil enim hîc petitur restitui, sed tantum ut talis declaretur actor, qualem se esse contendit.

Una legitimam causam] Utpote quæ ex lege 12. tabb. descendit, *l. 2. §. 24. de orig. jur.*

Caeterae ex ipsius praetoris] De partu tamen agnoscendo quædam cauta sunt SCtis. *l. 1. l. 3. §. 1. de lib. agnosc.*

Commentarius.

1 *Præjudicialium actionum definitio: earum genera & unde sic appellentur.*
2 *Cur actionibus in rem annumerentur.*
3 *De libertate inter quos agatur.*
4 *Inter quos vertatur quæstio de ingenuitate.*
5 *Actio de partu agnoscendo, cui adversum quem quo effectu detur.*
6 *Actio de jure familia inter patrem & filium.*
7 *Quid hac differat ab illa de parte agnoscendo.*

Duo-

Duobus generibus actionum constitutis, uno in rem, altero in personam, eorumque causis, quantum instituto convenire visum est, expositis occurrit Imperator tacitæ objectioni, qua effici videtur deesse aliquid superiori divisioni, ac proinde eam vitiosam esse. Objici enim potest, actiones præjudiciales utique etiam actiones esse, uti nominantur: has autem actiones divisione ista non contineri; quippe quæ neque in personam, neque in rem esse videantur. Non esse in personam, ex eo apparere, quia non dantur adversus eum, qui nobis obligatus est ad dandum aliquid vel faciendum; quod est proprium actionum in personam, *l. actionum 25. de oblig. & act.* Non in rem, ex eo, quia actione in rem id agitur, ut res nostra, quæ ab alio possidetur, nobis restituatur: nullam vero hujusmodi restitutionem peti aut fieri in actionibus præjudicialibus. Imperfectam igitur esse divisionem, quæ hoc genus actionum non complectatur. Hanc objectionem Justinianus tacitè hic removet, docens, etiam actiones præjudiciales ad superiorem divisionem pertinere; & nimirum eas videri esse actiones in rem: quam rectè, videbimus inferius.
1 Præjudiciales actiones sunt, quibus inter aliquos agitur de alterutrius statu, dum aut unus alterius statum oppugnans in eo aliquid juris sibi vendicat; aut alter adversus alterius oppugnationem statum suum sibi defendit. Omnis autem de statu controversia aut est de libertate, aut de ingenuitate, aut de jure familiæ: unde totidem quoque actionum præjudicialium genera: unum de libertate, in quo quæritur, utrum quis liber sit, an servus: alterum de ingenuitate, in quo quæritur, utrum quis libertus sit, an ingenuus; tertium jure familiæ, in quo quæritur, utrum quis sit filius, an non sit: quæ genera etiam hic proposita sunt. Dicuntur hæ actiones præjudiciales, & uno verbo præjudicia, *l. quoties 18. de prob. l. ult. si ingen. ess. dic. l. 3. §. 2. de agn. lib. l. 1 §. 2. de rei vind. l. actionis 37. de obl. & act.* ducto nomine non ex eo, quod aliis causis præjudicium quandoque adferant, aut quia harum judicium præcedere debeat: hoc enim commune est cum aliis multis actionibus, quæ tamen non dicuntur præjudiciales, uti videre est in *l. Papinianus 8 §. pen. de inoff. test. l. per minorem 54. de judic. l. fundum 16. l. fundi. 18. l. rei 21. de except. l. 5. in fin. de hared. petit. l. ult. C. eod.* sed ex fine harum actionum proprio, quia etiam præjudicii aliis rebus faciendi causa ex professo instituuntur, atque ut instituuntur, ita & fine exceptione omnibus faciunt, etiam inter alias personas, inter quas postea de eodem statu quæstio inciderit, *l. antepen. de stat. hom.* quamvis aliàs res inter alios judicata aliis non noceat. Exempla habemus in *l. 1. §. ult. l. 2. l. 3. pr. de agnosc. lib.* In his actionibus uterque & actor & reus esse potest: cæterum is actoris partes sustinet, eique incumbit probatio, qui ad judicium provocavit, *l. generaliter. 12. de except. l. circa 14. de probat.*

In rem esse videntur] Actiones præjudiciales ex parte excellentiore non malè in rem esse dicuntur: quoniam his omnibus qui agit, aliquid suum vindicat & asserit; dominus servum suum in servitutem; servus libertatem; patronus jus patroni; libertus ingenuitatem; pater jus patris; filius jus filii. Sed non per omnia in rem sunt, ut illæ, quæ propriè ita dicuntur: & ideo ait, *videntur.* Nam ex duobus finibus, cæteris propositis, priorem tantum præ se ferunt; nempe ut talis declaretur actor, qualem se esse contendit. Nulla hic petitur restitutio, cujus condemnatio sequatur, ut fit in actionibus in rem propriè sic dictis, *l. 9. l. qui restitere. 68. de rei vind.* quod etiam intellexit Theophilus, cum præjudicium dicit esse formulam sola intentione constantem, quæ condemnationem non habeat. Cæterum statu adversarii sententia judicis semel constituto, actor præjudicium paratum habet, quo consequatur commoda, quæ ex statu nascuntur tribuunturq; domino, patrono, patri, filio: quæ commoda qualia sint, satis notum est. D. Herm. Vultejus *hic & discept. scholast. 3.* contendit, præjudiciales actiones, contra quam hic scriptum est, in personam esse, non in rem: sed argumentis parum solidis, & quæ vel mediocriter in jure versati facile confutare poterunt: qui volet, adeat D. Bachov. *in Treutl. vol. 2. disp. 26. thes. 4.* ubi ex professo Vultejum refellit. 2

An aliquis liber] Prima præjudicialis actio de libertate, quæ eadem & causa liberalis, & liberale judicium dicitur, *tit. ff. & C. de lib. caus.* De libertate agitur inter duos, quorum unus eum, cum quo agit, servum suum esse dicit; alter contra servum se esse negans, liberum se esse contendit. In domino ultro agente actionem agnoscas confessoriæ similem; in servo in libertatem proclamante similem negatoriæ, *l. 7. §. ult. l. 10. de lib. caus.* 3

An libertus sit] Secunda actio præjudicialis, in qua quæstio ingenuitatis vertitur. De ingenuitate agitur inter eos, quorum unus alterum libertum suum esse dicit, seque ei patronum esse: alter se ejus libertum esse negat, seque aut ingenuum plane esse, aut ab eo, cum quo agitur, ingenuum esse contendit. Prior jus patronatus sibi vendicat actione velut confessoria; alter ingenuitatem negativa: atque alterutro agente præjudicium redditur, *l. circa. 14. l. quoties 18. de probat. l. ult. si ingen. esse dic.* Quæsitum est, an contra vasallos nostri temporis, qui nolunt dominum recognoscere, utile hoc præjudicium detur. Negant *10. Fab. Zas. Schneid. hic n. 20. & DD. comm.* Alio autem pacto domino consuli ajunt; 4

junt; quippe qui feudum, tanquam commissum, auferre potest.

De partu agnoscendo] Tertia præjudicialis, in qua
5 quæritur de jure familiæ, non utique quolibet, sed de jure filii. Hujus generis duæ sunt species: una, quæ hic proponitur, de partu agnoscendo; qua agitur inter uxorem & maritum de partu mulieris agnoscendo pro partu legitimo, & eo, qui sit ex marito; quod cum quæritur, vi ipsa hoc quæritur, an partus sit filius & in potestate: altera, qua agitur in patrem & filium; in qua & ipsa idem illud quæritur, & apertè, an quis sit filius & in potestate, nec ne. De partu agnoscendo datur mulieri soluto matrimonio, contendenti partum legitimum esse editumque ex eo, qui maritus fuit, adversus maritum partus controversiam facientem, sive quod neget uxorem suam fuisse, sive quod ex se prægnantem, *l. 1. §. quemadmodum 11. de agn. & alend. lib.* Itaque in hac controversia intendit mulier, se & uxorem, puta Lucii Titii, fuisse, & ex eo prægnantem: petit, ut ita pronuntietur, quo & maritus partum pro suo agnoscat, agnitum pro justo filio habere atque alere cogatur, *d. l. 1. §. pen. & ult.* Competit autem hæc de partu actio, sive post divortium partus edatur, sive constante adhuc matrimonio editus sit, *l. 3. §. 1. d. tit.* Sed etsi edatur post mortem mariti, de agnoscendo eo cum avo agi potest, *d. l. 3. §. 2.* Illud hic sciendum est, permitti mulieri, intra triginta dies post divortium denuntiare marito se ex illo prægnantem esse, *d. l. 1. §. 1.* qui si nec ipse, nec alius ejus nomine, responderit, non esse ex se prægnantem, etiam sine judicio partum agnoscere, & pro suo alere cogitur: quanquam non ideo partus illi filius & suus hæres efficitur, *d. l. 1. §. pœna. 4. & §. antepen.* Quæ res facit, ut de eo judicio possit experiri,
6 non quidem cum matre, sed cum filio. Altera ejusdem generis actio est, qua agitur inter duos, quorum unus se patrem dicit, alter negat: aut contra, unus se patrem negat, alter eum esse contendit. Pater si filium suum esse dicit, qui se filium ejus esse neget, agit præjudicio cum filio, ut is filius suus pronuntietur: quod præjudicium intelligit Ulpianus *l. 1. §. 2. de rei vind.* Vice versa, si quis pro filio non agnoscitur, qui se filium dicit, huic præjudicialis actio est adversus patrem, qua petat, ut talis pronuntietur, & pro tali agnoscatur: quæ actio etiam matri pro filio datur, *l. 3. §. 1. de agnosc. & alend. lib.* Sed & neganti aliquem filium suum esse aliquando actione opus est, ut id ita esse declaretur; vel uti cum partus ex uxore editus est, & cum illa denuntiasset se esse prægnantem, maritus non negavit. Hic enim etsi in re dubia partus pro filio habetur & alendus est, tamen non ideo filius efficitur & suus hæres, quod facit sententia pro partu lata, *d. l. 1. §. ult. de agnosc. & alend. lib.* sed veritati adhuc locus superest; & postquam verè constiterit filium non esse, cessat exinde alendi necessitas, *d. l. 1. §. Julianus 12. & §. antepen.* Dubium vero non est, quin hic neganti actio in eam rem detur: & quæ datur, ipsa itidem sit præjudicialis, utpote quæ omnia habeat, quæ præjudicii propria esse diximus. Et ex diverso si quis pro filio habitus neget se filium esse, non est dubitandum, quin similiter illi actio in eam rem danda sit, sicut ei datur, qui se negat esse patrem, ne ea quæ sunt filii, præstare cogatur. Ex his intelligi potest, longè diver- 7
sam esse hanc actionem à priore illa de partu agnoscendo. Nam hic inter patrem & filium controversia est; illic inter uxorem & maritum. Illa de partu soli matri adversus maritum datur, non marito adversus matrem. Hæc tam filio adversus patrem, quam patri adversus filium. Illa datur matri solum affirmanti partum justum esse, & mariti filium, neganti non item. Hæc sic patri datur adversus filium, ut detur & affirmanti filium suum esse eum, cum quo agitur, & contra etiam neganti: atque ex contrario filio quoque in utramque partem datur. Denique in hac non quæritur, an quis sit filius ex causa justi partus, sed ex quavis causa, qua quis jure civili justus filius efficitur. Hoc præjudicium utiliter etiam fratribus aliisque cognatis dari, ut quis frater vel cognatus, vel de nobili familia pronuntietur, & consequenter nomen, arma & insignia familiæ ferre; feudaque & alias successiones sperare possit, cum *Bart. Spec. Jas. Zas.* concludit *Schneid. hic n. 34.* Duo priora nobis incognita sunt, quia servos aut libertos non habemus.

Una legitimam causam habet] Ex præjudicialibus actionibus una illa, quæ liberalem causam continet, civilis est legitima; utpote quæ ex lege 12. tabularum haud dubie descendit, quamvis nonnulla etiam à prætore circa hoc judicium constituta sunt, ut patet ex inscriptionibus responsorum sub *tit. de lib. caus.* reliquæ ex jurisdictione prætoris veniunt: quædam tamen circa actionem de partu agnoscendo cauta sunt Senatusconsultis, *l. 1. l. 3. §. 1. de agnosc. lib.*

TEXTUS.

An res sua condici possit.

14. ***Sic itaque discretis actionibus, certum est, non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere,*** Si paret, eum dare oportere. ***Nec enim quod actoris est, id ei dari oportet: scilicet quia dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut ejus fiat: nec res quæ jam actoris est, magis e-***

jus

jus fieri potest. Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut extra pœnam dupli aut quadrupli, rei recipiendæ nomine fures etiam hac actione teneantur, Si appareat eos dare oportere: *quamvis si adversus eos etiam hæc in rem actio, per quam rem suam quis esse petit.*

COMMENTARIUS.

1 *Vix esse, ut hodie perperam agere dicatur, qui rem suam sibi dari petit.*

2 *Difficile expeditu esse, quomodo furi res condici possit, seu cum eo sic agi, ut intendamus, eum rem nostram nobis dare debere.*

3 *Condictionem furtivam etiam in commodum domini introductam: & in quo istud commodum consistat.*

CONfirmata divisione actionum in rem & in personam, aliquid subjicit, quod ad vim divisionis pertinet; certè olim pertinuit, cum adhuc formulæ in usu essent. Didicimus, actione in rem sic quemque experiri, ut dicat, rem, quæ ab alio possidetur, suam esse; actione in personam ita, ut dicat, adversarium dare aut facere oportere, §.1. *sup. eod.* quanquam quædam actiones personales sunt, quibus hæc formula propriè non conveniat, seu in quibus propriè nec dari nec fieri intendatur. Ex hac autem formularum oppositione infert, non posse eum, qui rem suam ab aliquo petit, hac intentione uti, *Ajo, te mihi dare oportere:* propterea quod verbum *dare*, cujus alias latior significatio est, in hac formula significet, dominium transferre: & dari demum id intelligatur, quod ita datur, ut ejus, cui datur, fiat: quod autem alicujus est, id amplius ejus fieri non posse, §. *sed si rem 10. sup. de legat.* quo etiam pertinet, quod alibi traditur, licet ex pluribus causis idem nobis deberi possit, tamen ex pluribus causis idem non posse nostrum esse, *l. 14. §. 2. de exc. rei jud. l. non uti 59. de reg. jur.* Sic item in stipulationibus verbum dandi strictè accipitur, *l. ubi autem 75. §. ult. de verb. oblig.* indeque est, quod nemo rem suam sibi dari utiliter stipulatur, *l. nemo 82. d. tit.* §. 2. *sup. de inut.*
1 *stip.* Cæterum hodie vix est, ut perperam agere dici possit, qui rem suam sibi dari petit, postquam formulis sublatis visum est sufficere, actionem, modo aptam rei & negotio congruentem, verbis quibusvis commodis, & id, quod intenditur, utcumque exprimentibus, concipere, *l. un. C. de form. & imp. subl.* maximè cum apud omnes auctores Latinos dare etiam pro restituere & tradere usurpetur. Et bene observavit D. Hotoman. id quod hic Justinianus tradit, ita in actione in rem formulam judicii concipi non posse, *Si paret, Lucium Titium dare oportere*, ad illorum temporum rationem referendum esse, quo formulæ adhuc in usu fuerunt, utpote descriptum ex commentariis veteris alicuius Jurisconsulti, *add. Prasi. Everhard. cons. 47. n. 6. Greg. Tholosan. 43. syntagm. cap. 2. D. Tulden. C. de form. & impetr. num. 2. Christin. Vol. 2. decis. 146. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 1. cap. 2.* ubi tradit, libellos sive conclusiones nunc formari secundum morem & stylum cujusque curiæ aut fori, ubi lis est: secus conceptas ab auditoribus explodi, & à judice rejici solere. Formulæ conclusionum, apud nos usitatæ, in manibus omnium versantur, bonamque earum partem congessit *D. Merula d. tit. c. 2.* Plures auctor libri, cui titulus, *het nieu verbeterde ende vermeerderde Papegay.*

Plane odio furum] Exceptio superioris regulæ. Una in causa receptum est contra superiorem definitionem, ut quis rem suam ab aliquo petens hac formula judicii experiri possit, *si paret, eum dare oportere;* nempe in re furtiva adversus furem, *l. 1. & passim de cond. furt.* Ulp. *l. ult. in fin. usufr. qu. cau.* breviter regulam cum exceptione sic expressit; *nemo rem suam ipsi furi condicere potest.* Cur hoc in causa furtiva contra regulam receptum sit, docet hic Justinianus, nimirum propter odium furum, ut pluribus actionibus tenerentur. Illud autem vix est, ut expediri queat, quomodo furi res 2
condici potest, id est, sic cum fure agi, ut intendamus, eum, quod nostrum est, dare nobis oportere? Utique eo sensu, quo verbum dare in formula proposita accipitur, nempe pro dominium transferre: fieri enim non magis hic potest, ut quod meum est, mihi detur & amplius meum fiat, aut ut dare vel dominium transferre possit, qui dominium non habet, quam si res condicatur alii & ex alia causa. Quomodo igitur fur, qui dominus non est, domino, cui soli condictionem furtivam competere constat, *l. 1. de cond. furt*, rem dare poterit? Quod si hoc impossibile est, uti profecto est, absurdissimum videtur, quod hic traditur, furem sic conveniri posse, ut dare jubeatur, & dominium rei, quod non habet, transferre in actorem, eundemque rei petitæ dominum. Nodus hic indissolubilis est, nisi dicamus, in cæteris condictionibus verbum dandi proprie & stricte acceptum, eoque intellectam tantum dominii translationem; in condictione autem furtiva idem verbum laxius & improprie sumptum, ut eo vi ipsa significaretur rei restitutio: quod & gloss. hic innuit, & facit *l. scire 29. §. 1. de verb. obl.* Cæteroquin non video, quæ ratio

dari

dari possit, cur ex causa furtiva placeat eum rectè agere, qui rem suam sibi dari intendit; ex cæteris autem causis ita perperam agi. Plane furi non tantum ex causa furtiva, sed & ex aliis quoque causis res condici potest: quod interpretes vulgo sic exprimunt, ut dicant, condictiones omnes contra furem degenerare, *fac. l. ult. in fin. usufr. qu. cau. l. si urbana 55. in fin. de cond. indeb. junct. l. 15. §. 1. eod. l. si procuratori 14. in fin. de cond. caus. dat. l. 6. §. pen. l. rerum 25. de act. rer. amot. Gomes. hic n. 28. post Accurs. Jo. Fab. Ange. Jas.* In eadem causa cum furibus sunt & raptores cæterique violenti possessores: nam & ei, qui vi aliquem de fundo dejecit, fundus condici à domino potest, *l. 1. in fin. cum l. seq. de cond. trit. & 16. Donell.*

Quo magis pluribus actionibus] In hoc cernitur odium furum. Nam ut actori commodum est, plures habere actiones, ita incommodum reo pluribus actionibus conveniri posse, maximè si quarundam vi & potestate fortius & efficacius teneatur. Itaque etsi adversus furem præter actionem furti pœnalem esset & in rem actio, per quam dominus rem sibi surreptam à possidente vindicari poterat intendendo rem suam esse: placuit tamen, adhuc aliam eamque commodiorem ac pleniorem adversus furem ejusque hæredem domino dari, qua quidem & ipsa rem persequeretur, sed eam condicendo, id est, intendendo eam sibi dari oportere; quæ actio veteribus dicta est condictio furtiva, §. *ult. sup. de oblig. quæ ex del. l. 1. & tot. tit. de cond. furt.* Commodum condictionis duplex. Primum in eo, quod etsi tam condictio hæc, quam rei vindicatio soli domino datur, tamen hoc interest, quod in vindicatione is, qui agit, probare debet se dominum esse; in condictione satis est, si se dominum esse dicat. Neque enim furi permittendum, ut referat quæstionem dominii. Sed & absurdum esset, ab eo, qui intendit, rem sibi dari oportere, quod facit, qui condictione experitur, probationem dominii exigere. Quod autem soli domino condictio dari dicitur, id non alio pertinet, quam ut excludantur ii, quibus furti actio competit ob hoc solum, quod eorum interest, furtum factum non esse: in quo numero sunt commodatarius, conductor, creditor pigneratitius, §. *furti 13. cum seqq. sup. de obl. quæ ex del.* Alterum positum in eo, quod rei vindicatio non nisi adversus possessorem eumve, qui dolo malo possidere desiit, detur; condictio autem furtiva adversus furem competat, etiamsi non possideat, nec dolo desierit possidere, §. *ult. sup. d. tit.* quamvis enim furtum sine dolo non committitur, potest tamen possessio rei furtivæ sine dolo, imo & sine culpa furis, amitti. Hinc porro est, quod condictio etiam re perempta locum habeat, nec rei interitu fur liberetur, *l. 8. l. ult. de cond. furt. l. 2. C. eod. & ibi post Bart. Baldum, Salicetum, Don. num. 19. Tulden. ad d. tit. C. num. 5. Christin. Vol. 3. decis. 12. num. 2.* Nimirum ut ajunt Jurisconsulti in *d. l. 8. §. 1. & d. l. ult. de cond. furt.* fur perpetuo moram facere intelligitur: moræ autem hæc vis est, ut obligationem perpetuet, id est, efficiat ut debitor perinde perpetuo teneatur, atque si res adhuc extaret, *l. 8. de reb. cred. l. si servum 91. §. sequitur 3. de verb. oblig.* Idem vero effectus moræ non est adversus possessorem, sed qui rem sine dolo possidere desiit, ut maximè ei possit objici culpa, quod monitus aliquando rem non restituerit, vindicatione non tenetur, *l. qui petitorio 36. de rei vind.* Plane mora judicialis etiam in vindicatione possessori nocet, puta si res possessa post litem contestatam periit, sed ita si petitor rem acceptam distracturus fuerat, *l. item si 15. §. ult. d. tit.* alioqui placet etiam eum, qui post litem contestatam possessionem sine dolo aut culpa amisit, absolvendum esse, *l. sin autem 27. §. 1. eod.* vide quæ nos *supr. ad §. 2. hujus tit.* Porro ex prædictis apparet condictionem furtivam non magis in odium furis, quam in favorem domini introductam esse.

TEXTUS.

De nominibus actionum.

15. Appellamus autem in rem quidem actiones, vindicationes: in personam vero actiones, quibus dare aut facere oportere intenditur, condictiones. Condicere enim est denuntiare, prisca lingua. Nunc vero abusivè dicimus, condictionem, actionem in personam esse, qua actor intendit dari sibi oportere. Nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit.

NOTÆ.

CONDICTIONES] Quædam tamen actiones in personam hoc nomen sibi velut proprium fecerunt, *l. 36. hoc tit.* ut condictio certi, indebiti, sine causa, ob causam dati, triticiaria, ex lege, &c.

CONDICERE EST DENUNTIARE] Donat. *ad Pherm. act. 1. scen. 2.* Festus, *Condictio in diem certum est ejus rei, qua agitur, denuntiatio.* Significat autem denuntiationem mutuam, seu utriusque litigantium: Condicere enim est simul dicere, & diem in commune dicere, quo in judicium veniatur.

COMMENTARIUS.

1 *Vindicare quid, lis vindiciarum: vindiciæ, & alia.*

2 *Quid*

2 *Quid veteribus sit condicere, & cur inde actio in personam dicta condictio.*

3 *Pro veteri condictione quid postea institutum, & quid hodie.*

HActenus in superiore divisione actionum in rem & in personam de re ipsa dixit, quæ his generibus continetur. Nunc admonet de nominibus ipsorum generum, ut si quando nomina in libris juris occurrent, ut passim, sciamus quæ species ex superioribus significetur, ad quas deinde jus de singulis ante traditum accommodemus. *Appellamus*, inquit, *in rem actiones vindicationes, in personam vero condictiones.* Eadem sententia Ulpianus in *l. actionum 25. de obl. & act. actionum*, inquit, *duo genera sunt, in rem, quæ dicitur vindicatio, & in personam, quæ condictio appellatur.* Pertinet vero hoc ex æquo ad omnes utriusque generis species. Neque enim solum actio, qua rem dominii nostri petimus, vindicatio dicitur; sed etiam illæ, quibus cætera in rem jura, veluti usumfructum, servitutes, pignora, persequimur, *l. 1. & passim si ususfr. pet. & tit. si serv. vind. l. ult. de pign. act. l. si fundus 16. §. in vindicatione de pign.* Et contra omnis in personam actio condictio dicitur: quanquam nonnullæ hujus generis hoc nomen sibi velut proprium fecerunt, *l. cessat. 36. de obl. & act.* ut condictio certi, indebiti, sine causa, ob causam dati, ex lege, &c.

Vindicationes] De origine hujus nominis non constat. Probabile quidem multis videtur, quod Hotoman. existimat, *vindico* verbum esse compositum à vim & dico, quemadmodum *judico*, auctore Varrone *lib. 4. de ling. lat.* concretum ex jus & dico: nam olim in vindicationibus manus conseri & vim quandam adhiberi solitam, quam Cicero in *Orat. pro Cæcin.* quotidianam, A. Gell. *lib. 20. noct. 10.* festucariam appellat, quia festuca fieri solebat. Cæterum non sine causa de eo ambigitur, propter vindictæ verbum, quo etiam ultio significatur, & maximè, quia non vim dicere, sed vim facere dicimur. Sed non est, quod de ratione nominis laboremus, cum de significatione constet. Vindicare enim rem aliquam nihil aliud est,
1 quam aliquid sibi asserere & suum esse dicere, sive id dominium sit aut aliud jus, sive possessio, quam in re habemus, & nobis defendimus. Et cum olim mutuæ essent vindicationes, *vid. sup. §. 1. sub fin.* necessario eveniebat, ut in omni controversia proprietatis simul ipsa quoque possessio dubia & controversa efficeretur, ac proinde priusquam judicium perageretur & principalis quæstio de proprietate terminaretur, sententia ferenda esset super possessione. Quæ controversia dicebatur lis *vindiciarum*, & uno verbo *vindiciæ*, à vindicando, & numero quoque singulari *vindicia*, auctore Servio Sulpitio apud Fest. in voce *vindiciæ*, ubi Festus ait, Servium dixisse, *vindiciam esse, cum de aliqua re controversia est, ab eo, quod vindicatur.* Fiebant autem vindiciæ correptione manus, & quidem ex duodecim tabulis in re atque loco præsenti apud prætorem; postea autem in agrorum controversiis in gleba ex agro, de quo litigabatur, in jus allata; in qua Gellius *20. noct. 10.* scribit litigantes tanquam in toto agro vindicare solitos fuisse. Hinc vero apparet, litem vindiciarum non pertinuisse tantummodo ad quæstionem de momentanea possessione, quam nunc vulgo recredentiam vocant, licet id pro certo tradunt DD. Budæus & Hotomannus; sed eo verbo veteres significasse controversiam de toto negotio, seu de possessione simul & proprietate. Quod etiam evidenter ostendit locus Asconii in *orat. 3. Verrin.* quem ideo adscripsi. *Lis vindiciarum est*, inquit ibi Asconius, *cum litigatur de ea re apud prætorem, cujus incertum est quis debeat esse possessor. Et ideo qui eam tenet, satisdat pro præda litis vindiciarum adversario suo, quo illi satisfaciat, nihil se deterius in possessione facturum, de qua jurgium est. Rursus sponsione ipse provocatur ab adversario certæ pecuniæ aut æstimationis, quam amittat, nisi sua sit hæreditas, de qua contendit.* Putaverunt, verbo vindiciæ, significari ipsam possessionem. Quod ego, uti à verbi proprietate nimis alienum est, ita falsum esse arbitror. Neque illa, quæ apud Livium & alios legimus, *postulare vindicias, dare vindicias*, hoc probant. Nam postulare vindicias ille dicitur, qui petit, ut secundum se vindiciæ dicantur; dare, qui in lite vindiciarum secundum aut contra aliquem pronuntiat: quemadmodum litem dare secundum aut contra aliquem dicimus, pro secundum aut contra aliquem judicare. Denique dicere possessionem, non dicitur, sed bene, dicere vindicias, locutione scilicet figurata, pro dicere sententiam in lite vindiciarum. Sane veteres etiam res ipsas de quibus controversia erat, & glebas quoque, quæ ex agro sumptæ in jus afferebant, nonnunquam vindicias appellant, sed per metonymiam subjecti. Nam in re controversa fiebant vindiciæ, & in glebis tanquam in agro vindicabatur, ut ex Gellio jam audivimus: qui hoc ipso simul nos docet, quid propriè sit vendicare, nimirum rem aliquam sibi asserere & suam esse dicere. Hodie constat, vindicationes dici actiones in rem de proprietate, omnique jure, quod quis in re habet: de quibus jam antea explicatum est.

Condicere est denuntiare] Quod Justinianus hic ait, condicere, prisca lingua esse denuntiare, id etiam Festus in ea voce notat. *Condicere*, inquit, *est dicendo denuntiare: & condictio est ejus rei, quæ agitur, denuntiatio.* Donat. in illud *Phorm. act. 1. scen. 2. & tibi scribam dicam: à denuntiatione*, inquit, *in personam: ne diceret, non mihi denuntiasti.* 2

sti. Theophilus tradit, priscis temporibus moris fuisse, ut is, qui cum aliquo litem habebat, adversario suo denuntiaret, ut hoc vel illo die ad judicium accipiendum & litem persequendam adesset. Sed ex his nondum intelligitur, quid veteribus sit condicere, multoque minus, quam rationem habeat, quod inde actio in personam dicta sit condictio. Itaque sciendum est, verbo condicere non significari unius actoris denuntiationem, sed denuntiationem mutuam & utriusque litigantium. Nam condicere valet, simul dicere, & diem in commune dicere, quo in judicium veniatur, ut Festus quoq; hoc verbum interpretatur: & hinc idem verbum translatum etiam ad alia, quæ communi & mutua denuntiatione certi temporis & loci inter aliquos dicuntur, statuunturque ut fiant: ut condicere cœnam, pro denuntiare alicui ut adsit: & vice versa denuntiare & promittere te adfuturum. Cic. ad Lentul. *Crassus cum mihi condixisset cœnam, cœnavit apud me in mei generi Crassipedis hortis.* Sueton. in Tib. *Sexto Claudio libidinoso ac prodigo seni cœnam ea lege condixit, ne quid ex consvetudine immutaret aut demeret.* Ita autem moris olim fuit, ut qui litem vellet intendere, is adversario suo denuntiaret, ut in jus veniret: qui aut ire, aut sponsorem dare compellebatur, fore, ut constituto die se judicio sisteret: quæ res vadatio dicebatur, & ante litem contestatam fiebat. Constituto deinde à Prætore judicio, diem committendi judicii simul dicebant, id est, communi consensu constituebant invicem denuntiando; actor denuntiando reo, quo die vellet eum in judicium venire; reus denuntiando actori se eo die affuturum: idque uno verbo dicebant diem condicere; & hinc condictio, mutua illa denuntiatio. Quia vero ad hanc rem ferè tertium sive perendinum diem sumere solebant, inde natum nomen comperendinationis. Nemo hoc planius exponit Asconio, qui *Verrina 2.* sic scribit: *Comperendinatio est ab utrisque litigatoribus invicem sibi denuntiatio in perendinum diem. Nam cum in rem aliquam agerent litigatores, & pœna se sacramenti peterent, poscebant judicem, qui dabatur post tertium diem: quo dato, deinde inter se in perendinum diem, ut ad judicium venirent, renuntiabant.* Atenim cum hæc sive condictio sive denuntiatio, sive comperendinatio omnibus in judiciis fieri soleret, sive in rem, sive in personam ageretur, quæ causa est, quod sola actio in personam nomine condictionis designata sit? Credibile omnino est, cum ex duabus istis actionum speciebus una certum & proprium nomen invenisset, alteram quia proprio carebat, nomine generis appellatam, more loquendi communi & juris auctoribus maximè usitato. Itaque cum actio in rem speciale & proprium haberet nomen vindiciarum sive vindicationis, actioni in personam nomen utriusque judicii commune relictum fuisse. Prolixius hæc exequitur D. Hotomannus.

Nunc vero abusive dicimus condictionem] Rectè *abusivè*: quia non est in re, quod verbo significatur. Abusus autem hac ratione defenditur, quod primo actio in personam ejusmodi condictionem habuit, à qua proficisceretur. Re sublata mansit nomen, quod initio actioni fuerat; quemadmodum & in aliis plerisque rebus priscis adhuc appellationibus utimur, quantumvis usu rei exoleto.

Nulla hoc tempore denuntiatio] Justiniani ætate vetus illa condictio & solennis illa ad judicium denuntiatio obsoleverat. Sustulere eam Impp. Arcadius, Honorius & Theodosius; quorum constitutio extat in *l. si quis 6. Theod. de denunc. vel edict. rescript.* Novella autem Justiniani lege certum tempus hanc in rem constitutum: oblato enim libello citatorio viginti dierum inducias reo indulgeri voluit, ut secum interim deliberet, cedere, an contendere malit, *auth. offeratur. C. de lit. contest.* Nos hoc jure nunc utimur, ut executor vocato diem dicat, & moderatum tempus ad deliberandum concedat, prout res, persona vocati, locus, cæteræque circumstantiæ desiderare videntur. *D. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 1. tit. 4. c. 14. Gail. 1. obs. 74. n. 16. & seqq. Gudelin. lib. 4. de jur. nov. c. 5.*

TEXTUS.

Divisio secunda.

16. Sequens illa divisio est, quod quædam actiones rei persequendæ gratia comparatæ sunt, quædam pœnæ persequendæ, quædam mistæ sunt.

COMMENTARIUS.

1 *Quid hic vocetur rei persecutio, quid pœna; & usus hujus divisionis.*

PRoponitur hic alia actionum divisio sumpta ab objecto; quippe quæ docet, quid quaque actione petatur. Divisio hæc est, quod quædam actiones rei persequendæ gratia comparatæ sunt, quædam pœnæ, quædam tam pœnæ quam rei, & ob id mixtæ. Quæ horum alterutrum aut utrumque contineant, sequentibus aliquot §§. exponit Justinian. Illud non exponit, quid hic voceturrei persecutio, quid pœnæ; cujus tamen explicatio ad illustrandam divisionem vel maximè facit. Sed quod hic omissum est, docebit nos definitio rei persecutoriarum à Paulo tradita,

l. in

l. in honorariis 35. de obl. & act. Illic enim sic Jurisconsultus scribit; *Illa* (actiones) *rei persecutionem continent, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest.* Opponit Jurisconsultus persecutionem ejus, quod ex patrimonio nobis abest, persecutioni pœnæ. Itaque ex contrario definiemus, illas actiones pœnæ persecutionem habere, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis non abest. Ex patrimonio nobis abesse dicuntur hæc quatuor; quod est in patrimonio nostro, sed ab alio tenetur; quod esse desiit, sed ex obligatione nobis restituendum est; quod nobis debetur ex contractu; quodcumque ejus, quod nobis abest, æstimationem continet, qualis est æstimatio, quæ fit ex jurejurando in litem, *l. 1. l. 8. de in lit. jur.* item pœna conventione promissa, quæ & ipsa caveri solet loco ejus, quod interest, §. *ult. de verb. obl. l. ult. de prat. stip.* Quare quæcumque sunt actiones, quibus horum aliquid persequimur, eas dicemus esse rei persecutorias; quod ipsum etiam species subjectæ declarant. Et rursus ex contrario, quæ alicujus rei ex superioribus persecutionem non habent, eas dicemus esse pœnales. In summa, rei nomine hoc loco continetur, quicquid est extra pœnam legitimam: pœnæ nomine ea duntaxat, quæ jure certo constituta est. Hinc jam non difficile erit judicare, quæ sint actiones alterutrius generis, aut mixtæ. Usus divisionis propositæ præcipuus & hujus loci proprius est, ut intelligamus, quid quaque actione peti oporteat. Est vero & secundarius, ut dignoscatur, quæ actiones sint perpetuæ, quæ temporales; quæ in hæredes dentur, quæ non dentur: de quo infra *sub tit. de perp. & temp. act.*

TEXTUS.

De rei persecutoriis.

17. Rei persequendæ causa comparatæ sunt omnes in rem actiones. Earum vero actionum, quæ in personam sunt, eæ quidem, quæ ex contractu nascuntur, ferè omnes rei persequendæ causa comparatæ videntur: veluti quibus mutuam pecuniam, vel in stipulatum deductam, petit actor: item commodati, depositi, mandati, pro socio, ex empto, vendito, locato, conducto. Plane si depositi agatur eo nomine, quod tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa depositum sit, in duplum actionem prætor reddit, si modo cum ipso, apud quem depositum sit, aut cum herede ejus de dolo ipsius agitur: quo casu mista est actio.

NOTA.

17. QUÆ EX CONTRACTU NASCUNTUR] Illæ omnes rei persecutionem continent, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest, *d. l. 35. h. t.* Ex patrimonio nobis adesse dicitur. 1. quod est in patrimonio, sed ab alio tenetur. 2. quod esse desiit, sed ex obligatione restituendum. 3. quod nobis debetur ex contractu. 4. quod ejus, quod nobis abest, æstimationem continet: quo etiam refero pœnam conventione promissam, §. *ult. sup. de verb. obl.*

COMMENTARIUS.

1 *Actiones in rem omnes rei persecutoriæ.*
2 *An personalium ex contractu alia mixta, quam illa ex deposito miserabili.*
3 *Cur hac excepta: & cur in hæredem tantum ex proprio dolo detur.*

OMnes in rem] Actiones in rem omnes comparatæ sunt rei persequendæ gratia; quippe quibus omnibus sine exceptione persequimur, quod ex patrimonio nobis abest, videlicet rem nostram, aut ad jus nostrum pertinentem, quæ ab alio tenetur. 1 Non obstat, quod in his actionibus ob contumaciam non restituentis in litem jurari solet, *l. qui restituere 68. de rei vind. l. 5. de in lit. jur.* & quod hoc jurejurando contumacia punitur, cum actori permittatur rem æstimare etiam ultra rei pretium, *l. 1. l. 8. d. tit.* Nam hæc ipsa pœna nihil aliud est, quam æstimatio ejus quod actori abest; non illa quidem, qua res omnibus vulgo tanti sit: sed tamen quam actor dicit rei suæ, quem æquum non est cogi suo pretio rem suam æstimare, *d. l. 8. de in lit. jur. l. 9. de act. rer. amot.* Atque ut hæc æstimatio reo pœna sit, tamen ea non petitur actione, sed officio judicis, quod actioni subservit, ex accidenti imponitur: actor autem nihil amplius quam rem suam petit; & illa quoque ipsa æstimatio actori est rei suæ persecutio, utpote qui ultra id quod ei abest, nihil consequitur, si spectamus pretium, quo rem suam æstimat: quod sane æquissimum est, arbitrio domini definiri, *d. l. 8. de in lit. jur.* Ita ferme & DD. vulgo.

Quæ ex contractu fere omnes rei persequendæ] Actiones quoque in personam, quæ ex contractu nascuntur, rei persecutoriæ sunt: quoniam & his nihil aliud persequimur, quam quod nobis abest. Particulam autem *fere* addidit propter actionem depositi miserabilis, quam & ipse mox excipit, & mixtam 2

xtam esse dicit. Fortassis & propter actionem legati pii, quæ etiam quandoque mixta est, licet ex quasi contractu veniat, §. *Vi autem 19. inf. eod.* Excipiunt nonnulli & actionem redhibitoriam, quæ dicitur interdum in duplum condemnationem habere, *l. redhibitoria 45. de ædil. edict.* sed perperam, meo judicio: nam duplum ea actione non tam ut pœna petitur, quam quod in venditione mancipiorum & animalium duplum à venditore repromitti solet, *fac. l. cum autem 23. §. si servus 4. d. titul.* Sic actio qua dupla petitur nomine evictionis, non pœnæ, sed rei persequendæ causa instituitur; quia ex stipulatione duplæ competit, *l. 2. & pass. de evict. l. quod si nolit. 31. §. quia assidua 20. de ædil. edict.*

Tumultus, incendii, &c.] In eum, qui tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa depositum inficiatus erit, ejusve hæredem fraudulentum, actio in
3 duplum à prætore redditur, *l. 1. §. 1. depos.* Merito has causas deponendi à cæteris segregavit prætor: primum quoniam in aliis casibus spatium deliberandi datur, cui res committenda sit: in his autem trepidatio nullum tempus ad deliberandum concedit: deinde quia aliis in casibus perfidia nihil eximium habet præter cæteras: hæc vero singularis est, & majore odio digna, quod ubi misericordia opus est, crudelitas adhibetur, & calamitas calamitati imponitur, *d. l. 1. §. 2. & seqq. depos. l. 1. & passim. de incend. ruin. naufr.* Diximus autem, in eum, qui inficiatus erit; quoniam hæc in duplum actio non nisi adversus inficiantem & fallentem fidem datur: nam in confitentem tantum in simplum actio est, *d. l. 1. §. hac autem 4. depos. §. sed furti 28. inf. hoc tit.*

Aut cum hærede ejus de dolo ipsius] De dolo ipsius, hæredis scilicet. Hac enim adjectione Justinianus significare voluit, actionem depositi miserabilis tum demum in hæredem in duplum dari, cum ille ex dolo & inficiatione propria convenitur, non etiam si cum eo agatur ob dolum defuncti: nam tunc in hæredem in simplum duntaxat hoc judicium datur, *d. l. 1. §. 1. l. 18. depos.* Non obstat, quod passim traditur, actiones ex contractibus venientes in hæredes in solidum dari, licet ob dolum eorum, quibus successerunt, conveniantur, *l. 12. l. ex contractibus 49. de obl. & act. l. ad ea 157. §. ult. de reg. jur. cum simil.* Nam illa definitio ad actiones pœnales non pertinet, sed ad eas tantum, quæ sunt rei persecutoriæ: & aliud est, dari in solidum; aliud, dari in duplum.

Textus.

De pœnæ persecutoriis.

18. Ex maleficiis vero proditæ actiones, aliæ tantum pœnæ persequendæ causa comparatæ sunt: aliæ tam pœnæ, quam rei persequendæ; & ob id mistæ sunt. Pœnam tantum persequitur quis actione furti: sive enim manifesti agatur, quadrupli, sive non manifesti, dupli, de sola pœna agitur: nam ipsam rem propria actione persequitur quis, id est, suum esse petens, sive fur ipse eam rem possideat, sive alius quilibet. Eo amplius adversus furem etiam condictio est rei.

De mixtis, hoc est rei & pœnæ persecutoriis.

19. Vi autem bonorum raptorum actio mista est, quia in quadruplo rei persecutio continetur: pœna autem tripli est. Sed & legis Aquiliæ actio de damno injuria dato mista est: non solum si adversus inficiantem in duplum agatur, sed interdum & si in simplum quisque agat; veluti si quis hominem claudum aut luscum occiderit, qui in eo anno integer & magni pretii fuerit: tanti enim damnatur, quanti is homo eo in anno plurimi fuerit, secundum jam traditam divisionem. Item mista est actio contra eos, qui relicta sacrosanctis Ecclesiis, vel aliis venerabilibus locis, legati vel fideicommissi nomine dare distulerint, usque adeo ut etiam in judicium vocarentur. Tunc enim & ipsam rem vel pecuniam, quæ relicta est, dare compelluntur, & aliud tantum pro pœna: & ideo in duplum ejus fit condemnatio.

NOTÆ.

18. ALIAE TANTUM POENAE PERSEQUENDAE] Paul. *l. 35. hoc tit.* persecutionem ejus, quod ex patrimonio nobis abest, opponit persecutioni pœnæ. Itaque illæ actiones pœnæ persecutionem habent, quibus persequimur quod ex patrimonio nobis

non

non abest, uno verbo quibus persequimur pœnam legitimam.

Si adversus inficiantem] Actio damni injuria ex lege Aquilia inficiatione crescit in duplum, §. *ult. sup. de obl. quæ quaſ. ex cont.*

Commentarius.

1. *Pro mere pœnalibus esse & certa quantitatis pœnæ persecutorias.*
2. *Quæ quibus exceptis mixtæ.*
3. *Pro pœnalibus quæ habeantur, cum à parte actoris pœnales non sint.*

1 Ex maleficiis actiones quæ sunt, omnes persecutionem pœnæ habent; sed quædam ex his pœnæ solius, pleræque autem pœnæ simul & rei; quæ proinde mixtæ sunt. Duæ tantum excipiendæ, condictio furtiva, & actio rerum amotarum, quæ solius rei persecutionem continent, *l. 7. §. 1. & 2. de cond. furt. l. si mulier 21. §. pen. de act. rer. am.*

Pœnam tantum actione furti] Actio furti sive manifesti sive nec manifesti solam pœnam persequitur, §. *ult. sup. de obl. quæ ex del. d. l. 7. §. 1. de cond. furt.* Ejusdem generis est & actio injuriarum; quippe qua nihil, quod nobis abest persequimur, sed tantum vindictam criminis, *l. 7. §. 1. de injur.* Pro pure pœnalibus habendæ etiam sunt, actio de albo corrupto *l. 7. de jurisd. §. pœnalis 12. sup. hoc tit.* actio de parente aut patrono sine venia in jus vocato, *d. §. 12. l. pen. & ult. de in jus voc.* item actio de suspenso & posito §. *1. tit. præc. l. 5. §. prætor 6. de his dejec.* denique omnes illæ, quibus non persequimur duplum, triplum aut quadruplum, sed certam pœnæ summam delicto simpliciter impositam, sine consideratione alterius rei, veluti 50. aureos.

Ipsam rem propria actione persequitur quis] Eam vel vindicando à quocunque possessore, vel condicendo furi ejusve hæredi, §. *ult. sup. de obl. quæ ex del.* ubi hoc latius explicatum est.

Vi bonorum raptorum actio mista] In actione vi bonorum raptorum quadruplum non est totum pœna, ut in actione furti manifesti; sed in quadruplo continetur & rei persecutio, ut pœna tantum sit tripli, *sup. vi bon. rap. in pr.* ac proinde mixta est hæc actio.

Legis Aquiliæ actio] Actio quoque legis Aquiliæ de damno injuria dato mixtam causam obtinet, seu partim rem, partim pœnam persequitur, sive adversus confitentem agatur in simplum, quo casu res æstimatur quanti plurimi eo anno aut diebus 30. proximis fuerit, §. *his autem 9. & 14. sup. de leg. Aqu.* sive adversus inficiantem, quo casu lis crescit & in duplum actio redditur, *l. inde Neratius 23. §. pen. ad leg. Aq. §. ult. sup. de obl. quæ quæ ex contr.* Sed & 2
cæteræ quoque actiones ex maleficiis præter furti & injuriarum, certæque quantitatis pœnæ persecutorias, quæ mere pœnales sunt, & condictionem furtivam rerumque amotarum actionem, quæ sunt rei persecutoriæ, omnes sunt mixtæ, id est, rei simul & pœnæ persequendæ causa comparatæ. Veluti actio servi corrupti *l. 14. §. in hac actione 5. de serv. corrup.* quod metus causa, *l. item si 14. §. sed & si 9. & 2. seqq. quod met. ca.* de calumnia, *l. 5. §. 1. de calumn.* tripli & quadrupli ob majores sportulas exactas, §. *24. & seq. inf.* &c. denique & illæ, quæ quasi ex maleficio nascuntur, similiter mixtæ fere sunt, ut intelligi potest ex his, quæ de hoc genere tradita sunt *sup. de obl. quæ qu. ex del.* Illud sciendum est, quasdam 3
esse actiones, quæ pro pœnalibus habeantur, & ideo in hæredes non dentur, licet à parte actoris pœnales non sint. Nam quoties actio factum punit & in dolum tantum concepta est, pœnalis habetur, eoque nec adversus hæredes datur, quamvis proposita sit ei, cui eo facto quid absit, atque ita rei persecutionem contineat, *l. 9. §. 1. quod fals. tut.* de quo diligentius disserimus *inf. de perp. & temp. action. §. 1.*

Relicta sacrosanctis Ecclesiis] Ex quasi contractu actiones omnes rei persecutionem habent, utpote quarum nulla ultra id quod abest, persequimur, ut licet intelligere ex generibus harum actionum, quæ exponuntur *sup. de obl. quæ qu. ex contr.* Una actio ex hoc genere huic excipitur, nempe actio ejus legati & fideicommissi nomine, quod relictum est Ecclesiæ aut aliis venerabilibus locis; puta nosocomiis, xenodochiis, orphanotrophiis, &c. *tit. C. de Episc. & Cler.* Hæc actio duobus casibus mixta est, & constituta in duplum, si reus inficiatus erit; si tamdiu solvere distulerit, dum in jus vocaretur, §. *sed furti 26. inf.* Scholiastes Theoph. οὐ μόνον ἐξ ἀρνήσεως, ἀλλὰ καὶ ἐξ ὑπερθέσεως, ἡ διπλῶσις εἰσάγεται. τοῦτο εἴρηται βιβ. α. τοῦ κωδ. τ. γ. διατ. με. hoc est, *l. 45. C. hoc tit.* in editione Gothofr. & Pacii est *l. 46.*

Textus.

De mixtis id est, tam in rem, quam in personam.

20. *Quædam actiones mistam causam obtinere videntur, tam in rem, quam in personam: qualis est familiæ erciscundæ actio; quæ competit cohæredibus de dividenda hæreditate. Item communi dividundo; quæ inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut id dividatur.*

Item finium regundorum actio, quæ inter eos agitur, qui confines agros habent. In quibus tribus judiciis permittitur judici, rem alicui ex litigatoribus ex bono & æquo adjudicare: & si unius pars prægravari videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare.

NOTÆ.

QUAE COMPETIT COHAEREDIBUS] Tres hæ actiones familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum, ex lege 12. tabularum descendunt, *l. 1. fam. erc. l. ult. fin. reg.* quæ ideo constitutæ, ut communio, cujus materia discordias excitare solet, *l. 77. §. 20. de l. 2.* tollatur. Pac.

QUI CONFINES AGROS HABENT] Ut fines regantur. Regi fines dicuntur, quoties unusquisque ager propriis finibus terminatur.

IN QUIBUS TRIBUS JUDICIIS] Quid judicem in unoquoque horum judiciorum sequi oporteat, explicatur plenius *inf. §. 4. & 2. seqq. de off. jud.*

COMMENTARIUS.

1 *Quo sensu & quam ob causam actiones hic proposita dicantur mixta.*
2 *Judicium fam. ercisc. inter quos reddatur, & quid contineat.*
3 *Inter quos qua de re agatur communi dividundo.*
4 *Inter quos finium regundorum, & cujus rei gratia.*

PEr occasionem, quod proxime dixerat de actionibus mixtis, subjicit tres alias actiones, quas & ipsas mixtas videri ait, videlicet, familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum; sed quæ longe diversi sunt generis, longeque aliam ob causam mixtæ dicuntur, quam dicuntur illæ, quæ tertium membrum superioris divisionis constituunt: non enim ideo has actiones mixtam causam habere dici, quod, ut superiores illæ, conjunctim rei & pœnæ persecutionem contineant, cum omnes rei tantum persequendæ gratia comparatæ sunt; sed quia partim in rem esse videntur, partim in personam. Ex quo simul illud intelligimus, hæc eadem judicia alio quoque sensu hic mixta vocari, quam quo mixta appellantur in *l. actionis 37. §. 1. de obl. & act.* & alibi duplicia, *l. 2. §. 1. comm. div.* nimirum, quod in iis uterque ex litigatoribus duplicem personam sustinet, actoris videlicet & rei *l. in tribus 13. de jud. l. judicium 10. fin. reg. l. inter cohæredes 44. §. qui familiæ 4. fam. erc.*

Mistam causam obtinere videntur tam in rem] In rem esse videntur, quia in his quisque de re sua agit ad instar ejus, qui vindicat. In personam ideo, quia dantur adversus eum, qui propter communionem aut terminorũ confusionem nobis obligatus est. Notandum autem, quod non simpliciter ait has actiones mixtam causam obtinere, tam in rem quam in personam; sed obtinere videri. Nimirum, quia id præ se ferunt. Revera autem sunt actiones in personam omnino: quippe quæ tales origine & essentia sua, quamvis fine & effectu nonnihil cum actionibus in rem commune habeant, *l. 1. fin. reg. l. 1. §. 1. C. de ann. exc.* quod fusius à me expositum, *sup. §. 1. hoc tit.*

Quæ competit pro hæredibus de dividenda hæreditate] Judicium familiæ erciscundæ est, quod inter cohæredes redditur de dividenda hæreditate, hoc est, quo hæres agit adversus cohæredes suos, ut res hæreditariæ, prius indivisæ, dividantur, & à communione discedatur, *l. 1. fam. ercisc.* Estque hæc princeps hujus judicii causa, sed non sola: nam & præstationes quasdam personales continet, quibus hæres hæredi propter communionem rerum est obnoxius, *l. item Labeo 22. §. penul. d. tit.* Ubi Ulpianus ait, judicium familiæ erciscundæ ex duobus constare, id est, ex rebus atque præstationibus, quæ sunt actiones personales. Rerum divisio qualis sit, tum quæ in hac divisione adjudicatio & quæ vice mutua condemnatio, quorum mentio fit in extremo hujus §. declaratur in *§. familiæ 4. inf. de off. judic.* Præstationes personales inducuntur aut lucri aut impensarum nomine, quæ quidem res in re communi inciderunt. Lucri, ut si quid ad unum ex hæredibus pervenit ex re communi, id cæteris hæredibus communiter, *l. inter 44. §. 2. & 3. fam. ercisc. l. 3. C. eod. d. §. 4. inf. de off. jud.* Damni, ut si quid damni in rebus hæreditariis datum factumve est culpa aut negligentia unius, id cæteris pro portione cujusque sarciat, *l. hæredes 25. §. non tantum 16. & §. item culpæ 18. fam. erc. cujus exempla 7. l. & puto 16. §. pen. l. inter 44. §. quod ex facto 5. eod.* Impensarum, ut si quæ ab uno hærede in res hæreditarias factæ sunt, quas propter partem suam necesse habuit facere, ei à cæteris pro rata refundantur, *l. his consequenter 18. §. sumptuum 3. eod.* Eodem referimus, si unus pecuniam à defuncto sub pœna aut pignoribus debitam solverit, *d. l. hæredes, §. idem, juris 13. & seq.* Indicantur hæc genera in commune, *l. quibus casibus 34. pro soc.* in judicio communi dividundo, *l. 3. comm. div.* 2

Communi dividundo, quæ inter eos redditur, inter 3

ter quos aliquid commune est, ut id dividatur] Communi dividundo judicium est, quod inter eos redditur, inter quos res una aut plures extra causam hæreditatis communes sunt: neque enim interest, communes sint ex societate, an sine societate, *l. 1. & l. 2. comm. div.* Finis hujus judicii item duplex; unus, ut recedatur ab harum rerum communione; alter, ut utrinque præstetur, quod alterum alteri præstare oportet, lucri, damni, impensarum nomine. Nam & hoc judicium iisdem rebus constat, quibus superius, rerum communium divisione, & præstationibus iisdem personalibus, *l. 3. comm. div.* In divisione rerum eadem quoque adjudicatio & condemnatio, §. *eadem 5. inf. de off. jud.* quippe semota hæreditatis divisione cætera sunt utrique judicio cum altero communia, *l. 6. §. cætera 11. comm. div.*

Finium regundorum inter eos agitur, qui confines agros habent] Finium regundorum judicium est, quo inter eos agitur, qui confines agros habent, ut fines regantur, id est, ad suam normam & certitudinem redigantur; & quod intra istos fines quisque habet, id totum retineat; si quid amplius, id confini restituatur, *l. 4. pr. l. 8. in pr. & §. 1. fin. reg.* Sed & si fines commode dirigi non possunt vel propter loci inæqualitatem vel propter veterum limitum incertitudinem, permittitur judici aliis finibus evidentioribus agros distinguere. Quo casu quia necesse est partem aliquam ex unius agro detrahi & alterius agri domino adjici, ideo res transigitur adjudicatione & condemnatione, *l. 2. §. 1. l. 3. & l. 4. eod. tit. § pen. inf. de off. jud.*

Ex bono & æquo adjudicare] Quid judicem hic in unoquoque horum judiciorum sequi oporteat, explicatur plenius *inf. de off. jud. §. si familiæ 4. & 2. seq. de off. jud.*

Textus.
Divisio tertia.

21. ***Omnes autem actiones vel in simplum conceptæ sunt, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum: ulterius autem nulla actio extenditur.***

Commentarius.

1 *An ulla actio plus quam quadruplum persequatur.*

Tertia hæc actionum divisio est, sumpta & ipsa ab objecto; sed superiori dissimilis in eo, quod illa explicat, quid quaque actione petatur, resne sola, an pœna tantum, an utrumque simul; hæc, quantum peti oporteat, & quousque in pœna supra id, quod nobis abest, petendo progredi liceat. Maximi autem actoris olim intererat scire quid & quantum petere deberet, propter periculum plus petitionis, §. *si quis agens 33. inf. eod.* Ait Justinianus, actiones omnes vel in simplum conceptas esse, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum: ultra quadruplum autem nullam actionem extendi. Quid ergo, nullane actione plus quam quadruplum persequi possumus? 1 Si quis sciens tignum vitiosum aut pecus morbosum vendiderit, responsum est, omnia detrimenta, quæ ex ea emptione emptor traxerit, venditorem præstaturum, *l. Julianus 13. in pr. de act. empt.* Si quis clavum à navi abstulit, ut naufragium fieret, cautum est Senatusconsulto; ut is omnium rerum nomine teneatur, *l. 3. §. ult. de inc. ruin. naufr.* Si servus hæres institutus ante aditam hæreditatem occisus sit, etiam hæreditatis æstimationem fieri, traditum est in *l. inde Neratius 23. in pr. ad leg. Aq. §. illud 10. sup. eod.* Atqui in his omnibus litis æstimatio longe excedere potest quadruplum pretii ejus rei, in qua aut per quam damnum datum est. Respondemus; Quod dicitur, nullam actionem extendi ultra quadruplum, id intelligendum esse de quadruplo ejus, quod culpa adversarii actori abest; id vero quod abest, & τὸ interesse actoris, etsi interdum longe & vel decuplo pluris æstimetur, quam quanti valebat corpus, in quo vel per quod damnum datum est, simplum tamen semper est respectu universi damni, quod actor sensit: & ideo quantacunque hæc sit æstimatio, non in duplum, triplum, &c. actio concipitur, sed tantum in simplum, nempe id non solum, quod actori per culpam rei abest. An in pœna conventionali quadruplum excedi possit, tractavimus supra *ad §. alteri 18. de inutil. stipul.*

Textus.
De actionibus in simplum.

22. ***In simplum agitur, veluti ex stipulatione, ex mutui datione, exemplo, vendito, locato, conducto, mandato, & denique ex aliis quamplurimis causis.***

Commentarius.

In simplum sunt omnes actiones, quæ rei persecutionem continent; utpote quibus unum & simplum, quod nobis abest, persequimur. Itaque & si quæ sit actio ex delicto, quæ rei persecutionem habeat, ea quoque in simplum erit, ut condictio furtiva & actio rerum amotarum. Sed & ex iis, quæ pœnæ persecutionem continent, nonnullæ sunt in simplum, veluti

uti actio ex lege Aquilia extra causam inficiationis aut moræ, §. *si bonorum 19. sup. eod.* item actio ex edicto, ne quis eum, qui in jus voc. *l. pen. §. 1. hoc tit.* Et si quæ sunt aliæ, in quibus aliquid ultra veram æstimationem rei & quod actori revera abest, præstandum. Denique & ex pœnalibus illæ in simplum sunt, in quibus certæ pecuniæ summa simpliciter lege comprehensa est sine mentione dupli, tripli aut quadrupli, ut non ex comparatione alicujus simpli amplius quid pœnæ nomine constituatur, ut cum pœna constituitur in decem, viginti aut quinquaginta aureos, *l. 7. de jurid. l. penult. de in jus vocat. l. 5. §. ait prætor. 6. de his qui dejec. l. pen. C. de serv. fug.*

Veluti ex stipulatione] Quid si duplum, triplum, aut quadruplum in stipulationem deductum sit? *l. si dictum 56. de evict.* Dicendum videtur, actorem id, quod sua interest, tanti æstimantem, adhuc in simplum agere, & rem solam, non pœnam persequi.

TEXTUS.
In duplum.

23. In duplum agimus, veluti furti nec manifesti, damni injuriæ ex lege Aquilia, depositi ex quibusdam causis. Item servi corrupti, quæ competit in eum, cujus hortatu consiliove servus alienus fugerit, aut contumax adversus dominum factus est, aut luxuriose vivere cœperit, aut denique quolibet modo deterior factus sit. In qua actione earum etiam rerum, quas fugiendo servus abstulerit, æstimatio deducitur. Item ex legato, quod venerabilibus locis relictum est, secundum ea, quæ supra diximus.

COMMENTARIUS.

QUinque actiones recenset, quibus in duplum agitur, furti nec manifesti; damni injuria ex lege Aquilia, depositi ex quibusdam causis, servi corrupti, ex legato, quod venerabilibus locis relictum est. Non exponit an eodem omnes modo in duplum sint, nec ne: Quia hoc loco tantum ei propositum est, ostendere, omnes in duplum esse. Differentiæ indicantur aliis locis, §. *ex maleficiis 18. & seqq. sup.* §. *sed furti 26. inf. eodem.*

Depositi ex quibusdam causis] Quæ comprehensæ sunt edicto, nempe *tumultus, incendii, ruinæ, naufragii, l. 1. §. 1. depos. §. rei persequendæ 17. in fin. sup. hoc tit.*

Quæ competit in eum cujus hortatu] Actio servi corrupti in duplum constituta est in eum, cujus hortatu, consilio, opera, servus quolibet modo deterior factus est, *l. 1. cum seqq. de serv. corr.* Justinianus hoc addit, ut etiam solus conatus & nuda voluntas corrumpendi puniatur, *l. si quis 20. C. d. tit.* §. *sed et si 8. sup. de obl. quæ ex del.* Venit in hoc judicium etiam earum rerum æstimatio, quas secum servus abstulit. Duplatur enim omne damnum, *l. in hoc 10. eod.* De filio filiave familias corruptis utilis actio competit officio judicis æstimanda: quoniam interest nostra, animum liberorum nostrorum non corrumpi, *l. ut tantam 14. §. 1. eodem.*

TEXTUS.
In duplum.

24. Tripli vero agimus, cum quidam majorem vera æstimatione quantitatem in libello conventionis inserunt, ut ex hac causa viatores, id est, executores litium ampliorem summam sportularum nomine exigerent. Tunc enim id, quod propter eorum causam damnum passus fuerit reus, in triplum ab actore consequetur; ut in hoc triplo etiam simplum, in quo damnum passus est, connumeretur. Quod nostra constitutio introduxit, quæ in nostro Codice fulget, quam procul dubio certum est, ex lege condictitia emanare.

COMMENTARIUS.

UNa actio in triplum hic commemoratur, lege Justiniani constituta adversus eos, qui majorem summam vera æstimatione in libello conventionis inserunt dolo malo, quo viatores, id est, apparitores seu litium executores, §. *seq. inf. l. 5. §. ne tamen 13. de reb. eor. qui sub tut.* majores sportulas consequantur. Constitutio hæc Justiniani temporum injuria intercidit.

Libello conventionis] Libellus conventionis dicebatur id scriptum, quo actor petitionis suæ rationem & speciem futuræ litis in judicio exprimebat, qui libellus postea ad absentem per oratorem mittebatur.

Ampliorem summam sportularum] Sportulas appellat

appellat mercedes sive salaria executorum, quæ Græcis ἐκβιβαστικὰ, ut plane constat ex *l. omnes 33. §. executoribus. 5. C. de Episc. & Cler. l. in sacris 12. de prox. sacr. scrin. lib. 12. l. ult. C. de fruct. & lit. exp.* Quanta portio pro sportulis constituta fuerit, incertum est. Illud ex hoc ideo intelligimus, pro modo quantitatis petitæ ad certam summam & à reo exigi solitas. Quod de consuetudine non amplius observari notum est *Gudelin. lib. 4. cap. 5. in fin.* De sportulis earumque vario usu vid. *Fr. Juret. in not. ad Symmach. lib. 4. epist. 55. & Bachov. ad hunc §.*

In triplum ab actore] Datur hæc actio rei in minorem summam, quam quæ petita fuit, condemnato, adversus actorem, qui plus libello comprehendit, quam ei debetur, ut viatores hac occasione plus etiam sportularum nomine exigerent. Triplatur autem quod supra constitutum modum sportularum, per hanc occasionem exactum est, sed ita, ut in triplo etiam illud ipsum contineatur. Pœnam hanc primus Justinianus in proposita specie introduxit: nam jure veteri, qui plus quovis modo petiissent, causa cadebant, id est, rem amittebant, *§. si quis 33. in pr. & fin. inf. eod.*

Quam procul dubio certum est ex lege condictitia emanare] Locus hic procul dubio mendosus est, & sic cum Russard. Cond. Cujac. qui etiam ad libros veteres provocant, restituendus; *Ex qua procul dubio certum est ex lege condictitiam emanare.* Ut sit sensus, hanc in triplum actionem ex constitutione Justiniani, esse condictitiam ex lege, sive ejusmodi actionem, quæ condictio ex lege dicitur. Nam quoties nova lege obligatio introducitur, nec cavetur qua actione experiundum sit, ex lege agitur, *l. un. de cond. ex leg.* Atque hoc modo Theophilum quoque apud Justinianum legisse, ex paraphrasi ejus apparet.

TEXTUS.

In Quadruplum.

25. *Quadrupli autem agitur; veluti furti manifesti; item de eo, quod metus causa factum sit: deque ea pecunia, quæ in hoc data sit, ut is, cui datur, calumniæ causa negotium alicui faceret, vel non faceret. Item ex lege condictitia nostra constitutio oritur, in quadruplum condemnationem imponens iis executoribus litium, qui contra nostræ constitutionis normam à reis quicquam exegerint.*

NOTÆ.

CALUMNIÆ CAUSA NEGOTIUM] *l. 1. l. 3. de calumniat.* Et hæc item actio mixta est conjunctim pœnam & rem persequens, *l. 5. §. 1. d. tit.* Est autem negotium alicui facere calumniæ causa, judicio calumnioso aliquem vexare. Quint. *lib. 5. cap. 12.*

EX LEGE CONDICTITIA NOSTRA CONSTITUTIO] Leg. *Ex lege condictitia ex nostra constitutione oritur.* Ex lege condictitia actio ex lege. Quomodo & Theoph. hunc interpretatur. Hanc actionem & ipsam mixtam esse apparet ex *Nov. 124. cap. 3.*

COMMENTARIUS.

Recensentur hic quatuor actiones, quæ sunt in quadruplum, furti manifesti, quod metus causa de causa, de calumnia, adversus executores litium, qui plus constituto sportularum nomine exegerint. Addamus & quintam, vi bonorum raptorum. Prima actio mere pœnalis est, reliquæ mixtæ, ut in quadruplo comprehendatur etiam ejus, quod abest aut interest, persecutio.

De eo, quod metus causa] Quod metus causa gestum est, prætor ratum non habet, & hoc amplius, si, quod ex ea causa aberit, arbitrio judicis non restituatur, in quadruplum judicium pollicetur, *l. item si 14. & §. 1. quod met. ca.* Quadruplatur id omne, quod restitui oportet, sic tamen ut in hoc quadruplo & simplum insit. Quippe mixta est hæc actio, non solius pœnæ persecutoria, *l. 14. §. sed & si 9. cum §. seqq.*

Ut calumniæ causa negotium alicui faceret] Negotium alicui facere calumniæ causa, est, judicio calumnioso aliquem vexare. In eum, qui ut calumniæ causa negotium faceret, vel etiam ut non faceret, pecuniam accepisse dicitur, actio in quadruplum ejus pecuniæ, quam accepit, competit, *l. 1. l. 3. de calumniat.* Et hæc item actio mixta est, conjunctim pœnam & rem persequens, *l. 5. §. 1. d. tit.*

Item ex lege condictitia nostra constitutio] Hujus etiam loci lectionem vitiosam esse certum est. Apud Justinianum haud dubie ita scriptum fuit. *Item ex lege condictitia ex nostra constitutione oritur,* &c. Ex lege condictitia, id est, condictitia actio ex lege, quæ ex constitutione Justiniani oritur in facti specie hic proposita: quomodo hunc etiam locum Theophilus interpretatur.

In quadruplum imponens executoribus litium] Constitutio, cujus meminit §. præcedenti, actori, cujus fraude factum, ut executor plus debito exigeret, tripli pœnam imponit: illa, cujus hic mentio, in executores directa est, qui ipsi in exigendis sportulis summam definitam dolo malo excesserunt, data actione in quadruplum, quam & ipsam mixtam esse ap-

 paret

paret ex *Nov. 124. cap. 3.* ubi Justinianus constituit, ut simplum reddatur ei, qui damnum passus est, triplum autem inferatur ærario. Quod quidam tradunt, etiam hodie, ubicunque lege vel decreto Curiæ nuntiis & apparitoribus certa summa pro sportulis constituta, si quid ultra exegerint, hac in quadruplum actione conveniri posse, constat, usu non observari.

TEXTUS.

Subdivisio actionum in duplum.

26. Sed furti quidem nec manifesti actio, & servi corrupti à cæteris, de quibus simul locuti sumus, eo differunt, quod hæ actiones omnimodo dupli sunt: at istæ, (id est, damni injuriæ ex lege Aquilia & interdum depositi) inficiatione duplicantur: in confitentem autem in simplum dantur. Sed illa, quæ de iis competit, quæ relicta venerabilibus locis sunt, non solum inficiatione duplicatur, sed etiam si distulerit relicti solutionem, usque quo jussu magistratuum conveniatur. In confitentem vero, antequam jussu magistratuum conveniatur, solventem, simpli redditur.

Subdivisio actionum in quadruplum.

27. Item actio de eo quod metus causa factum sit, à cæteris, de quibus simul locuti sumus, eo differt, quod ejus natura tacite continetur, ut qui judicis jussu ipsam rem actori restituat, absolvatur: quod in cæteris casibus non est ita, sed omnimodo quisque in quadruplum condemnatur: quod est & in furti manifesti actione.

NOTÆ.

26. OMNIMODO DUPLI] Id est, sive reus fateatur, sive inficietur. Th.

IN CONFITENTEM IN SIMPLUM] Potest itaque hic reus evitare pœnam confitendo.

27. UT QUI JUSSU JUDICIS] In actione quod metus causa reo convento pœnam evitare conceditur rem, de qua agitur, arbitrio judicis ante sententiam restituendo, *l. 14. §. 1. quod met. caus.*

COMMENTARIUS.

1 *Actiones omnes apud nos videri rei persecutorias.*

NOtatur hic nonnulla differentia, quæ est inter actiones pœnales, tum quæ sunt in duplum, tum quæ in quadruplum. Non omnes enim simpliciter, & omnimodo in duplum aut quadruplum conceptæ sunt, sed quædam conditionaliter, & ita, ut reo pœnam evitare liceat. Omnimodo in duplum sunt actio furti manifesti, servi corrupti, & si quæ sunt aliæ simpliciter in duplum constitutæ; quippe quæ omnes ita constitutæ intelliguntur, ut semper & statim pœna exigi possit, nec dupli condemnatio evitari. Non statim & simpliciter in duplum sunt, actio legis Aquiliæ, depositi miserabilis, de legato venerabilibus locis relicto: namque has ab initio & in confitentem placet in simplum tantum dari, duplicari autem inficiatione, postremam etiam frustratione & dilatione solutionis, usque dum reus judicio conveniatur, *hoc text. §. si autem, sup. eod.* Omnimodo in quadruplum sunt actio furti manifesti, vi bonorum raptorum, de calumnia, de sportulis adversus executores litium, &c. Una tantum ex hoc genere excipitur, actio quod metus causa, in qua reo convento pœnam evitare conceditur, rem, de qua agitur, arbitrio judicis ante sententiam restituendo. Quod si reus judici jubenti rem restitui non pareat, hanc contumaciæ suæ pœnam patitur, ut in quadruplum condemnetur, *hoc text. §. item actio, l. item si 14. §. 1. & 4. quod met. ca.* Est & alia, & quidem inter pœnales omnes, differentia, quod scilicet quædam sint mere pœnales, quædam mixtæ; sed illa superius explicata est, *§. ex malef. 18. & seq. h. t.* Apud nos omnes 1
actiones sunt rei persecutoriæ & in simplum conceptæ, quia pœnæ pecuniariæ, quæ privatis litigatoribus applicabantur, exoleverunt, & solus fiscus pœnas ob vindictam publicam persequitur judicio criminali. Privatis tantum potestas est ejus, quod sibi abest persequendi judicio civili. *Jo. Imbert. in enchirid. jur. script. Baro ad tit. sup. de obl. quæ ex del. comm. part. 2. Gudelin. de jur. nov. 3. c. 13. Groenew. de ll. abrog. ad rubr. C. de pœn. & ibi laudati.* Excipienda tamen videtur actio injuriarum, qua ex more fori nunc duplex emenda petitur, honorabilis & profitabilis, ut loquuntur. *Vid. sup. ad §. 10. de injur.*

TEXTUS.

Divisio quarta de actionibus bon. fid.

28. Actio-

28. Actionum autem quædam bonæ fidei sunt, quædam stricti juris. Bonæ fidei sunt hæ: ex empto, vendito; locato, conducto; negotiorum gestorum; mandati; depositi; pro socio; tutelæ; commodati: pigneratitia; familiæ erciscundæ; communi dividundo: præscriptis verbis, quæ de æstimato proponitur, & ea quæ ex permutatione competit; & hæreditatis petitio. Quamvis enim usque adhuc incertum erat, inter bonæ fidei judicia connumeranda hæreditatis petitio esset, an non: nostra tamen constitutio aperte, eam esse bonæ fidei, disposuit.

NOTÆ.

28. QUAEDAM BONAE FIDEI] Id est, liberæ potestatis judicis, conclusæ tamen intra regulam bonæ fidei. Cic. *in Top. & 3. de off.* Sen. *3. de benef. & 2. de Clem.*

QUAEDAM STRICTI JURIS] Strictæ, stricti judicii, *l. 5. §. ult. de in lit. jur.* in quibus potestas judicis formulæ adstricta est. *Sen. 2. de Clem. Clementia liberum arbitrium habet, nec sub formula, sed ex æquo & bono judicat.*

BONAE FIDEI SUNT HAE] ὁρισπκῶς. Unde intelligimus & omnes quæ hic enumerantur, esse bonæ fidei, & solas. Cæteræ sunt stricti juris, utique si non sint arbitrariæ. De quibus *infrà, §. 31.*

PRAESCRIPTIS VERBIS] Non omnes, sed illæ duæ duntaxat, æstimatoria, & ex permutatione, propter affinitatem, quam habent cum emptione, *l. 1. de æstim. act. l. 1. de contr. empt.*

NOSTRA CONSTITUTIO EAM ESSE BON. FID.] *l. ult. C. de pet. hær.* Ratio est, quia petitio hæreditatis, etsi actio est in rem, habet tamen quasdam præstationes personales, *l. 25. §. propen. D. eod.* propter quas ad naturam actionis negotiorum gestorum accedit, & mixta personalis dicitur, *l. 7. C. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Removetur duplex contra propositam divisionem objectio.*
2 *Actiones bonæ fidei quæ, & unde sic dictæ.*
3 *Quæ actiones stricti juris, & unde sic appellatæ.*
4 *Multæ & insignes horum generum differentiæ: & an quæ earum adhuc maneant.*
5 *Bonæ fidei nullas esse præter eas, quæ hic recensentur.*
6 *Actio finium regundorum cur hic omissa.*
7 *Cur duæ præscriptis verbis, æstimatoria, & quæ ex permutatione competit, bonæ fidei.*
8 *De petitione hæreditatis cur dubitatum.*

DIIæ præcedentes divisiones ostenderunt, quid & quantum petere liceat, pro ea quantitate, quæ aut conventione aut certo jure definita est. Proponitur hic alia, quæ docet, quid quantumcumque lamplius petere liceat pro potestate & officio judicis, nulla conventione aut certo jure definitum; quod potissimum in fructibus, usuris, & reliquis accessionibus rei petitæ cernitur.

1 *Quædam bonæ fidei, quædam stricti juris*] Divisio hæc duplici vitio laborare videtur. Primum, quod hic aliquæ actiones statuuntur, quæ non sint bonæ fidei, sed stricti juris: deinde quod in hac divisione omittuntur actiones arbitrariæ, quæ tamen tertiam & distinctam à duabus, quæ hic proponuntur, speciem constituere videntur, §. *præterea 31. inf. eod.* Quod quædam actiones dicuntur esse stricti juris, id non videtur convenire constitutioni Constantini in *l. placuit, C. de judic.* ubi magis ait placere, in omnibus rebus præcipuam esse justitiæ æquitatisque, quam stricti juris, rationem. Si id placet in rebus omnibus, utique & in omnibus actionibus. Repugnare etiam videtur, quod generaliter constitutum est in *l. 4. Cod. de obl. & act.* bonam fidem in contractibus considerari æquum esse. Nam in contractibus omnibus bona fides spectatur, etiam in actionibus omnibus, certe iis, quæ ex contractu proficiscuntur, pariter bona fides spectanda. Cæterum neutrum propositæ divisioni obstat. Non primũ, quia in *d. l. placuit.* Juris verbũ jus constitutum significat, quomodo dicimus, jus gentium, jus civile. Hoc jus si summum est, seu, ut in constitutione nominatur, strictum, id est, si verbis tantum nititur contra sententiam & rationem legis, nunquam sequimur, sed æquitatem, id est, mentem & sententiam legislatoris. Atque hoc sensu concedimus, nullas esse actiones stricti juris. At cum dicimus, quasdam actiones esse stricti juris, verbo juris potestas significatur, uti & alibi sæpe: nec aliud est, quasdam actiones esse stricti juris, quam quasdam esse strictæ seu adstrictæ potestati judicis: sicut ex contrario nihil aliud est, actiones quasdam esse bonæ fidei, quam quasdam esse liberæ potestatis judicis, qui æstimare possit, quicquid est ex bona fide, §. *in bonæ. 30. inf. eod.* Erratque adeo Theophilus, & cum eo Pacius in analysi sua, dum putant, quasdam actiones stricti juris ideo dici, quod in his judex τὸ ἀκριβοδίκαιον, summum & strictum jus, sequatur. Ad alterum, quod ex *l. 4. C. de obl. act.* ob-

objicitur, respondeo, in omnibus quidem contractibus spectari bonam fidem: sed non spectatur in omnibus eodem modo. In contractibus & actionibus stricti juris etiam bona fides spectatur, sed secundum communem quandam æquitatis regulam, hactenus videlicet, ne dolus approbetur, neve quid juris subtilitas adversus bonam fidem æquitatemque valeat, *l. dolo. C. de inutil. stipul. l. si quis 36. de verb. obl.* At bonæ fidei actiones non ex eo nomen acceperunt, quod in his communi quodam respectu consideretur bona fides & æquitas, sive quod in his non præstetur, quod sit contra bonam fidem, quamvis id forte subtilitate juris præstandum videatur: sed quod in his summa desideretur æquitas, res tota æstimetur ex bona fide, & religioni judicantis permittatur per omnia. Planius & certius hæc intelligentur postea. Sed esto, inquis; illud tamen vitium divisio habet, quod imperfecta & manca est, ut quæ ex tribus actionum generibus inter se distinctis duo tantum posuit, tertium actionum arbitrariarum omisit. Resp. Esset imperfecta hæc divisio, si Imperator in duobus generibus, quæ hic proponuntur, constitisset, nec mox adjecisset tertium. Nunc autem cum statim & continentur unoque ductu divisionis tertiam illam speciem subjiciat, §. *præterea 31. inf.* perinde id haberi debet, ac si tres species eodem loco proposuisset, & divisio tripartita censeri. An autem actiones arbitrariæ revera constituant novam speciem, & à duabus, quæ hic ponuntur, plane diversam, videbimus sub *d. §. præterea.*

Actiones bonæ fidei sunt, in quibus libera potestas judici permittitur æstimandi inter litigatores, quid alterum alteri ex bona fide præstare oporteat. Descriptio totidem pene verbis expressa *l. 2. §. 3. l. 5. pr. de obl. & act. §. in bonæ 30. inf. eod.* Duo itaque sunt, quæ judicium bonæ fidei constituunt, libera potestas æstimandi arbitrandive judici tributa, & hæc ipsa potestas intra modum & regulam bonæ fidei conclusa. Ex libera potestate est, quod hæc eadem judicia passim arbitraria vocantur, & judex in his datus arbiter. Ex bona fide, quod appellentur judicia bonæ fidei: nempe nomen ex re natum: quia in his judiciis omnis æstimatio & condemnatio judicis est ex bona fide, seu in id, quod ex bono & æquo quemque præstare oportet. Putat D. Hotomannus, causam & originem nominis esse ex ipsa formula, eo quod prætor in his judiciis ita jubebat judicari, ut adderet, ex bona fide, ut judicat Cicero in *Top. & lib. 3. de offic.* Sed ut hæc sit causa proxima, atque ut hinc etiam nomen translatum ad contractus quippe qui & ipsi non minus, quam actio ex his descendens, bonæ fidei appellantur, *l. ex empto. alias l. emptorem §. ult. de act. empt. l. mora. 32. §. 2. de usur. l. eum qui. 22. de donat. l. in bonæ. 13. C. de pact. l. 3. C. de reb. cred.* & aliis locis: oportet tamen superiorem aliquam causam esse, ob quam prætor in quibusdam judiciis liberam judici potestatem faceret, clausulamque illam ex bona fide adjiceret, in aliis vero judicem adstringeret formulæ. Atque ego omnino existimo, causam hanc accersendam à natura & conditione ipsorum contractuum: nimirum quoniam quidam contractus ita comparati sunt, ut in his interpretandis æquum sit laxiorem judici potestatem tribui; quidam ita, ut certis terminis eorum interpretatio sit circumscribenda. Prioris generis sunt contractus mutuæ præstationis, in quibus uterque & obligatur & obligat. Posterioris, ubi unus tantum obligat, & unus obligatur, *arg. tit. de obl. ex cont. in fin.* Etenim ubi uterque alteri obligatur, ibi ex re utriusque est, & ex voto communi, non tam quid lingua nuncupatum sit, quam quid æqui bonique ratio utrinque postulet, spectari. Cum autem unus tantum obligatur, non est admittenda tam laxa interpretatio, puta ut etiam quid præstetur, de quo non expresse convenit, aut quod natura contractus non continetur, ex definitione *l. quicquid 99. de verb. obl. l. 3. de reb. creditis.* Ex hac inquam diversitate contractuum procul dubio est, quod prætor quoque in actionibus ex contractu venientibus aliter atque aliter formulam judicii concipiebat, modo laxius adjecta clausula ex bona fide, ut in actionibus descendentibus ex contractu utrinque obligatorio; modo angustius & stricte, ut in actionibus, quæ proficiscuntur ex contractibus *μονοπλεύροις*; veluti ex mutuo, pro mutuo, stipulatione, &c. hoc idem & Theod. Hermopol. sensisse arguunt verba ejus, quæ legimus *lib. 20. titul. 4. ἐπὶ τρίκτοι ἤτοι μονοπλεύρων*, estque hujus rei etiam hoc argumentum, quod idem actionum discrimen, & res ipsa etiam nunc manet, quamvis formulæ & impetrationes actionum sublatæ sint: nimirum quia formulis sublatis nihilominus prima causa discriminis, eadem conventionum diversitas, mansit. Porro bonæ fidei esse eas actiones omnes & solas, quæ ex contractibus *διπλεύροις* veniunt, ostendit cum actionum bonæ fidei definitio, tum specierum hujus generis apud Justinianum collectio. Reliquæ, si non sunt arbitrariæ, sunt stricti juris, sive ex contractu, sive ex delicto descendant. Ex his simul intelligi potest, quæ sint actiones stricti juris, nimirum illæ, in quibus potestas judicis formulæ adstringitur, seu iis rebus, in quas prætor jubebat condemnationem fieri. Sic enim, verbi causa, in his actionibus formulam judicii concipiebat, *Si paret, Mævium Sempronio centum ex stipulatu debere, tum Mævius damnetur.* Hæ inquam actiones dictæ sunt stricti juris, item stricti judicii, quia in his judex non plus poterat, quam formula exprimebat: qua de causa nec judici in his dato nomen arbitri convenit, nec judicio

nomen arbitrii. Quod discrimen respiciens Seneca *lib. 3. de benef. Melior,* inquit, *videtur conditio causa bona, si ad judicem, quam si ad arbitrum mittatur: quia illum formula includit, & certos, quos non excedat, terminos ponit: hujus libera, & nullis constricta vinculis religio est.* Idem Seneca *lib. 2. de Clement.* ad hanc judiciorum differentiam alludens, *Clementia,* inquit, *liberum arbitrium habet, nec sub formula, sed ex bono & aquo judicat.* Ex hoc autem fonte, quod judex in bonæ fidei judiciis omnia libere ex æquo & bono æstimat, in strictis formulam præcisè sequi tenebatur, natæ sunt multæ & insignes horum generum differentiæ, quæ certo jure nunc comprehensæ sunt, & Jurisconsultorum disputationibus notatæ. Bonæ fidei judiciorum propria sunt maximè hæc. 1. Quod in his judiciis etiam ea veniunt, de quibus præstandis nihil convenit, si ut præstentur, ratio bonæ fidei exigat; veluti ut venditor evictionis nomine duplam promittat, cæteraque, quæ sunt moris & consuetudinis, *l. quod si nolit. 31. §. quia assidua 20. de adil. edict.* item incommoda reticentia aut dissimulatione unius alteri illata; verbi causa, si venditor celet emptorem vitium aliquod, aut quid aliud, quod scire emptoris interest, aut si fallendi causa obscurè loquatur, aut malitiosè dissimulet, non evitabit actionem ex empto, quæ bonæ fidei est, sed in id omne, quod emptoris interest, condemnabitur, *l. 1. §. 1. l. Julianus 13. pr. l. si sterilis 21. §. 1. l. in venditione 41. de act. empt. l. ea qua 43. §. ult. de contr. empt. l. 1. §. 1. & pass. tot. tit. de adil. edict.* nempe in judicio bonæ fidei semper dolus malus præstatur, etsi nominatim cautum non sit, eum abesse abfuturumque esse, *l. 6. in fin. de act. empt. d. l. ea qua. 43. l. si cum fundum 68. §. 1. de contr. empt.* tantumque valet officium judicis, quantum in stipulatione nominatim facta ejus rei interrogatio, *l. 7. de neg. gest.* 2. Quoniam dolus malus naturæ contractuum bonæ fidei maximè contrarius est, *l. 3. §. ult. pro soc. l. 5. C. de resc. vend.* ideo si quid in his contractibus gestum sit ab initio dolo malo, id ipso jure non valet: ut puta nulla est venditio, si quis in hoc circumscriptus sit, ut venderet, *l. eleganter. 7. de dol. mal.* Ipso jure nullius momenti est societas, si dolo malo, aut fraudandi causa inita sit, *l. 3. § ult. pro soc. l. in causa. 16. §. 1. de minor.* Et hoc est, quod vulgo interpretes tradunt, ubi dolus contractui bonæ fidei causam dat, contractum ipso jure nullum esse, nullamque ex eo actionem nasci. Secus autem est in dolo incidenti; qui purgatur actione ipsius contractus, aut exceptione, si conveniatur, qui dolum passus est, *l. 13. §. 4. & seqq. de act. empt. l. 2. C. eod. d. l. & eleganter §. 3. de dol. mal.* qua de re consule Bachovium *disp. 6. de act. thes. 16. & seq.* ubi tamen sententiam communem restringit ad contractus, qui solo consensu constant, quasi in cæteris interventus rei impediat, quominus actus sit ipso jure nullus. De metu non idem, quod de dolo, statuendum, apparet ex verbis edicti de eo, quod *met. caus. & textu expresso in l. 4. & 5. C. de his qua vi met. caus.* de quo item adi *Bach. d. loc.* & nostra *lib. 1. sel. quast. 12. 3.* Quæ ex causa contractuum bonæ fidei non liberetur debitor rem reddens deteriorem, sed adhuc integra adversus eum vetus actio maneat, *l. 3. §. 1. commod. l. 1. §. si res 16. depos. 4.* Quod in bonæ fidei judiciis post moram etiam accessiones officio judicis præstentur, in pecunia usuræ, in cæteris rebus fructus. De usuris diserte hoc traditum est in *l. mora 32. §. 2. de usur.* Ergo de fructibus idem dicendum: quoniam si ideo usuræ in bonæ fidei contractibus ex mora præstantur, quia vicem fructuum obtinent, ut disputat Jurisconsultus *in l. usura 34. de usur.* fructuum quoque eandem conditionem esse oportet, *fac. text. in l. 3. in pr. eod.* nam actio ex testamento in his, quæ ex mora præstantur, imitatur naturam actionum bonæ fidei, *d. l. usura de usur. l. 3. C. in quib. caus. in int. rest. 5.* Quod in judiciis bonæ fidei necesse non est exceptionem initio litis contestari, sed satis sit quandoque, ante rem judicatam exceptionem objici, qua deinde probata officio judicis convenit, reum absolvere. Non est hic contrarium, quod dicitur, ultra id, quod in judicium deductum est, excedere potestatem judicis non posse, *l. ut fundus 18. comm. divid.* Nam in bonæ fidei judiciis vi ipsa & potestate judicii exceptiones in judicium deduci intelliguntur, cum in his judex judicare jubeatur ex æquo & bono: idque veteres significant, cum ajunt, exceptiones inesse bonæ fidei judiciis, his contineri, &, si non excipiatur, satis per officium judicis consuli, *l. 3. de resc. vend. l. sed si ideo 21. in fin. sol. matr. l. hujusmodi 84. §. qui servum 5. de legat. 1. l. plane 38. l. ult. de har. petit.* In judiciis stricti juris omnia hæc contra se habent. In his enim ea demum præstantur, de quibu nominatim convenit, nihil amplius, *l. quicquid. 99. de verb. obl.* nisi sit, quod natura negotii contineatur, *l. 3. de reb. cred. l. indebiti. 15. de cond. ind.* Qua de causa in strictis judiciis non veniunt ea, quæ sunt moris & consuetudinis: per *d. l. quod si nolit. 31. §. quia assidua. 20. de adil. edict.* Ubi non expressè clausula de dolo stipulationi inserta est, vel separatim de dolo cautum, deficit actio ex stipulatu, & de dolo agendum est, *l. & eleganter. 7. §. 3. in fin. de dol. mal.* Subsistit ipso jure stipulatio, & semper excipiendum est, sive dolus causam contractui dederit, sive inciderit, *l si quis 36. de verb. obl. l. dolo. C. de inut. stipul.* In re deteriore facta, quæ ex contractu stricti juris, veluti ex stipulatu, debita fuit, placet promissorem

rem eam præstando vetere actione liberari, & si quid dolo in ea fecit, teneri actione de dolo, *d. l. 7. §. 3. de dol.* De usuris jus certum est, has in stricti juris contractibus ex mora non deberi, cum ut debeantur ex mora, id bonæ fidei judiciis tantum tribuatur, *l. mora. 32. §. 2. de usur. l. 5. C. de pact. int. empt. & vend.* Sed & disertè traditum est, in strictis judiciis citra vinculum stipulationis usuras peti non posse, *l. Titius 24. de præsc. verb. l. 3. C. de usur.* Quare nec post litem contestatam in his judiciis currere incipient, *l. 1. C. de cond. ind.* Nam quod dicitur, *l. lite. 35. de usur.* lite contestata usuras currere, id non hanc habet sententiam, usuras post litem contestatam incipere currere seu incipere deberi, sed debitarum cursum lite contestata non retardari, deberi cœptas post litem contestatam perseverare, *l. 1. C. de judic.* de quo dubitari poterat, propterea quod novatione facta usuræ non currunt seu cursus usurarum sistitur, *l. novatione. 18. de novat.* litis autem contestatio novationem quandam inducit, *l. delegare. 11. §. 1. l. aliam 29. de tit. l. 3. §. idem scribit. 11. de pecul.* Sed responsum est, aliam esse causam novationis voluntariæ, aliam judicii accepti: quoniam nemo actionem exercens conditionem suam deteriorem facit, *d. l. aliam add. Don. hic n. 31. Perez. ad tit. C. de usur. n. 22.* De fructibus in strictis actionibus hoc observatur, ut si quis actionem habeat ad consequendum, quod ejus non fuit, veluti ex stipulatu fructus non consequatur, etiam mora facta sit: post acceptum autem judicium etiam fructuum ratio habeatur, quia omnis causa restituenda est, *l. videamus 38. §. si actionem. 7. de usur.* In iis autem actionibus, quibus repetimus, quod nostrum fuit, cujusmodi sunt condictiones earum rerum, quæ à nobis profectæ sunt, ut condictio ob causam datorum, condictio indebiti, sine causa, &c. fructus ex quo primum tempore res accepta est, una cum re restituendi sunt ex ipsius negotii natura & quasi lege, *l. indebiti. 15. de cond. ind. d. l. videamus §. 1. & aliquot seqq. Don. de fructib. c. 1.* Plane in actione ex testamento, quæ natura sua stricti juris est, *l. 5. in fin. cum l. seq. de in lit. jur.* favore ultimæ voluntatis placuit usuras & fructus venire ex mora, ad instar bonæ fidei judiciorum, *l. 3. l. usura 34. de usur. l. 3. C. in quib. ca. in int. rest.* Denique in strictis judiciis necesse est exceptionem initio litis contestari, & vel à reo agnoscente intentionem actoris statim probari, vel à dubitante tantisper omissam, donec actor intentionem suam probavit, antequam sententia feratur, *l. 9. C. de præsc. long. temp. l. 8. & l. 9. C. de exc.* Non contestatam postea objicere non licet: de quo fusius alibi. Sunt & aliæ horum generum differentiæ, veluti quod in bonæ fidei judiciis præstentur etiam fructus percepti eo tempore, quod judicatis datur; in strictis autem hoc tempus à fructuum perceptione immune sit, *l. 3. pr. & §. 1. de usur.* Quod in illis in ineunda rei deperditæ æstimatione tempus rei judicatæ spectetur: in his tempus litis contestatæ, *l. 3. §. 2. commod.* Quod in illis juretur in litem, in his non item, nisi in casu singulari, *l. 5. pr. & §. ult. cum l. seq. de in lit. jur.* Proferuntur præterea & aliæ quædam ab aliis differentiæ, quas ideo prætermitto, quia non usque adeo explorati juris sunt. Apud nos tota hæc judiciorum distinctio generali desuetudine pene deleta est, & genera actionum sic confusa, ut omnes vi & effectu nunc videantur esse bonæ fidei. Illud tamen discrimen adhuc manet, quod quamvis usuræ in bonæ fidei judiciis debeantur ex mora, in strictis tamen non debeantur, nisi à tempore litis contestatæ. Fructuum autem, quorum causa favorabilis, in utroque genere eandem esse præstationem accepi: quod sanè in Gallia expressè sancitum. *Imbert. in enchirid. verb. eviction e an liceat. Rebuff. ad const. Reg. tom. 3. tract. de fruct. art. 1. add. Baro. inf. de off. jud. comm. part. alt. Gudelin. 3. de jur. noviss. cap. 13. Groenev. de legib. abr. ad h. §*

Bonæ fidei sunt hæ; ex empto vendito, &c.] Observandum est, quod non ait, *Bonæ fidei sunt, veluti ex empto, vendito, &c.* ut fit, cum exempli gratia quædam proferuntur: sed ὁριστικῶς, *Bonæ fidei sunt hæ, ex empto vendito,* & quæ sequuntur: indicans, se eas omnes, quæ sint hujus generis, ex professo recensere. Ex eo enim intelligimus, non tantum actiones omnes, quæ hic enumerantur, esse bonæ fidei, sed etiam præter has bonæ fidei nullas esse: cæterasque, si arbitrariæ non sint, de quibus §. *præterea 31.* esse stricti juris. Et igitur in hoc numero sunt actio ex stipulatu, ex testamento, *l. 5. §. ult. & l. seq. de in lit. jur.* ex causa donationis, *l. eum qui 22. de donat.* condictio indebiti, *l. 1. C. de cond. ind.* & condictiones reliquæ. Item actiones pœnales ex maleficiis, & generaliter omnes, quæ hic non nominantur. Non obstat, quod nonnullæ actiones, quarum hic mentio non fit, dicantur oriri aut introductæ esse ex bono & æquo: ut condictio indebiti, *l. pen. de cond. ind.* actio funeraria, *l. & si quis 14. §. hac actio. 6. de relig.* actio injuriarum *l. 11. §. 1. de jurejur.* item actio præscriptis verbis de precario, *l. 2. de precar.* Nam actiones bonæ fidei non ideo ullæ dicuntur, quia initium eas constituendi sit ex bono & æquo: sed quia, ut supra diximus, in his omnia ex bona fide dijudicantur, tam quæ præstanda sunt, quam quæ non sunt præstanda: quod non fit in aliis, quam quæ hic commemorantur. Plane actio funeraria inter bonæ fidei judicia numerari videtur *d. l. & si quis §. idem Labeo 13. de relig.* ubi Ulpianus ait, judicem hic solutius æquitatem sequi, cum hoc ei natura actionis indulgeat: nam in strictis judiciis judex non solutè judicat, sed adstringitur formulæ: ut proinde existimem,

mem, actionem funerariam inter judicia bonæ fidei computandam. Sed nego, eam hic prætermissam esse: numeratur enim inter bonæ fidei judicia actio negotiorum gestorum; cujus actio funeraria species quædam est aut adjectio, *arg.l.1.d.l. & si quis §. sed interdum 7.§.fortassis 9.§.si quis 11. & d.§.idem Labeo 13. de relig.* Illud enim in universum tenendum est, actiones, quæ hic enumerantur, ita solas bonæ fidei censendas, ut illæ duntaxat excludantur, quæ plane sunt diversi generis; non etiam illæ, quæ adjectitiis tantum qualitatibus ab aliis distinguuntur, aut sub enumeratis tanquam species sub genere comprehenduntur. Nullum certè dubium est, quin nomen bonæ fidei tam conveniat actionibus contrariis, negotiorum gestorum, mandati, depositi, commodati, tutelæ, pignoratitiæ, quam directis ex iisdem causis: & quin per enumeratas non solum directæ intelligantur, sed etiam quæ ex similibus causis sunt utiles, veluti negotiorum gestorum adversus curatorem, *l.3.C.de transact.* Eademque ratione & actionem pro tutelæ, & bonorum possessoriam hæreditatis petitionem, & petitionem hæreditatis fideicommissariam, rectè dicimus esse actiones bonæ fidei, *arg.l.1.§.pen. de eo qui pro tut.l.1.de poss.hær.pet.* Eo amplius & actio exercitoria & institoria ex contractu bonæ fidei cum magistro navis aut institore inito, item de peculio ex eadem causa bonæ fidei censendæ. Postremo eodem numero habenda & actio emphyteuticaria, quia olim ex vendito aut locato erat: nam Zeno contractum emphyteuticum à venditione & locatione separando vim ejus veterem non minuit, sed auxit, *l.1.C.de jur.emphyt fac.§.3.sup.de locat.*

Ex empto vendito] Actiones omnes ex contractibus nudi consensus bonæ fidei sunt, ut ex empto, vendito, locato, conducto, pro socio, mandati: quibus etiam hæc qualitas aliquando per excellentiam tribuitur, *sup.tit.de obl.ex conf.l.2.de obl. & act.*

6 *Familiæ erciscundæ communi dividundo*] Alibi passim tria hæc judicia propter similitudinem, quam habent, conjunctim proponuntur, familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum. Hic autem finium regundorum consulto prætermissum; quia hoc judicium à cæteris in eo discrepat, quod causam continet bonæ fidei judicii. Nam illa familiæ erciscundæ & communi dividundo oriuntur ex negotio communi gesto, & quasi ex contractu. In finium autem regundorum judicio solus sibi rem gerit, qui convenitur, magisque ex delicto aut quasi ex delicto hæc actio esse videtur, quam quasi ex contractu: qua de causa etiam obligatio, unde hæc actio nascitur, omissa est, *tit. de obl. quæ quas. ex contr.* Est igitur aut stricti juris, aut, quod magis probo cum *Ant.Fab.dec.94.err.1.* arbitraria; quoniam pro vendicatione est *l.1.fin.reg.Fac.l.4.§.3. eod.* & quod nomen arbitri in quæstione finium usurpatur.

Quæ de æstimato proponitur, & quæ ex permutatione] Ex actionibus præscriptis verbis duæ tantum hic proponuntur, quæ sint bonæ fidei, actio æstimatoria, & quæ ex contractu permutationis competit. Unde rectè vulgo interpretes concludunt, cæteras præscriptis verbis esse stricti juris. Cur duas illas placeat esse bonæ fidei, singularis ratio est, quam suggerunt *l.1.de æstim.act.l.1. de contr. empt.* In illa refert Ulpianus, dubitatum fuisse, cum res æstimata vendenda datur, utrum hæc conventio esset venditio, an locatio, an denique mandatum: qui contractus omnes cum sint bonæ fidei, merito quæ hic dubitationis tollendæ causa introducta est actio præscriptis verbis, bonæ fidei censeri debet. In hac ostendit Paulus, tantam esse inter emptionem & permutationem affinitatem, ut Cassius & Sabinus existimaverint, permutatione rerum etiam emptionem & venditionem contrahi, & rem unam pretii, alteram mercis loco fungi: quæ rationes in aliis articulis, ex quibus nascitur actio præscriptis verbis, locum non inveniunt: videsis *D. Bachov.disp.6.de act. thes.8.*

Hæreditatis petitio] Petitioni hæreditatis, cum ea sit actio in rem, *l.25.§ propen.de hæred.petit.l.1.de rei vind.* non videtur convenire hæc qualitas, ut reputetur actio bonæ fidei: siquidem qualitas illa propria est actionum in personam, & earum ferè, quæ ex negotio mutuo gesto nascuntur: quale nullum geritur inter hæredem & possessorem hæreditatis. Atque haud dubiè hac ratione moti nonnulli veterum eam à classe judiciorũ bonæ fidei removerunt. Sed alii nihilominus eam inter bonæ fidei judicia numerandam esse censuerunt, propterea quod in judicio petitionis hæreditatis res ad negotiorum gestorum naturam proximè accedit. Constat enim, possessori hæreditatis committi rerum hæreditariarum administrationem: unde fit, ut licet petitio hæreditatis sit actio in rem, multas tamen habeat præstationes personales, ut puta eorum, quæ à debitoribus exacta sunt; item pretiorum rerum venditarum: item eorum, quæ possessor creditoribus solvit, vel in hæreditatem impendit, *d. l. 25.§. antepen. l. item veniunt. 20. l. plane.38. de hæred.pet.* quæ omnia quodammodo actione in personam, & veluti ex negotio gesto repeti videntur: unde etiam mixta personalis hæc actio appellatur, *l. 7. C. de pet. hær.* posteriorem sententiam, quæ etiam plurium esse videtur, & jam ante recepta, *arg. d.l.38. de hær. pet.* confirmavit Justinianus *l. ult. C. eod.*

TEXTUS.

De rei uxoriæ in ex stipulatu actionem transfusa.

29. Fuerat antea & rei uxoriæ actio una ex bonæ fidei judiciis: sed cum pleniorem esse ex stipulatu actionem invenientes, omne jus, quod res uxoria antea habebat, cum multis divisionibus in actionem ex stipulatu, quæ de dotibus exigendis proponitur, transtulerimus, merito rei uxoriæ actione sublata; ex stipulatu actio, quæ pro ea introducta est, naturam bonæ fidei judicii tantum in exactione dotis meruit, ut bonæ fidei sit: sed & tacitam ei dedimus hypothecam. Præferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiatur, cujus solius providentia hoc induximus.

NOTÆ.

SED ET TACITAM HYPOTHECAM] Quatuor singularia hic à Justiniano constituta. 1. ut actio ex stipulatu mulieri detur, quamvis nulla stipulatio de dote reddenda interposita. 2. ut actio illa in hoc casu sit bonæ fidei. 3. ut adjunctam habeat hypothecam bonorum mariti, *d. l. unic.* §. *1. 4.* ut ex hac causa mulier præferatur omnibus aliis creditoribus, quamvis antiquiorem hypothecam habentibus, *l. ult. C. qui pot. in pign. Nov. 97. c. 3. & 4.*

CUJUS SOLIUS PROVIDENTIA] His verbis excluduntur tantum hæredes mulieris extranei, *d. l. un.* §. *6.* Etenim privilegium dotis ad liberos transit, *d. l. ult. vers. exceptis. Nov. 91.*

COMMENTARIUS.

1 *Soluto matrimonio quis qua actione dotem olim repetebat: & quid hic novi à Justiniano.*

2 *Actio ex stipulatu quam ob causam plenior visa quam rei uxoriæ.*

3 *Singularia, quæ circa actionem de dote ex stipulatu Justinianus constituit.*

4 *Iniquum plerisque visum, mulierem præferri expressam anteriorem hypothecam habentibus: & quid hic juris apud nos.*

5 *An liberi idem privilegium habeant, quod mater.*

SOluto matrimonio dotis repetitio est, nisi convenerit, ut mortua in matrimonio muliere dos remaneat apud maritum, *l. 12. de pact. dot.* Si mulier suo nomine dotem dederit, ipsi soli repetitio competit, *l. un.* §. *accedit. 13. C. de rei ux. act.* Idem est, si extraneus nomine mulieris, nisi statim stipulatus aut pactus sit dotem sibi reddi, *l. 9. in fin. C. de pact. tam sup. dot.* Profectitiam pater adjuncta filiæ persona petit, *l. 2.* §. *1. solut. matr.* ipsa sola, si emancipata est, *l. si socer. 44. eod. l. pater. 71. de evict.* Mortua in matrimonio filia, sive emancipata sive in potestate, solus pater jus petendi habet, *l. 5. in pr. &* §. *1. l. 6. de jur. dot. l. 21. solut. matr. l. 4. C. eod.* Patre mortuo dotis exactio filiæ manet, eaque mortua ad hæredes ejus transmittitur, *d. l. un.* §. *4. & 6.* Dotem adventitiam filia emancipata petit sola, filiaf. cum patre; mortua filia apud maritum remaneat, nisi, ut redderetur, convenerit, *d. l. un.* §. *accedit. 13.* Quod si pater dotem sibi reddi stipulatus sit, patris solius actio propria est, *d. l. un.* §. *& hoc 14.* Pro repetenda autem dote duplex jure veteri actio mulieri competebat, actio rei uxoriæ, atque insuper actio ex stipulatu, si quando dotem sibi reddi stipulata fuerat: illa erat bonæ fidei, & proinde laxior; hæc stricti juris, sed firmior, multisque in rebus plenior & utilior, quæ causa est, quod Justinianus priorem sustulit, & quod in ea melius erat, transtulit in actionem dotis ex stipulatu, *d. l. un. C. de rei ux. act.* ubi constituit, ut quamvis mulier dotem sibi reddi stipulata non fuerit, aut stipulata sit inutiliter, nihilominus perinde habeatur, atque si stipulatio revera & utiliter intervenisset, utique ex hac causa actio ex stipulatu, quæ jure communi stricti judicii est, bonæ fidei sit. Adjecit & de hypotheca, ne quid hic deesset mulieri ad omnem cautionem, *in pr.* §. *12. d. l. un.*

Una ex bonæ fidei judiciis] Antiqua rei uxoriæ seu de dote actio naturam bonæ fidei obtinebat, *l. sed & si 21. de solut. matr.* ubi Ulpianus ait, doli exceptione inesse de dote actioni, sicut in cæteris bonæ fidei judiciis. Ex Cicerone quoque in *Top. & lib. 3. de off.* discimus, in hujus actionis formula hæc verba usurpata fuisse, *Quantum æquius melius.* Cujus etiam vestigia existant in *l. pen.* §. *ult. sol. matr. l. si cum 82. de solut.* 1

Pleniorem esse ex stipulatu] Actionem ex stipulatu ideo pleniorem fuisse dicit, quia nonnihil habebat præcipui, & quædam commoda, quæ non erant in actione rei uxoriæ. Nam si mulier dotem sibi reddi stipulata erat, non erat locus edicto *De alterutro,* dotemque simul & legatum sibi à marito relictum petere poterat, cum absque stipulatione alterutrum tantum ex edicto consequeretur, præsumente auctore edicti, legatum in pensationem dotis relictum, *d. l. un.* §. *3. C. de rei ux. act.* Sed & quæ actioni rei uxoriæ obstabant exceptiones & retentiones, ob mores, ob res amotas, & donatas, & impensas, *l. rei. 15.* §. *1. solut.* 2

lut. matr. non obstabant muliere agente actione ex stipulatu, *d. l. un. §. taceat. 5.* Adhæc, stipulatione non interposita, dos adventitia, mortua in matrimonio muliere, apud maritum remanebat; actio autem ex stipulatu ad hæredes mulieris transmittebatur, *d. l. un. §. maneat. 4. & §. illo. 6.* Postremo rebus fungibilibus in dotem datis etiam hoc commodum erat actionis ex stipulatu, quod data quantitas hac actione statim exigi poterat, & restituenda erat, cum in actione rei uxoriæ quantitatis repetitio dilationem haberet, ut demum annua, bima, trima die redderetur, *d. l. un. §. cum autem. 7.*

3 *Tacitam ei dedimus hypothecam*] Quo plenius & certius mulieribus de dote consultum esset, hoc etiam Justinianus constituit, ut actio dotis ex stipulatu, quam pro rei uxoriæ actione introduxit, adjunctam haberet hypothecam omnium bonorum mariti, *d. l. un. §. 1.* & tandem, ut in omnem eventum securæ essent, etiam in hac ipsa hypotheca privilegium hoc dedit, ut in ea mulieres omnibus aliis creditoribus præferantur, quamvis tempore prioribus, sive hypothecam tempore antiquiorem habentibus, *l. ultim. C. qui pot. in pign.* adeoque, quod contextus legis, & illa sexus muliebris miseratio, evincit, perspicueque apparet ex *Nov. 97. c. 3. & 4.* ut præferantur creditoribus non tacitam tantum, sed etiam expressam hypothecam anteriorem habentibus: quomodo & Doctores Ultramontani constitutionem Just. interpretati sunt: & noviss. *Ant. Mer. 3. controv. 9.* Sed quo-
4 niam hoc privilegium aperte iniquum est, utpote auferens mihi jus, quod mea mihi opera & cautione quæsivi, cæteri omnes æquissima interpretatione maluerunt hoc sic temperare, ut iis tantum creditoribus noceat, qui tacitam itidem, ut mulier, & lege constitutam hypothecam habent, non etiam iis, qui habent antiquiorem expressam, id est, eam, de qua sibi ipsi aperta conventione prospexerunt. Ita *comm. DD. in d. l. ult. C. qui pot. in pign. & ad hunc §.* ut videre est apud *Jas. Zas. Gomez. hic. Neguz. de pign. p. 5. memb. 2. n. 23. Covar. 1. res. 7. n. 1.* & secundum hoc temperamentum passim judicari solet, testib. *Schneid. n. 58. Ant. Fab. Cod. suo. qui pot. in pign. def. 16. Christin. vol. 4. dec. 159. n. 8. Gail. 2. obs. 25. n. 10.* ubi diserte ait, suo tempore ab hac opinione in Camera Imperiali nunquam recessum fuisse: quanquam contrarium judicium Cameræ affert *Mynf. 4. obs. 13.* Apud nos, sicut pleraque alia jura, quæ de dote constituta sunt, locum non habent, ita nec ea, quæ de tacita hypotheca constituit Just. Contendunt tamen nonnulli, si per pacta dotalia excludatur bonorum communio, vel constituatur, ut uxor sua bona recipiat, quæ contulit, tunc locum esse juri civili, & tunc etiam legalem hypothecam in bonis dotalibus locum habere, ut nempe in iis mulier præferatur. Cæterum quomodo hic res se habeat, disces ex *Neostad. de pact. antenupt. obs. 9. 10. 21. Grot. 1. introd. c. 5. & 2. introd. c. 12.* Antvverpiæ jus civile & privilegia dotis servantur sine ullo pacto.

Cum ipsa mulier experiatur, cujus solius providentia] His verbis non excludit liberos mulieris, sed alios, qui dotem pro muliere dantes eam sibi reddi stipulati aut pacti sunt; itemque hæredes mulieris extraneos, ad quos actionem dotis ex stipulatu mortua muliere transire voluit, *d. l. un. §. illo 6. C. de rei ux. act.* Liberis autem eandem prærogativam, quam matri dedit, servari jussit, tanquam si mater adhuc viveret, *d. l. ult. vers. exceptis. C. qui pot. in pign. & Nov. 91.* Itaque recte DD. comm. in *d. l. ult.* & cum iis *Gomez. in l. 50. Tauri. Christin. vol. 4. dec. 160. n. 15.* concludunt, liberos eosdemque hæredes mulieris, idem privilegium prælationis habere, quod haberet mater eorum si viveret, licet id aliis hæredibus non competat, *diss. Ant. Fab. 8. conj. 13.* cui occurritur à *Bachov. lib. 4. de pign. c. 13. n. 2.*

TEXTUS.

De potestate judicis in judicio bon. fidei, & de compensationibus.

30. In bonæ fidei judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono & æquo æstimandi, quantum actori restitui debeat. In quo & illud continetur, ut si quid invicem præstare actorem oporteat, eo compensato, in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari. Sed & in stricti juris judiciis ex rescripto divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio easdem compensationes, quæ jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascumque; excepta sola depositi actione; cui aliquid compensationis nomine opponi, sanè iniquum esse credimus: ne sub prætextu compensationis depositarum rerum quisquis exactione defraudetur.

NOTÆ.

30. Libera potestas permitti judici] Hinc est quod bon. fid. judicia passim appellantur arbitria, & judices additi arbitri. *l.2.4.depos. l.43. l.ult. fam. erc. l.15. l.17. C. eod. l.18. comm. div. l.38. pro soc.* Cic. & Sen. *ubi sup.*

In reliquum debeat condemnari] Aut si nihil reliquum absolvi, *l. 4. l. 11. C. de compens.* Nam compensatio est debiti & crediti inter se contributio, *l.1. D.eod.* Unde Græcis ἀντίλογος dicitur.

Opposita doli mali exceptione] Quæ initio litis contestanda erat. In bon. fid. vero judiciis admittebatur compensatio ipso jure, & citra exceptionem propriè dictam.

Nostra constitutio] Extat in *l. ult. C. de compens.*

Commentarius.

1 *Causa liquida. Non liquidi ad liquidum cur non admissa compensatio.*
2 *Compensatione ipso jure actiones minui. Quid hoc; quæ inde utilitas: & quid si quis compensatione usus non fuerit.*
3 *Rerum consumptibilium duntaxat compensationem.*

Ex eo, quod in bonæ fidei judiciis libera potestas judici est, omnia æstimandi ex æquo & bono, in strictis non item, natæ quotquot sunt inter hæc judicia differentiæ. Inter has & illa olim erat, quod in bonæ fidei judiciis admittebatur compensatio à judice sola æquitate judicii, idque citra exceptionem proprie dictam, seu ipso jure. In judiciis autem stricti juris reus, cui quid vicissim ab actore debebatur, necesse habebat id propria actione petere usque ad rescriptum D. Marci, ex quo & in strictis judiciis potestas compensandi admissa est, opposita doli mali exceptione. Cæterum constitutione Justiniani jus compensandi latius introductum, atque ipso jure admissum, modo causa, ex qua compensatio objicitur, liquida sit, in actionibus omnibus, & tam in rem, quam in personam, duabus tantum exceptis, quibus in totum noluit compensationem opponi, actione depositi, & omni actione, qua possessio rei alienæ perperam occupatæ repetitur, *l. ult. C. de compens. l. pen. C. depos.*

Eo compensatio in reliquum] Hæc effectum compensationis indicant: nimirum compensatio cum sit debiti & crediti inter se contributio, *l. 1. de compens.* si compensato eo, quod invicem debetur, nihil supersit utrinque, quod debeatur, absolvi reus debet; sin supersit, quod reus debeat, in id solum, quod reliquum est, condemnari. Unde compensatio utrinque pro soluto haberi dicitur, usque ad concurrentes quantitates, quæ invicem debentur, *l. 4. C. eod.*

Opposita doli mali exceptione] Itaque post rescriptum D. Marci manebat adhuc illa inter judicia bonæ fidei & stricti juris differentia, quod in his compensatio inducebatur ope exceptionis, quæ proinde initio litis contestanda erat, non contestata frustra postea objiciebatur. In illis autem compensatio admittebatur ipso jure & citra ullam exceptionem propriè dictam; quod quale sit postea audiemus.

Quæ aperto jure nituntur] Id est, quæ ex causa liquida objiciuntur. Causam liquidam interpretamur, cum apertum est jus debitoris, qui sibi vicissim quid deberi intendit. Id ita fit, si causa debendi & justa est & vera, & talem esse vel in præsentia constet confessione adversarii, vel celeriter & expedire probari possit. *Cacheran. decis. Pedemon. 229. n. 13. Menoch. 2. arb. cent. 1. cas. 14.* ubi in hac re judicis arbitrio nonnihil tribuendum existimat. Non liquidi cum liquido compensationem admitti, Justinianus noluit, sed tum alii judicio rem reservari jussit, ne creditori fiat injuria, si debitori, qui initio tacuit, postquam jam convictus aut pene convictus est, permittatur confugere ad defensionem compensationis, ex causa, de qua non liqueat & quæ altiorem indaginem requirat, *d. l. ult.* vide tamen *Christin. vol. 1. dec. 231. vol. 3. dec. 38. n. 8.* Sane & si causa, ex qua compensatio objicitur, liquida non sit, si tamen reus initio litis compensationem per modum exceptionis opponat, eamque contestetur, audiendus est: nam ad hunc casum constitutio non pertinet, ut bene *Don. hic Zanger. part. 3. de exc. c. 8. n 104.* quorum argumentis nihil solidi ab aliis reponitur: add. quæ nos *lib. 1. select. quæst. c. 50.* 1

Actiones ipso jure minuant] Hoc non ita accipiendum est, quasi debitor liberetur compensatione sine facto suo, id est, non opposita defensione compensationis: nam cum judex divinare non possit, an actor vicissim quid debeat, à reo utique hoc allegandum est, petendumque ut compensatio admittatur: quæ tamen allegatio proprie exceptio non est, licet ita vulgo appelletur; nam allegandæ compensationi quævis tempora idonea sunt ante executionem judicati; *l. 2. C. eod.* sed species defensionis, quæ actoris intentionem repellit negatione juris, qualis est allegatio solutionis, acceptilationis, novationis, &c. *vid. inf. tit. de except.* Sed ita, opposita & admissa compensatione statim ipso jure actionem tolli aut minui, reumque retroversus ipso jure usque ad concurrentem quantitatem liberatum intelligi, ex quo utrinque deberi cœpit, *l. 4. C. eod.* Quod nosse, cum ad alias res apprime utile est, tum ad accessiones rerum debitarum, quæ ex eo tempore sublatæ esse 2

esse intelliguntur, puta fidejussores, pignora, usuræ, *l. 4. ff. d. l. 4. l. invicem 12. C. eod.* Itaque cum alter pecuniam gratuitam, alter sua usuris debet, concurrentis utrinque quantitatis usuræ non præstantur, *l. cum alter. 11. eod.* Quæcumque autem vis est compensationis, ea constituta est debitori, qui compensatione usus est, *l. 2. l. 5. eod.* sin minus, salva ei manet vetus petitio; nec creditor, qui totum petit, malè petiisse videtur. Unde judicatum est interim etiam, actionem à creditore alii cedi posse eo effectu, ut quæ cedenti poterat objici compensatio, ea objici non possit cessionario, utique causam onerosam habenti & actione utili suo nomine experienti, *Christin. vol. 1. decis. 252. Ant. Fab. Cod. suo. de compens. defin. 3. fac. l. 4. §. 28. 29. & 31. l. 5. §. pen. de dol. mal. except.* adde eund. *Ant. Fab. 12. Conject. 9.* Nam seq.

Sive in rem sive in personam] Ponendi tamen sunt termini habiles, nempe si res, de quibus compensandis & inter se contribuendis agitur, compensationem & mutuam contributionem admittant. Tales autem sunt illæ, quæ pondere, numero, mensura constant: quod vel ipsum nomen compensationis indicat, quo nihil aliud significatur quam debitæ invicem pecuniæ aut quantitatis contributio, & apertè ostendit *d. l. 4. C. de compens. fac. text in l. 18. de pign. act. l. 22. de compens.* Denique si in aliis rebus, quam quæ functionem in genere recipiunt, compensatio admittatur, aliud cum alio compensari poterit: quod non magis licet, quam aliud pro alio invito creditore solvere: quippe cum compensatio non alia de causa debitorem liberet, quam quia pro solutione est, *d. l. 4. C. de comp. junct. l. 2. §. 1. de reb. cred.* Cum itaque quantitatis tantum cum quantitate seu pecuniæ cum pecunia compensatio fit, consequens omnino est, neque speciem reo debitam cum pecunia ab eo petita, neque pecuniam illi debitam cum specie ab eo petita compensari posse, multoque minus speciem cum specie: & quod Justinianus generaliter hic constituit, compensationem in omnibus actionibus opponi posse, sic perpetuo erit accipiendum, ut in actionibus tum in rem tum in personam, quibus certa species petitur, ita demum compensationi locus fit, si pro re pecunia præstari debeat, ut accidit, cum re dolo aut culpa debitoris amissa aut deteriore facta æstimatio ejus deberi cœpit. Quod & vulgo rectè probatum est, ut alibi demonstrabimus: nam & huic argumento proprium destinavimus tractatum. Duo omnino sunt, quibus agentibus compensatio objici non potest, fiscus & respublica: sed certis duntaxat in causis ad publicam utilitatem pertinentibus; quæ comprehensa sunt *l. 3. C. de compens. l. aufertur 46. §. ut debitoribus 5. de jur. fisc. l. ob negotium 20. ff. de compens.*

Excepta sola depositi actione] Quam ideo excepisse videtur, ne mora ulla interponeretur reddendi depositi, quod solius custodiæ causa datur, donec visum erit deponenti repetere. In *l. ult. C. de compens.* excipit actionem, qua possessio rei alienæ perperam occupatæ repetitur; quæ sanè species nullam aut retinendi aut compensandi probabilem causam habet. Cujacius excipit & actionem commodati, per *l. ult. C. commod.* ubi dicitur, prætextu debiti restitutionem commodati, id est, rei commodatæ, non probabiliter recusari: sed hoc non obstat, quo minus dicamus, iisdem conditionibus, de quibus supra, locum esse compensationi etiam in actione commodati, *Don. hic num. 10.*

TEXTUS.

De actionibus arbitrariis.

31. *Præterea actiones quasdam arbitrarias, id est, ex arbitrio judicis pendentes, appellamus; in quibus nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat. Sed istæ actiones tam in rem, quam in personam inveniuntur. In rem; veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quæ etiam hypothecaria vocatur. In personam; veluti quibus de eo agitur, quod vi aut metus causa, aut dolo malo factum est. Item cum id, quod certo loco promissum est, petitur. Ad exhibendum quoque actio ex arbitrio judicis pendet. In his enim actionibus, & cæteris similibus, permittitur judicis ex bono & æquo, secundum cujusque rei, de qua actum est, naturam, æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.*

NOTA.

Ex Arbitrio judicis pendentes] Nam si reus arbitrio judicis paret, absolvitur: si non paret, condemnatur, & plerumque gravius atque in aliud, quam quod facere jussus erat, *l. 14. §. 1. quod met. ca. l. 46. & seq. de rei vind. l. 5. l. 8. de in lit. jur.*

VEL EX NOXALI CAUSA] Puta si adversus dominum noxaliter agatur ea actione, quæ & ipsa arbitraria esset, si cum domino ageretur directo: puta quod metus causa, aut de dolo. Don. *num.* 12.

QUOD CERTO LOCO] Hæc alia longe ratione arbitraria dicitur, quam ceteræ: quippe quæ origine sua est stricti juris; sed ex accidenti, quod alio loco intendatur, fit arbitraria: & ideo sic appellatur, quia arbitrio judicis æstimandum permittitur, quanti litigatorum intersit, potius solvi loco constituto, *l. 2. quod cert. loc. §. 33. vers. loco plus petitur, inf. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Actiones arbitrarias constituere tertium genus plane diversum à superioribus.*
2 *Ex quo fit, quod actio de eo quod certo loco arbitraria, &c.*
3 *Cæterarum arbitrariarum natura: & ratio nominis.*
4 *Hæc in genere duplicem intervenire sententiam: mores hodierni.*
5 *In ea quod certo loco una sententia rem transigi.*
6 *Rectene noxales inter arbitrarias numerentur: saltem interdum.*
7 *Inter arbitrarias esse & rei vindicationem, & confessoriam, &c.*
8 *Actiones quædam arbitrariæ hic non nominatæ.*
9 *Bonæ fidei & arbitrariarum discrimen.*

INterpretes vulgo existimant, non proponi hic novum & tertium actionum genus, quod sit distinctum à superioribus, & earum, quæ neque bonæ fidei sint, neque stricti juris. Sed actiones arbitrarias ad unum è duobus istis generibus referendas: esse enim ex eo genere, quæ stricti juris appellantur, seu esse speciem actionum stricti juris, ac proinde bipartita illa divisione, quæ proponitur §. *actionum 28. sup.*
1 contineri. *Perez. & Corvin. in erotematibus.* Nos autem contra putamus, actiones arbitrarias tertium genus constituere plane sejunctim à superioribus, ut quæ sunt hujus generis, neque sint bonæ fidei, neque stricti juris. Tale utique hoc genus aperte hic statuit Justinianus, cum ait *præterea esse quasdam actiones, quas arbitrarias appellamus.* Nam illud *præterea* non aliud valet, quam præter superiores; ut intelligamus, præter modo memoratas actiones bonæ fidei & stricti juris esse & tertium genus earum, quæ dicuntur arbitrariæ. Quod si veterum auctoritas quæritur, non obscure Marcianus in *l. 5. de in lit. jur.* actiones arbitrarias ab utraque superiore specie sejungit. Nam cum initio dixisset, in actionibus in rem & ad exhibendum & in bonæ fidei judiciis in litem jurari, subjicit in calce per adversativam, *Plane interdum & in actione stricti judicii in litem jurandum.* Aperte declarans, actiones in rem & ad exhibendum, quas à bonæ fidei judiciis antea distinxerat, nec stricti juris esse; sunt autem hæ arbitrariæ, ut mox audiemus. Sed & Papinianus tria hæc genera distincte posuit, & multo etiam apertius in *l. 3. §. 1. de usur.* ubi ita scribit, *In his quoque judiciis, quæ non sunt arbitraria, nec bonæ fidei, post litem contestatam actori causa præstanda est.* Et igitur ex sententia quoque Papiniani tria hæc judicia plane diversa sunt, arbitraria, bonæ fidei, & quæ neutrum horum sunt, quæ dicuntur stricti juris. Quid quod arbitrariæ actiones propius accedunt ad naturam bonæ fidei actionum, quam ad actiones stricti juris: nam & in arbitrariis permittitur judici facultas æstimandi ex æquo & bono, quemadmodum actori satisfieri oporteat, *in fin. hujus §.* & in his similiter ut in bonæ fidei judiciis juratur in litem, *l. 5. de in lit. jur.* ut si alterutri speciei aggregandæ sint, potius referendæ videantur ad classem judiciorum bonæ fidei, quam stricti juris: quod tamen & ipsum admittendum non est: & neutra harum qualitatum usquam actionibus in rem tribuitur, quæ tamen magnam partem arbitrariarum constituunt, ut vel bonæ fidei dicantur vel stricti juris: quippe quæ qualitates non aliis actionibus, quam quæ in personam sunt, competunt, & maxime iis, quæ ex conventionibus descendunt. Illud autem, quod ajunt, actiones arbitrarias natura sua & origine esse stricti juris, ex accidenti autem esse, quod in his arbitrio judicis condemnatio fiat, falsum est; præterquam in actione de eo, quod certo loco; quæ à cæteris toto genere distat, ut paulo post apparebit.

Ex arbitrio judicis pendentes] Actiones arbitrariæ sunt, quæ ex judicis arbitrio pendent; unde & nomen acceperunt. Et pendent quidem omnes ex arbitrio judicis, sed non omnes eodem modo: longeque alia ratione actio de eo, quod certo loco dari oportet, arbitraria atque ex judicis arbitrio pendere dicitur, quam reliquæ, quæ idem nomen habent. Nimirum ut duæ sunt causæ inter se diversæ, ob quas actio dicitur arbitraria, ita etiam duo sunt actionum arbitrariarum genera iisdem causis inter se distincta. Nam quædam ex eo arbitrariæ dicuntur, quod in iis tota condemnatio ex arbitrio judicis pendet. Quo in genere sunt actiones, quæ sunt de eo, quod certo loco dari oportet, sive ex causa stipulationis, sive quia ita cautum testamento, vel quia mutua pecunia sic data, ut certo loco redderetur, *l. 1. l. 5. l. 6. de eo quod cert. loc.* Ex his enim causis cum alio loco agitur, permittitur arbitrio judicis æstimandum, quanti litigatorum intersit, constituto potius loco solvi, quam eo, in quo agitur: ut si rei intersit, minuatur; si actoris, augea- 2

gratur condemnatio, *l. 2. pr. & §. ult. d. tit. l. un. C. ubi conv. qui cert. loc.* Formula judicii hæc fuit; *Si paret, Titium decem Capuæ dare oportere, neque in eo loco pecuniam suo tempore solvisse, judex, arbitratu tuo condemna.* Hujus generis arbitrariæ natura sua & origine sunt stricti juris, sed ex accidenti, quod alio loco intentantur, quam in quo dari debuit, novam qualitatem induunt, quæ ex strictis eas arbitrarias facit. Cæteræ quæ arbitrariæ dicuntur, diversam naturam & rationem nominis habent. Hæ enim ideo sic appellantur, quia earum hoc proprium est, quod in iis, antequam procedatur ad sententiam definitivam, ad condemnationem vel absolutionem, judex tanquam arbiter honorarius, interloquitur, jubens reum aliquid facere convenienter naturæ actionis institutæ; ex quo porro jussu seu arbitrio pendet actionis exitus, absolutio scilicet aut condemnatio. Nam si huic arbitrio reus paret, absolvitur; si non paret, condemnatur; & quidem gravius atque in aliud, quam quod facere jussus erat, in pœnam contumaciæ. Ut ecce in actione quod metus causa, probato metu, jubetur reus rem, quæ metu extorta dicitur, restituere: si jussui judicis non paret, condemnatur in quadruplum, *l. item si 14. §. 1. & deinceps, quod met. caus.* Id judicio rei vindicationis, probato dominio, jubetur possessor rem item restituere: si per contumaciam non restituit, aut dolo fecit, quominus restituere possit, condemnatur quanti adversarius in litem juraverit, *l. ejus rei 46. cum l. seq. de rei vind. l. 5. l. 8. de in lit. jurand.* Idem fit in actione ad exhibendum, si jussus exhibere non exhibeat, *l. 3. §. 2. ad exhib.* Formula judicii in rei vindicatione talis fuit, ut ex *Cic. 4. in Verr.* discimus; *Si paret, rem, qua de agitur, Titii esse, & ea res arbitrio tuo non restituatur, judex, condemna.* Condemna scilicet in aliud, & tanti, quanti res æstimata erit jurejurando actoris. Itaque in posteriore hoc genere duplex sententia intervenit; una interlocutoria, jussus seu arbitrium de restituendo vel exhibendo; altera definitiva litem terminans absolutione aut condemnatione, prout reus præcedenti arbitrio paruerit aut non paruerit, quæ veteribus absolute sententia dicitur. Atque, ut ante diximus & probavimus, ubi reus est contumax, in aliud & gravius quid condemnatio fit, quam quod arbitrio continetur, puta vel in quadruplum, ut in actione quod metus causa, vel in id, quanti res æstimata fuerit jurejurando actoris, ut in cæteris hujus generis. Nam quod aliquando etiam in casu contumaciæ ultra non proceditur, sed arbitrium transit in sententiam definitivam, & mandatur executioni, *l. qui restituere 68. de rei vind.* extraordinarium est, *arg. l. finita 15. §. ubi autem 23. de damn. inf. l. 1. §. 4. si ventr. non mul. in possess.* quanquam moribus nostris convenit; quibus semper in rem petitam fit condemnatio & executio. Sed neque arbitrium præcedit, aut possessor victus jubetur interloquente judice rem restituere: verum statim definitive condemnatur, *art. 172. Instruct. Cur. Holl. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 5. tit. 7. cap. 1.* In priore autem genere res una sententia transigitur, ut in aliis fere actionibus, id est, nullo jussu judicis præcedente, ex quo sententia pendeat. Arbitratur quidem judex & in actione de eo, quod certo loco, sed tunc, cum profert sententiam, nec tam quid reus faciendum habeat, quã quid ipse pronuntiandum ac postea exequendũ. Non obstet, quod ait Ulpian. *l. 4. §. 1. de eo quod cert. loc.* interdum judicem, qui ex hac actione cognoscit, cum sit arbitraria, absolvere reum debere, cautione ab eo exacta de pecunia ibi solvenda, ubi promissa est. Nam hoc singulare est, & extra casus illic propositos vix locum habet; neque jubetur ea cautio interponi per modum arbitrii aut jussus, cui si non pareatur, reus gravius condemnetur, sed ad postulationem ipsius rei mero judicis officio, æquitatem ante oculos habentis; efficitque tantum, ut actor remittatur ad locum constitutum. *Ant. Fab. dec. 90. err. 2.* Hæc notanda fuerunt, propterea quod Justinianus species sive exempla utriusque generis confusim proposuit.

Nisi arbitrio judicis satisfaciat] Ita hic loquitur, quasi omnium actionum arbitrariarum hoc commune sit, quod in iis judex prius quam sententiam ferat, arbitretur sive jubeat reum aliquid facere: quod tamen quarundam duntaxat est proprium, & non pertinet ad actiones arbitrarias, quæ sunt de eo, quod certo loco, ut superius demonstratum est.

Vel ex noxali causa] Inter actiones arbitrarias numeratur hic & actio noxalis, id est, ea, quæ ex maleficio servi adversus dominum competit, ut is damnatus aut litis æstimationem sufferat, aut servum noxæ dedat, *inf. de noxal. act.* In quo quidam putant, iterum errare Tribonianum: nam actiones noxales inter arbitrarias referri non posse; quoniam in his neque condemnatio arbitrio judicis committitur, ut in actione de eo quod certo loco; neque arbitrium aliquod judicis interponitur, unde pendeat sententia, ut in cæteris: sed judici præscribitur jure, quam sententiam ferat: nimirum ut postquam probatum est, servum noxiam commisisse, dominum condemnet in decem, aut servum noxæ dedere. Quod cum statim & conjunctim facere jubeatur, judici hic adimi omnem arbitrii interponendi facultatem, cui parendo liceat condemnationem evitare. Nos tamen excusare Tribonianum malumus, hoc scilicet colore, quasi non ideo actiones noxales inter arbitrarias numeraverit, quod putarit, eas semper esse arbitrarias, sed

ſed quia tales ſunt interdum. Et ſane ita res habet, (quicquid in contrarium diſputet *Ant. Fab. deciſ. 92. err. 5. & 7.*) interdum noxalis actio non eſt arbitraria, interdum talis eſt. De quo ſic habendum. Ex quibus cauſis directa, ſeu ea, qua dominus ex ſuo maleficio convenitur, arbitraria non eſt, ex iisdem cauſis nec noxalis arbitraria erit: & contra, quo ex cauſa directa eſt arbitraria, ex eadem cauſa noxalis quoque talis erit. Etenim actio noxalis non eſt propria ſpecies actionis, ſed actionis ex delicto adjectio, cujus adjectionis hic tantum effectus eſt, ut liceat domino deditione corporis, quod deliquit, evitare litis æſtimationem, *l. 1. de noxal. act.* Et cum igitur actiones hæ, furti, vi bonorum raptorum, legis Aquiliæ, injuriarum, ſi ex maleficio domini adverſus dominum agatur, arbitrariæ non ſint, nec arbitrariæ erunt, ſi dominus his noxaliter conveniatur nomine ſervi. Ratio eſt, quia in noxali actione eadem domini condemnatio eſt, quæ in directa, niſi quod in noxali hæc disjunctio eſt, ut dominus ſolvat, aut ſervum noxæ dedat: at hoc fit ſimul & conjunctim nullo præcedente de noxæ deditione arbitrio. Ex diverſo cum actio quod metus cauſa & actio de dolo ſint arbitrariæ, cum adverſus aliquem directo & nomine ſuo intenduntur, etiam arbitrariæ erunt, cum intentantur nomine ſervi noxaliter; quod fieri poſſe conſtat, *l. quod diximus 16. quod met. ca. l. 9. §. penult. de dol.* Tantum arbitrium judicis, quod in actione directa continet ſolummodo juſſum de re reſtituenda, in noxali adjunctum habebit juſſum de ſervo noxæ dedendo, ſub disjunctione, ut dominus rem reſtituat, vel ſervum noxæ dedat, ut ſi neutrum horum fecerit, ſequatur condemnatio, qualis in actione directa. Ita & *D. Duar. de in lit. jur. num. 47. D. Donell. hic, num. 12.*

Veluti Publiciana, Serviana] Duas profert ſpecies actionum in rem, Publicianam & Servianam ſeu hypothecariam; quas arbitrarias eſſe declarat. De hypothecaria etiam eſt textus in *l. ſi fundus 16. §. 3. de pignor.* An igitur hæ ſolæ in hoc genere ſunt arbitrariæ? Nequaquam. Nam vel maxime arbitraria
8 cenſenda eſt actio in rem civilis ſive rei vindicatio; quippe in qua præcipue arbitrium judicis de re reſtituenda locum habet, & re non reſtituta ea, quam ſupra diximus, in juratam litis æſtimationem condemnatio, *l. ejus rei 46. cum l. ſeq. de rei vindic. l. 5. & l. 8. de in lit. jur. l. ultim. de fidejuſſ.* niſi quod interdum, & extra ordinem nimirum, ipſum arbitrium executioni mandatur, & res poſſeſſori aufertur. Juxta *l. qui reſtituere 68. de rei vindic.* quod enim Ulpianus ibi ait de re æſtimanda jurejurando in litem, eo caſu, quo reus dolo fecit, quo minus rem reſtituere poſſit; id non ita accipiendum eſt, quaſi hoc ſolo caſu locus eſſet jurijurando in litem; ſed quod iſto caſu jusjurandum illud ſit neceſſarium, cum in caſu prius poſito, ubi res penes contumacem eſt, poſſit etiam non jurari, & deſiderante actore res auferri manu militari. Sed & ſi quæ ſunt aliæ in rem actiones, ſive civiles, ut confeſſoria & negatoria; ſive prætoriæ, ut reſciſſoria; omnes arbitrariæ habendæ; quoniam omnes eandem æquitatem arbitrii & reſtitutionis admittunt, eundemque exitum condemnationis habent, ut ſignificatur regula generali tradita in extremo *d. l. qui reſtituere.* Itaque male nonnulli hinc removent ipſam rei vindicationem, eamque collocant inter actiones ſtricti juris; quod vel ex ſola formula hujus judicii intelligi poteſt. In ſumma, omnes in rem, arbitrariæ excepta petitione hæreditatis, quam placuit eſſe bonæ fidei: & ideo licet & ipſa eadem recipiat, quæ reliquæ in rem; tamen non dicitur arbitraria, quia bonæ fidei poteſtate hoc habet, non arbitrii conditione, à qua ſola dicuntur actiones arbitrariæ.

Quod metus cauſa, aut dolo malo] Actionem quod metus cauſa arbitrariam eſſe, etiam Ulp. ſcribit in *l. item ſi 14. §. hæc autem actio 4. quod met. ca.* Idem de actione de dolo tradit *Paul. in l. arbitrio 18. de dol.*

Quod certo loco] Hæc actio cur arbitraria dicatur, & quantum à cæteris diſtet, ſuperius expoſitum eſt.

Ad exhibendum] Actionem ad exhibendum eſſe ex numero arbitrariarum, palam eſt: quoniam in ea quoque fit idem, quod in ſuperioribus. Nam poſtquam actor docuit, ſua intereſſe rem exhiberi, jubetur reus exhibere: niſi exhibet, condemnatur, quanti actor in litem juraverit, *l. 3. §. 2. ad exhib. l. 2. §. 1. l. 5. in pr. de in lit. jur.* Juratur autem hic non quanti æſtimetur ex effectu res, quæ exhiberi poſtulatur, ſed quanti damnum, quod negata exhibitione oritur.

Et cæteris ſimilibus] His verbis ſignificat, non eas ſolas actiones, quas nominavit, arbitrarias eſſe, ſed eſſe plures hujus generis, quæ hic recenſitæ non ſunt.
Ex actionibus in rem in numero arbitrariarum tantum poſuit duas prætorias, Publicianam & hypothecariam, ſed addita particula *Veluti*, ut intelligeremus, præter eas, quas memorat, & alias ex eodem genere arbitrarias eſſe; nos autem tales oſtendimus, quotquot ſunt in rem, ſive civiles ſint ſive prætoriæ. Ex iis, quæ ſunt in perſonam, præter eas, quæ hic nominantur, arbitraria eſt actio rerum amotarum, *l. 8. §. 1. de act. rer. amot.* Ejusdem quoque generis eſt actio Calviſiana, *l. 5. ſi quid in fraud. patr.* item Pauliana, *arg. l. 8. l. 10. §. & fructus 20. quæ in fraudem cred. Ant. Fab. deciſ. 93. err. 5. & 6.* Actio ex edicto de publicanis, *l. 1. in pr. l. 5. de publican.* Denique arbitrariæ habendæ quotquot ſunt in per- 9

ſonam

sonam ad restituendum, dum non sint bonæ fidei. Plane in actionibus quoque bonæ fidei, quæ sunt ad restituendum, quales sunt, commodati, depositi, locati, pigneratitia, eodem modo quo in arbitrariis, res transigi solet, ut prius interponatur arbitrium de re restituenda, & nisi arbitrio paritum sit, jurejurando actoris lis æstimetur, *l.3.§.2. commod. l.1. §. in depositi 26. depos. l.5. l.8. de in lit. jur.* Sed tamen non ideo dicendæ sunt arbitrariæ: quoniam id non sola conditione arbitrii, ut illæ quæ arbitrariæ appellantur, sed potestate bonæ fidei habent; quæ cum omnem speciem æquitatis complectatur, etiam hanc ipsam restitutionis & arbitrii continet. Arbitrariæ vero hanc unam fere speciem æquitatis habent, ut arbitretur primo judex fieri, quod conveniat naturæ actionis institutæ; post deinde condemnet, si arbitrio non pareatur. Atque hinc explicandum, quod est in extremo hujus §. *permittitur judici ex bono*
9 *& æquo, &c.* Natura actionum bonæ fidei satis prolixa est. *Costal. in l. 7. de eo quod certo loco.* Inter arbitrarias perperam *Pacius in not. & D. Perez. in erotemat.* collocant actionem redhibitoriam. Magis enim est, ut hæc bonæ fidei sit, *l.11. §. 3. de act. empt.* ubi diserte Jurisconsultus ait, redhibitionem judicio empti contineri.

TEXTUS.

Quinta divisio, de incertæ quantitatis petitione.

32. Curare autem debet judex, ut omnino quantum possibile ei sit, certæ pecuniæ vel rei sententiam ferat; etiamsi de incerta quantitate apud eum actum est.

NOTÆ.

32. QUANTUM POSSIBILE EST] Interdum enim natura rei id non patitur; veluti si plures res disjunctim, vel generaliter promissæ petantur: nam judex non potest electionem, quæ hic reo competit, ei adimere in unam certam rem eum condemnando.

DE INCERTA QUANTITATE] Puta de eo, quod interest, cujus quantitas est incerta, §. *ult. sup. de verb. obl. l.68. eod. l.24. de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur placeat sententiam sine certa re aut quantitate prolatam non valere.*
2 *Certitudo sententiæ unde metienda.*
3 *Quibus casibus fiat, ut certa sententia ferri nequeat.*
4 *Etiam in petitione incerta certam debere ferri sententiam.*

PRæceptum generale, pertinens ad omnes actiones & judicia, sive bonæ fidei aut arbitraria, sive stricti juris, & sive certa quantitas petita est, sive incerta. Nam semper ita judex pronuntiare debet, ut sententia sua finem liti imponat & controversiam dirimat, *l.1. de re jud.* Etsi autem hoc semper fit cum reus absolvitur, non fit tamen semper cum condemnatur, nisi condemnetur in certam rem aut quantitatem, sive, quod idem valet, nisi certa sententia feratur. Etenim cum ex 2 conceptione sententiæ non apparet, quid quantumque præstandum sit, de quo quærebatur, tantum abest, ut tollatur controversia, ut ea etiam augeri possit. Et ideo merito placuit, hujusmodi sententiam ipso jure nullam esse, nec rei judicatæ auctoritate censeri, *l. penult. & ult. C. de sentent. quæ sin. cert. quant. Don. num.2. & seq. Schneid. num.22. Mynf. num.3. & comm. DD. hic.* Enimvero certitudo sententiæ non ex eo solo metienda, quod judex certam rem aut quantitatem in condemnatione verbis expresserit; sed etiam ex eo, quod se referat ad certum locum aut tempus, vel ad quantitatem antea determinatam, vel denique ad certum instrumentum, veluti si dicat, *Solve quod petitum est*, referens se ad certam partem actorum, atque ex actis constet, quid quantumve petitum, aut *Solve quod illis codicillis continetur*, cum codicilli in judicio essent prolati, *l.5. §.1. & ibi DD. l. in sententiis 59. §. 1. de re jud. l. pen. C. de sent. quæ sin. cert. quant. Christ. Vol.4. decis.94. num.10.* Sed etsi dixerit, *Solve quod debes*, nec ad certam partem actorum se exprese retulerit, nihilominus tamen plerique existimant valere sententiam, & ex ea parte actorum, quæ probationes continet, certitudinem recipere, quasi tacite ad eas se retulerit eas approbans pronuntiando, atque ita restringunt *text. in l. quid tamen 21. §.3. de rec. arb.* Sin vero id ex actis probatoriis non appareat, tunc hujusmodi sententiam non valere, etiamsi certa quantitas libello comprehensa sit: nam cum jus vetet ex assertione partis sententiam ferri, credibile non esse, judicem se eo referre voluisse, *Vid. Zas. in l.5. §.1. de re jud. Mynf. hic, n.12. Schneid. n.24. Mathesilan. sing. 141.* & qui omnium accuratissime distinguit, *Pet. Barbos. ad tit. ff. solut. matr. p.5. rubr. n.47.* Et ergo notandum nunquam sententiam à libello recipere interpretationem, nisi ad eum expresse habita sit relatio.

Quantum possibile est] Hoc ideo addit, quia in- 3 terdum rei petitæ natura non patitur, ut certa sententia ferri possit; atque eo casu procul dubio incerta va-

lere debet; veluti cum plures res disjunctim vel generaliter promissæ petuntur. Cum enim in his rei petitæ præstatio pendeat ex electione debitoris, §. *seq. Verf. huic autem, & seq.* non potest judex hanc ei adimere in unam rem certam eum condemnando. Idem admittendum esse, & sententiam incertam valere, censent DD. in actione universali, qualis est petitio hæreditatis, & actio familiæ erciscundæ, item & maxime quando super accessionibus, puta fructibus & expensis petitis, sententia fertur, eoque jure utimur. *Christin. d. decis. 94. num. 11. Vid. plene Io. Fab. hic, n. 12. & seqq.* Non idem est in actionibus generalibus, puta tutelæ, pro socio, negotiorum gestorum. In quibus quidem incerta petitio admittitur, sed quia in his res ante sententiam declarandæ sunt, juxta *l. 2. C. de judic. Christin. d. loc. n. 6.* certa hic sententia ferri debet. Quod quomodo procedat, post *Ioan. Fab. & Plat.* docet *Schneid. hic, n. 14. & n. 30.* Excipit Accursius & judicia noxalia: sed eo nomine merito reprehenditur: quoniam facultas noxæ dedendi est à lege, *l. 6. §. 1. de re jud.* quod & ipse alibi agnoscit, §. *1. inf. de off. jud.*

Etiamsi de incerta quantitate] Additum potissime propter obligationes faciendi, in quibus si factum non sit, quod fieri debuit, obligatio & petitio est in id quod actoris interest, *l. si quis 13. §. 1. de re jud. l. si pœnam 68. l. stipulationes 72. de verb. obl. §. ult. sup. eod. tit.* Hoc igitur vult Justinianus, etsi id, quod interest, petatur, cujus quantitas incerta est; *d. l. si pœnam, de verb. obl. l. quatenus 24. de reg. jur.* nihilominus tamen certam sententiam ferendam; ut judex prius cognoscat, quanti intersit actoris, & quantum id esse cognoverit, tantum sententia sua complectatur, in eamque summam reum condemnet, quod etiam fieri debere satis aperte præcipitur in *l. un. C. de sent. quæ pro eo quod int.* Nec est metuendum, ne hic judex videatur reum in aliam rem condemnare, quam quæ petita est, contra quam cautum *l. ult. C. de fideic. lib.* Nam quemadmodum scite à veteribus dictum est, eum, qui frumentum ex spicis excutit, non novam speciem facere, sed eam, quæ est, detegere: *l. adeo, §. cum quis 7. in fin. de acq. rer. dom.* ita & judex, cum certam summam dicit ejus, quod interest, non alim rem dicit, sed eam, quæ petita est, & quam actor intelligi voluit, explicat, ita *Don. hic, n. 5.* Vulgo autem respondent, incertum & certum esse qualitates, quæ non faciunt difformitatem inter libellum & sententiam, *Mynf. hic n. 4.* Porro & alias, quamvis incerta sit petitio, certa tamen sententia, quoad fieri potest, ferenda est, ut in actionibus generalibus, veluti pro socio, tutelæ, negotiorum gestorum, uti jam ante dictum est. In actione quoque arbitraria de eo, quod certo loco, & quodammodo etiam in actionibus bonæ fidei, atque adeo in cæteris quoque arbitrariis, incertum in petitionem deduci videtur, propterea quod in his omnibus judici permittitur ex bono & æquo æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat: sententia tamen semper certa esse debet.

Textus.
De pluris petitione.

33. Si quis agens intentione sua plus complexus fuerit, quam ad eum pertineat, causa cadebat, id est, rem amittebat; nec facile in integrum restituebatur à prætore, nisi minor erat 25. annis. Huic enim sicut in aliis causis, causa cognita succurrebatur, si lapsus juventute fuerat: ita & in hac causa succurri solitum erat. Sane si tam magna causa justi erroris interveniebat, ut etiam constantissimus quisque labi posset, etiam majori 25. annis succurrebatur; veluti si quis totum legatum petierit, post deinde prolati fuerint codicilli, quibus aut pars legati adempta sit, aut quibusdam aliis legata data sint; quæ efficiebant, ut plus petiisse videretur petitor, quam dodrantem; atque ideo lege Falcidia legata minuebantur. Plus autem quatuor modis petitur, re, tempore, loco, & causa. Re, veluti si quis pro decem aureis, quæ ei debebantur, viginti petierit; aut si is, cujus ex parte res est, totam eam, vel majorem partem, suam esse intenderit. Tempore, veluti si quis ante diem vel ante conditionem petierit. Qua enim ratione qui tardius solvit, quam solvere deberet, minus solvere intelligitur, eadem ratione qui præmature petit, plus petere videtur. Loco plus petitur, veluti cum quis id, quod certo loco sibi dari stipulatus est, alio loco petit sine commemoratione illius loci, in quo sibi dari stipulatus est. Verbi gratia,

si is, qui ita stipulatus fuerit, Ephesi dari spondes? *Romæ pure intendat, sibi dari oportere. Ideo autem plus petere intelligitur, quia utilitatem, quam haberet promissor, si Ephesi solveret, adimit ei pura intentione. Propter quam causam alio loco petenti arbitraria actio proponitur; in qua scilicet ratio habetur utilitatis, quæ promissori competitura fuisset, si illo loco solveret, quo se soluturum spopondit. Quæ utilitas plerumque in mercibus maxima invenitur; veluti vino, oleo, frumento, quæ per singulas regiones diversa habent pretia. Sed & pecuniæ numeratæ non in omnibus regionibus sub iisdem usuris fœnerantur. Si quis tamen Ephesi petat, id est, eo loco petat, in quo ut sibi detur, stipulatus est, pura actione recte agit. Idque etiam prætor demonstrat, scilicet quia utilitas solvendi salva est promissori. Huic autem, qui loco plus petere intelligitur, proximus est, qui causa plus petit: ut ecce, si quis ita à te stipuletur*, Hominem Stichum, aut decem aureos dare spondes? *deinde alterum petat, veluti hominem tantum, aut decem aureos tantum. Ideo autem plus petere intelligitur, quia in eo genere stipulationis promissoris est electio, utrum pecuniam, an hominem solvere malit. Qui igitur pecuniam tantum, vel hominem tantum sibi dari oportere intendit, eripit electionem adversario, & eo modo suam quidem conditionem meliorem facit, adversarii vero sui deteriorem. Qua de causa talis in ea re prodita est actio, ut quis intendat hominem Stichum aut aureos decem sibi dari oportere, id est, ut eodem modo peteret, quo stipulatus est. Præterea si quis generaliter hominem stipulatus sit, & specialiter Stichum petat; aut generaliter vinum stipulatus sit, & specialiter Campanum petat; aut generaliter purpuram stipulatus sit, deinde specialiter Tyriam petat; plus petere intelligitur, quia electionem adversario tollit, cui stipulationis jure liberum fuit, aliud solvere, quam quod peteretur. Quinetiam licet vilissimum sit, quod quis petat; nihilominus plus petere intelligitur: quia sæpe accidit, ut promissori facilius sit, illud solvere, quod majoris pretii est. Sed hæc quidem antea in usu fuerant; postea vero lex Zenoniana & nostra rem coarctavit. Et si quidem tempore plus fuerit petitum, quid statui oporteat, Zenonis divæ memoriæ loquitur constitutio. Sin autem quantitate, vel alio modo plus fuerit petitum, id omne, si quod forte damnum ex hac causa accideret ei contra quem plus petitum fuerit, commissa tripli condemnatione, sicut supra diximus, puniatur.*

NOTÆ.

VEL ANTE CONDITIONEM] Quæ modo efficiat, ut ante debeatur aliquid, quo dici possit ante agendo plus peti; veluti si quis dare promiserit, si morietur. Alias pendente conditione petens, non male aut perperam agere dicitur, sed nihil agere, *l. un. in fin. quand. di. usufr. leg. l. 36. de solut.*

ARBITRARIA ACTIO PROPONITUR] Quæ quam ob causam introducta sit, docet Cajus *l. 1. de eo quod certo loc.*

RATIO UTILITATIS, QUÆ PROMISSORI] Pluris petitio hic æstimatur ex damno promissoris, cui pura intentione adimitur utilitas, quam habiturus esset, si eo loco solueret, in quo se soluturum promisit.

QUIA UTILITAS SOLVENDI SALVA PROMISSORI] Id est, ratio utilitatis, quæ promissori competitura fuisset, si alio loco solveret, non habetur: nam cum eo loco convenire, quo dari promisit, ejus nihil interest ratione loci. Fabrot.

SPECIALITER TYRIAM] Quæ nobilior est. Strabo *lib. 16.* Plin. *lib. 5. cap. 19. & lib. 21. cap. 8.* Eustath. *ad Odyss. 15.* ἐπαινεῖται γοῦν ἡ Τυρία πορφύρα.

COMMENTARIUS.

1 *Qui ante conditionem petit, eum nihil consumere.*

2 *Pœna à Zenone constituta in eos, qui tempore plus petunt; à Justiniano in eos, qui alio modo.*

3 *Quid nunc fere in praxi circa hæc observetur.*

SUperius admonuit judicem officii sui in ferenda sententia. Hic actorem instruit ad actionem recte instituendam, formandumque libellum petitorium. Summa disputationis huc redit, ut petat actor, quod sibi debetur; ut petat, quantum sibi debetur; ut petat ex ea causa, ex qua debetur. Si secus fecerit, placet, interdum petitionem ei nocere, interdum non nocere. In quo tamen ab observatione juris veteris procul recessum, ut postea intelligemus.

Causa cadebat] Ut discerent omnes jus suum diligenter explorare, nec temere aliis creare molestiam, placebat olim, eum, qui plus quam sibi deberetur, petierat, graviter multari, remque totam amittere, uti passim ex Cicerone intelligi potest, præsertim ex oratione pro *Q. Roscio Comœdo, fac. l. 1. de int. in jur. l. si pater 36. de solut.* Hinc illud apud Plautum in *Mostellaria: Velim quidem hercle ut uno nummo plus petat.* Id veteres dicebant *causa cadere,* item *formula cadere* aut *excidere,* ut ex eodem Cicerone, *1. de orat. Sueton. in Claud. c. 14. Senec. epist. 48. Quintil. lib. 7. Inst. orat.* discimus.

Nec facile in integrum restituebatur] Adversus amissionem causæ ob pluris petionem nemo à prætore restituebatur, nisi ex iis causis, quæ jure communi etiam in aliis rebus in integrum restitutionem præbebant. Quarum duæ hic proferuntur, ætas personæ plus petentis, & justa errandi causa. Faciliores aliquando principes fuerunt: nam de Claudio refert Suetonius *d. loc.* solitum eum fuisse restituere ex bono & æquo actiones iis, qui apud privatos judices plus petendo formula excidissent.

Nisi minor erat viginti quinque annis] Minori, qui errore ætatis & juvenali temeritate plus petendo causa ceciderat, prætor causa cognita subveniebat per restitutionem in integrum ex edicto generali de minoribus, *l. 1. & passim, de minoribus.*

Etiam majori] Ex illa parte edicti de majoribus restituendis; *Item si qua alia mihi causa justa esse videbitur, in integrum restituam, l. 1. in fin. ex quib. ca. maj.* Justi erroris, & qui ob id merito etiam in majoribus excusetur, causa est in hac specie; Titio centum testamento legata sunt, deinde viginti codicillis adempta. Titius codicillorum ignarus tota centum ex testamento petit. Item in hac; Testator dodrantem bonorum in testamento Sempronio legavit; post deinde in codicillis nonnihil legavit Titio. Sempronius, qui nihil de codicillis audiverat, dodrantem integrum ex testamento petit. Justus in utraque specie error est, & cui ignosci oporteat, propterea quod ex alieni facti nascitur ignorantia, *l. ult. pro suo.* Alludit huc Seneca *epist. 48. Quid enim aliud agitis, inquit, cum eum, quem interrogatis, in fraudem inducitis, quam ut formula cecidisse videatur? Sed quemadmodum illum prætor, sic eos Philosophia in integrum restituit.*

Atque ideo lege Falcidia legata minuebantur] Rectior erit sententia, si legamus, *ideo quod lege Falcidia, &c.* quippe ratio cur in proposito petitor plus petiisse videatur, quam dodrantem, hæc est, quod lege Falcidia legata ipso jure minuantur. Ut bene observavit D. Hotom.

Plus autem quatuor modis] Pœnæ plus petitionis non solum locus erat, cum quis re aut quantitate plus petiisset, sed etiam cum quavis alia ratione, puta tempore, loco aut causa seu modo. Paulus *1. sent. 10. Causa cadimus, inquit, aut loco, aut summa, aut tempore, aut qualitate. Loco, si alibi: summa, si plus quam damus, petimus: tempore, petendo ante tempus: qualitate, ejusdem speciei rem meliorem postulantes.* Hæ quatuor species plus petitionis plenius hoc loco explicantur à Justiniano.

Re, veluti si quis pro decem aureis, &c.] Re plus petere dicitur, qui majorem vel summam pecuniæ, vel partem rei, quam quæ sibi debetur, petit.

Tempore, veluti si quis ante diem vel conditionem] Plus quam debetur, sine controversia petit, qui ante diem petit. Nam quod in diem promissum est, etiam ante diem debetur; ut hic subsit debitum, quod peti possit, & præmature petendo amitti, §. *2. sup. de verb. obl. l. cedere 213 de verb. sign. junct.* §. *temporales 10. inf. de except.* Sed quod additur, etiam eum 1 plus petere, quam debetur, qui ante conditionem petit, incaute & perperam adjectum videtur. Etenim cum conditio suspendat obligationem, ita ut pendente ea nihildum debeatur, §. *sub conditione, sup. de verb. obl. d. l. cedere, de verb. sign. l. 8. de pet. & com. rei vend.* Quomodo dici potest plus debito petere, qui ante conditionem petit, hoc est, eo tempore, quo nondum ulla nata est obligatio? Quod si ante conditionem agendo nemo plus debito petere intelligitur, consequens est, neque pœnam plus petitionis ad eos, qui ante conditionem petunt, pertinere. Et res ita habet. Qui ante tempus petebat, ideo rem consumebat, quia in judicium eam deduxisset, *d.* §. *temporales,*

porales, inf. de exc. At pendente conditione cum nihil sit, quod debeatur, nihil quoque est, quod in judicium deduci, & deducendo consumi possit. Et ideo veteres eum, qui pendente conditione petit, non male aut perperam agere dicunt, ut eum, qui petit ante diem, sed nihil agere, *l. un. in fin. quand. dies usus. leg. ced.* & diserte nihil consumere, *l. si pater 36. de solut.* An igitur putamus, hæc latuisse Tribonianum? Potius est, ut dicamus, eum per conditionem intellexisse non eam, quæ vere conditio est, scilicet, quæ an extitura sit, incertum est, & qua proinde pendente nihil debetur: sed eam, quam veteres minus proprie conditionem vocant, nimirum, quam certum est omnimodo extituram esse, veluti, si quis, si morietur, vel cum morietur, dare promiserit, & stipulator vivo promissore agat. Nam tali sub conditione quod promissum est, pendente quoque ea debetur, *l. nam si 17. cum l. seq. de cond. ind. l. 9. §. 1. de novat.* Et igitur, *ante conditionem*; intellige, *qua modo efficiat*, ut ante debeatur aliquid, quo dici possit, ante agendo plus peti, quam debeatur.

Qua enim ratione qui tardius] Si minus in tempus cadit, etiam plus cadere intelligitur: nam contrariorum sunt contraria consequentia. Constat autem, eum, qui tardius solvit, minus solvere; quoniam emolumentum intermedii temporis adimit creditori. Sequitur ergo, ut, qui solvit celerius, plus solvat: quemadmodum veteri proverbio dicitur, *Bis dat, qui cito dat*: & qui celerius petit, plus petat: quoniam reliqui temporis commodo, quantum in se est, debitorem privat.

Loco plus petitur] Plus etiam petere intelligitur, qui quod certo loco sibi dari stipulatus erat, alio loco pure petit. Quæ pluris petitio æstimatur ex damno promissoris, cui pura intentione adimitur utilitas, quam habiturus esset, si eo loco solveret, in quo soluturum spopondit.

Roma pure intendat sibi dari] Pure intendere sibi dari oportere hic dicitur, qui intendit sibi dari oportere sine commemoratione loci, in quo dari sibi stipulatus est, & omissa arbitrii formula, qua judici permittatur facultas æstimandi ex bono & æquo, quantum promissor solvere debeat. Nam pura intentio hic actioni arbitrariæ è regione opponitur.

Alio loco petenti arbitraria actio] Alio loco, quam in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere. Sed quia iniquum erat, si promissor ad eum locum, in quem daturum se promisisset, nunquam accederet, quod vel data opera faceret, vel quia aliis locis necessario distringeretur, non posse stipulatorem ad suum pervenire: ideo visum est, in eam rem actionem utilem sive arbitrariam comparare, *l. 1. de eo quod cert. loc.* Hac ratione & actori consulitur, data alibi agendi facultate, nec reo fit injuria; cui alibi conventio arbitrio judicis salva præstatur utilitas loci constituti. Illud hic obiter monendi sumus, quod passim dicitur, eum, qui certo loco dare promisit, posse quolibet alio loco arbitraria actione conveniri, sic accipiendum, ut supponantur termini habiles, id est, modo locus sit idoneus, qualis est locus domicilii & contractus, & qui forum tribuat, *l. hares 19. §. 1. & deinceps de jud. l. contraxisse. 21. de O. & A. Costal. ad l. 1. de eo quod cert. loc. Perez. in C. t. eod. n.*

Qua utilitas plerumque in mercibus] Constat, varia esse rerum pretia per singulas civitates regionesque; maxime vini, olei, frumenti. Pecuniarum quoque licet videatur una & eadem potestas ubique esse; tamen aliis locis facilius & levioribus usuris pecunia invenitur, aliis difficilius & usuris gravioribus, *l. 3. de eo quod cert. loc.*

Proximus est, qui causa plus petit] Verbum causa variam admodum in jure civili significationem habet, & quæ facilius intelligitur, quam exprimitur. Hic autem significat modum seu qualitatem obligationis, *l. obligationum 44. in pr. & §. 3. de oblig. & act. Paul. 1. sent. 10.* Qui autem causa plus petit, idem fere peccat, quod is, qui plus petit loco. Nam quemadmodum, qui alibi petit, quam ubi debetur, loci utilitatem adimit debitori: ita qui causa plus petit, promissori adimit utilitatem electionis.

Hominem Stichum aut decem aureos] Duæ sunt species plus petitionis ratione causæ: quarum altera hic proponitur, cum ex pluribus rebus disjunctim promissis una aliqua certa petitur: altera mox subjicitur, cum, genere promisso, petitur certa species. In utraque autem specie eadem ratione plus peti intelligitur, nimirum quia reo aufertur electio, quæ in utroque genere obligationis ei competit.

Promissoris electio est] In disjunctivis obligationibus, id est, cum illa aut illa res promittitur, rei electio est, *l. plerumque 10. in fin. de jur. dot.* Et ideo qui electionem sibi non constituit, incertum stipulari dicitur, *l. ubi autem 75. §. qui illud. 8. de Verb. obl.*

Generaliter hominem stipulatus] Sicut in promissione alternativa electio reo tribuitur, ita & in promissione generis, *l. cum is 32. in fin. de cond. ind. l. fidejussorem 52. mand. l. ex pluribus 106. de Verb. obl.* ut proinde eadem ratione plus petere dicatur, qui genere promisso certam ex eo genere speciem petit, qua is plus petere dicitur, qui, pluribus rebus disjunctim promissis, unam earum petit simpliciter.

Et specialiter Campanum petat] Theophilus scribit, vinum Campanum omnium aliorum esse pessimum: cum tamen Cajus & Ulpianus ejus exemplum pro eo, quod optimum est, adducant, *l. stipulationum 74. & l. seq. §. 2. de Verb. obl.* uti hic etiam Justinianus; quod vel puer viderit. Scriptores quo-

que

que cæteri vina Campana inter generosissima numerant: qualia sunt illa carminibus Horatii celebrata, *Cæcubum, Massicum, Falernum, Formianum, Calenum.* De regione Campaniæ Italicæ Florus *lib. 1. c. 16.* ita scribit; *Omnium non modo Italiæ, sed terrarum orbe pulcherrima Campaniæ plaga est. Nil mollius cœlo: bis floribus vernat. Nihil uberius solo: ideo Liberi Cererisque certamen dicitur.* Et paulo post; *Hic amicti vitibus montes, Gaurus, Falernus, Massicus, & pulcherrimus omnium Vesuvius.* Eadem ferè de ora Campaniæ habet Plin. *lib. 3. c. 5.* unde videtur Florus sua descripisse.

Tyriam] Purpuram omnium pretiosissimam, teste Strabone, *lib. 16. add. Plin. lib. 5. c. 19. & lib. 21. cap. 8.* Puniceum purpuræ colorem procreat Africa, id est, quasi violaceum: Tyros autem rubeum, auctor Vitruvius *lib. 7. c. 17.*

Licet vilissimum sit] In pluris petitione, ratione causæ, plus non tantum æstimatur ex pretio & valore rei, sed etiam ex facultate solvendi, & quod addendum, ex affectione quoque debitoris. Sæpè enim homines certis rebus aliter atque aliter afficiuntur.

Sed hæc quidem antea] Quibuscumque modis ex quatuor, quos Justinianus exposuit, plus petitum esset, ea olim erat pœna plus petitionis, ut actor causa

3 caderet. Sed postea ab hac pœna recessum est, & in eos, qui tempore plus peterent, alia pœna constituta à Zenone; in eos, qui alio modo, à Justiniano. Quid à Zenone cautum fuerit, exponitur *inf. de except. §. temporales 10.* nimirum ut adversus eum, qui ante tempus petiit, duplicentur induciæ temporis, & ut his finitis non ante reus actionem suscipere cogatur, quam impensæ prioris litis ei fuerint refusæ. Constitutio ipsa desideratur. Epitomen ejus ex Basilicis erunt Cujac. *lib. 12. obs. 21.* Adversus cæteros Justinianus hanc pœnam se statuere ait, ut, si quid ex pluris petitione damni senserit adversarius, id petitor triplo compenset. Justiniani quoque hæc constitutio intercidit, & ideo multa hic nobis incerta relinquuntur. Refert se hic ad §. *tripli. 24. sup. hoc tit.* ubi nominatim agit de eo, qui majorem debita quantitatem petit, idque dolo malo, ut viatores majores exigerent sportulas: hic autem loquitur, ut videatur velle pœnam tripli, etiam extra causam doli, obtinere, eademque pœna multari eos quoque, qui loco & causa plus petunt, ut hic tripletur omne damnum, quod reo per causam injustæ petitionis illatum est. In praxi neutra prædictarum constitutionum observatur, quo facilior earum jactura est. In toto enim Belgio, Gallia, aliisque regionibus eo nunc jure utuntur, ut si quantitate, aut summa, plus petitum sit non dolo malo, puta pro quinquaginta, quæ liquido debentur, centum, reus si nihil obtulerit, condemnetur in omnes litis expensas; idque propter moram, cum partem, quam se debere non ignorabat, offerre debuerit. Si vero reus partem debitam offerat; actor in lite perseverans reo in expensas condemnatur. Quod si certum corpus, quod nostri speciem, Philosophi individuum appellant, petitum sit, veluti fundus, & pars injustè possessa non offeratur, impensæ, quasi in mutua victoria compensantur. Idemque est, si debitum non sit liquidum: nam tum debitori imputari non potest, quod certam quantitatem non offerat. Si loco plus petatur, ita absolvitur reus, ut salvum jus actori maneat conveniendi reum in loco constituto, & in expensas illius instantiæ actor condemnatur, juxta *l. properandum 13. §. sive autem 6. C. de judic.* Idem est, si ante tempus agatur, aut si, quod sub disjunctione debetur, petatur simpliciter. Nam & hic solet judex reum ab observatione judicii absolvere cum expensis, salva facultate actori conveniendi reum, cum dies venerit, vel petendi disjunctim, quod simpliciter petitum fuerat. *Rebuff. ad const. Reg. proœm. tom. 1. n. 53. Imbert. lib. 2. Inst. forens. cap. 151. Papon. lib. 8. tit. 1. arrest. 2. & 3. Ant. Fab. Cod. suo. de plus pet. defin. unic. Tuld. & Perez. C. eod. Christin. vol. 1. decis. 266. & vol. 2. decis. 157.* ubi plures alleg. *add. Covar. lib. 1. var. res. cap. 2. n. 5. Menoch. de arb. jud. lib. 2. cent. 2. cas. 177.* ubi latè tractat, quæ sit justa litigandi causa, ut in lite succumbens excusetur ab expensis.

TEXTUS.

De minoris summæ petitione.

34. *Si minus intentione sua complexus fuerit actor, quam ad eum pertineat, veluti si quum ei decem aurei deberentur, quinque sibi dare oportere intenderit; aut si quum totus fundus ejus esset, partem dimidiam suam esse petierit, sine periculo agit: in reliquum enim nihilominus judex adversarium eodem judicio ei condemnat ex constitutione divæ memoriæ Zenonis.*

COMMENTARIUS.

Minus non quatuor modis, ut plus, sed uno tantum, nempe re, petitur; ut exempla hic proposita declarant. Ac de loco quidem & causa manifestum est: de tempore vero dubitari posset. Nam si tempore & plus peti & minus solvi potest; ut superius diximus: videtur etiam & minus peti & plus solvi eodem modo posse. Sanè si plus petit, qui ante tem-

te tempus petit, plus etiam solvit, qui ante tempus soluit. Quin etiam dialectica ratione disputari posset, si minus soluit, qui post tempus soluit, minus etiam petere, qui post tempus petit. Sed hæc locutio neque in communem sermonis consuetudinem, neque in usum fori & judiciorum cadit: quoniam neque quicquam nisi post tempus exactum debetur: & id ipsum nonnunquam longo post intervallo petitur.

Sine periculo agat] Qui minus petit, quam sibi debetur, etsi non tantum petit, quantum debetur, petit tamen quod sibi verè debetur: & quia minus petendo nulla fit reo injuria, ideo nulla quoque hujus petitionis pœna est; licetque actori comperto errore suo actionem postea mutare, & totum quod debetur, petere. Nam & alias cuilibet liberum est ab initio actionem dividere, partemque petere, salvo jure reliquum postea petendi.

Eodem judicio] Quomodo hoc accipiendum sit, videbimus §. *seq.*

Ex constitutione Zenonis] Epitome constitutionis Zenonianæ, qua Justinianus ait, potestatem judici permitti in casu proposito, etiam in reliquum quod sibi apparebit deberi, reum eodem judicio petenti condemnare, prodita est à Cujacio *lib. 12. obs. 21.* quæ novis in editionibus est, *l. 1. C. de plus pet.* Constitutionem ipsam non habemus.

TEXTUS.

Si aliud pro alio petatur.

35. Si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari placet, sed in eodem judicio cognita veritate, errorem suum corrigere ei permittitur; veluti si is, qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit: aut si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit, quod ex stipulatu debetur.

NOTA.

35. IN EODEM JUDICIO] His verbis non tam denotatur judicii unitas, quam negotii apud eundem judicem sine nova interpellatione (quod olim necessarium erat) continuatio: propriè enim judicium ibi esse dici nequit, ubi nova exigitur actionis editio & litis contestatio. Bachov.

COMMENTARIUS.

1 *Quid sit emendare actionem, quid mutare.*
2 *Quamdiu emendare vel mutare actionem liceat.*
3 *Praxis horum temporum.*

SI *quis aliud pro alio petat*] Qui aliud pro alio petit, puta pro Sticho Erotem, constat, eum non petere quod debetur, & tamen placet nec hanc petitionem ei nocere, quo minus cognita veritate errorem suum, & quidem eodem item judicio corrigere possit. Idemque placet, si quis ex alia causa petat, quam ex qua debetur, puta ex testamento, cum debeatur ex stipulatu: quo casu, cum idem petatur ex alia tantum causa, nequaquam dici potest quod Theophil. scribit, etiam hic aliud pro alio peti: & magis est, ut dicamus, Justinianum plus sensisse quam scripsisse. Illud semper tenendum est, sumptus litis, quos ob vitium petitionis reus facere coactus fuit, actorem ei reddere oportere.

Errorem suum corrigere] Potest igitur actio semel edita postea corrigi aut mutari. Idque etiam jure veteri obtinuit. Extat de ea re constitutio Severi & Antonini in hæc verba; *Edita actio speciem futuræ litis demonstrat, quam emendari aut mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas, vel jus reddentis decernit æquitas, l. 3. C. de edend.* Emendatur actio, cum mendum vel error tollitur, aut defectus suppletur, salva manente principali substantia conclusionis. Mutatur, cum repudiata vetere instituitur nova, veluti si actor aliud pro alio, aut idem ex alia causa petere instituat. *Perez. C. de edend. n. 7.* Sed adjectæ sunt rescripto duæ conditiones, dum id ita fiat, ut edicti perpetui monet auctoritas; & ita, ut jus dicentis decernit æquitas. Edicti perpetui monitio hæc, ut edatur actio, quacumque quis experiri velit: proinde si quis nova experiatur, etiam hanc edi oportet, novumque reo spatium ad deliberandum dari, cedere, an contendere malit, *l. 1. de edend.* Jus dicentis æquitas hoc exigit, ut emendatio illa sive mutatio sine damno adversarii fiat; ideoque qui temerè adversarium suum in jus vocavit, is ei viatica & sumptus prioris litis reddere tenetur, *l. eum qui. 79. de judic. Don. in d. l. 3. C. de edend. num. 3. & seqq. D. Perez. d. loc.* Illud quæritur, quamdiu actionem editam emendare vel mutare liceat, utrum litem contestatam tantum, an vero etiam postea. Ego puto, jus actori & nunc esse & olim fuisse actionem emendandi vel mutandi, non solum ante, de quo inter omnes convenit, sed etiam, quod plerique negant, respectu mutationis, post litem contestatam, *per l. fidejussor. 32. de neg. gest. l. cum indebitum. 57. §. 1. de cond. ind. l. 4. §. ult. de nox. act. l. cum fundum. 18. §. 1. und. vi.* Eaque haud dubiè est etiam sententia Imperatorum in *d. l. 3. C. de edend.* & Justiniani hic. Cæterum jure veteri eo casu opus erat alio judicio novaque interpellatione, *l. non potest. 23. de judic. l. ut fundus 18. com. divid.* Jure autem novo actori etiam post litem

tem contestatam permittitur corrigere errorem suum, & mutare libellum petitionis in eodem judicio, ut hic disertè cautum est, *Don. ubi sup. n. 17. Perez. d. loc. n. 7.* quanquam existimo, his verbis non tam judicii unitatem denotari, quam negotii apud eundem judicem sine nova in jus vocatione continuationem: ut in hoc saltem novum jus distet ab antiquo, quo nova interpellatio desiderabatur, & prætor de integro adeundus erat, ut aliud judicium daret. Sanè non video, quomodo alioqui rectè defendi possit, idem judicium ibi esse, ubi nova litis exigitur contestatio. Quod quidem negari non potest. Nam si reus post novam actionem editam & inducias ad deliberandum denuo concessas ad contradicendum venerit, utique contradictione sua novam litem facit: ut etiam differit Bachovius hic. Interpretum in *l. 3. C. de edend. & ad hunc §.* communis sententia est, libellum quidem emendari posse, usque ad sententiam definitivam; mutari autem non posse, nisi usque ad litem contestatam: atque adeo ne partium quidem consensu: quoniam litis contestatio & alii actus substantiales judicii partium consensu tolli non possunt. Quæ sententia usu forensi recepta dicitur. *Gail. 1. obs 74. n. 4. & seqq. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 1. cap. 5. & 6. Christin. Vol. 2. decis 88. num. 11.* quanquam de fori nostri usu contrario testetur *Groënew. de ll. abrog. hic.* Plane, si probari potest, per ignorantiam advocati in concipienda conclusione erratum esse, etiam mutatio usque ad sententiam permitti solet; sed non nisi ad postulationem litigatoris impetrata restitutione in integrum, & cum refusione expensarum, *Merul. d. cap. 6. Christin. Vol. 2. decis. 104. add. Groënew. d. loc. & ad tit. C. de error. advocat.*

TEXTUS.

Divisio sexta de peculio.

36. Sunt præterea quædam actiones, quibus non semper solidum, quod nobis debetur, persequimur, sed modo solidum persequimur, modo minus. Ut ecce, si in peculium filii servive agamus. Nam si non minus in peculio sit, quam persequimur, in solidum dominus, paterve condemnatur: si vero minus inveniatur, eatenus condemnat judex, quatenus in peculio sit. Quemadmodum autem peculium intelligi debeat, suo ordine proponemus.

COMMENTARIUS.

Redit hic Imperator ad institutum, quod interrupit, *§. curare. 32. sup.* proponitque ad extremum adhuc unam divisionem, quæ ad effectum actionis pertinet, & declarat, quantum ex unaquaque actione sperare liceat. Divisio hæc est, quod quædam sunt actiones, quibus solidum quod nobis debetur, consequitur; quædam, quibus modo solidum, modo minus. Quo minus semper solidum consequamur, aut peculium facit, cujus ad modum actio constituta est; quod explicatur hoc §. aut beneficium reo tributum, ut in id tantum teneatur, quod facere potest; cujus generis actiones quædam proferuntur §§. *seqq. & ult.* aut mutua creditoris obligatio; de quo §. *seq. vers. propter retentionem & §. pen. eod.*

Si in peculium filii servive] De peculio actio proposita est ex contractu filiorum familias & servorum adversus patrem & dominum, §. *actiones 10. sup. eod.* Hac actione non semper solidum consequimur: quia adjectio illa de peculio significat, constitutam illam esse, quatenus est in peculio, ut siquidem non minus sit, quam persequimur, in solidum dominus & pater condemnentur: si vero minus inveniatur, quatenus in peculio sit, *d. §. actiones & præterea. 4. tit. seq.* Quid in peculio servi filiive habendum, item de quo peculio actio adversus patrem constituta contractu filii, alibi expositum est.

TEXTUS.

De repetitione dotis.

37. Item si de dote in judicio mulier agat, placet, eatenus maritum condemnari debere, quatenus facere possit, id est, quatenus facultates ejus patiuntur. Itaque si dotis quantitati concurrant facultates ejus, in solidum damnatur, sin minus, in tantum, quantum facere potest. Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur. Nam ob impensas in res dotales factas, marito quasi retentio concessa est; quia ipso jure necessariis sumptibus dos minuitur, sicut ex latioribus Digestorum libris cognoscere licet.

NOTÆ.

Quatenus facultates] Facere posse civili ratione hic dicitur, qui de suo præstare potest honestè, deducto scilicet eo, quod illi satis sit ad victum quo-

quotidianum & alimenta, *l. 29. in fin. l. 30. de re jud. l. 6. de cess. bon. l. 173. de reg. jur.* & in eo tempus rei jud. spectatur, *l. 15. sol. matr.*

Ob impensas] Olim non modo necessarias, sed etiam utiles, *l. 1. cum seqq. de impens. in res dot.* Hodie retentio permissa ob necessarias impensas duntaxat, *l. un.* §. *3. C. de rei ux. act.* Qualis hæc fuerit retentio, tum quæ sint istæ impensæ, cognosce ex *l. 5. de imp. in res dot. l. 56. §. ult. de jur. dot.*

Commentarius.

1 *Beneficium competentiæ quibus quas ob causas detur.*

2 *Quibus personis præter maritum in causa dotis idem beneficium tribuatur.*

3 *Rei dotalis retentio quibus ex causis marito olim concessa: & quid hic novi à Justiniano.*

4 *Ex quibus causis reo detur retentio extra causam dotis.*

1 Sunt quædam personæ, quibus humanitatis causa tributum est, ut ne conveniantur in solidum, sed in id tantum, quod facere possunt: quod beneficium vulgo vocant privilegium & exceptionem competentiæ. Tribuitur hoc beneficium partim ob causam, ex qua agitur, partim ob personam rei, cum qua agitur. Ob causam soli donatori ex causa donationis convento, §. *seq. in fin.* Ob personam rei variè, ob necessitudinem & conjunctionem personarum, unde parenti, liberis, fratribus, marito, uxori, sociis, &c. Ob solam reverentiam reo debitam, unde patrono: ob meritum in remp. unde militi, qui sub armata militia stipendia meret, *l. 6. l. item miles 16. de re jud.* Denique ob solam commiserationem: unde ei, qui bonis suis cessit, tribuitur, §. *ult. inf. eod.* & interdum filio emancipato, *l. 2. quod cum eo qui in al. pot. l. & exhæredatum 49. de re jud.*

2 *Si de dote mulier agat*] Eleganter Theod. Hermop. ad *l. 173. de R. I.* Αἰσχυνέσθω ὁ νόμος παῤῥησίαν δοῦναι τῇ χθὲς καὶ πρώην συγκοινωνῷ τοῦ βίου, πάντως ἀπογυμνῶσαι τὸν ἴδιον ἄνδρα. Non autem marito tantum adversus uxorem, sed etiam uxori adversus maritum hic honos habetur, ut non ultra facultates damnetur. Idem tribuitur & patri mariti seu uxoris socero de dote convento, *l. patronus 17. l. non tantum 20. cum l. seq. de re jud. l. rei judicatæ 15. in fin. & l. seq. solut. matr.* Et ex diverso idem quoq; honos habetur patri uxoris, si ex promissione dotis à genero conveniatur, *l. ex diverso 17. solut. matr.* nisi jam dissolutum sit matrimonium, *l. sicut 21. cum l. seq. de re jud.* Quod autem ait, si de dote mulier agat, exempli tantum causa dicitur. Nam non solum maritus, cum ex causa dotis ab uxore convenitur, hoc beneficium habet; sed etiam cum ex aliis contractibus: *d. l. non tantum de re jud.* nisi soluto matrimonio contraxerit cum ea, quæ olim uxor fuit, *l. divortio 35. de neg. gest.* Atque hoc jure etiamnum utimur. *Zypæ. not. jur. Belg. de jur. dot. in fin.*

Propter retentionem] Diximus, mutuam creditoris ejusdemque actoris obligationem etiam nonnunquam efficere, ne reus in solidum condemnetur. Id consequitur non tantum per compensationem propriè dictam, cum quantitates utrimque debitæ compensantur: de quo §. *pen. inf.* sed interdum etiam per retentionem, cum fundus aut alia species ab eo petitur, & vicissim actor ei pecuniam debet. In 3 causa dotis tribuebatur olim marito variis de causis rei dotalis retentio, ob res uxori ab ipso donatas; ob res ab uxore amotas; propter liberos; ob impensas in rem dotalem factas, non modo necessarias, sed etiam utiles. Justinianus autem, sublata ex omni alia causa retentione, solam reliquit eam, cujus hic fit mentio, nempe quæ fit ob impensas necessarias, *l. un. §. taceat. 5. C. de rei ux. act.* Qualis hæc fuerit retentio, & quæ sint istæ impensæ, cognosce ex *l. 5. de imp. in rem dot. l. si is qui 56. §. ult. de jur. dot.* Extra dotis retentio reo tribuitur ex his & similibus 4 causis; si rem, quæ petitur, alii pignori obligatam, pecunia sua liberaverit, *l. quib. mod. pign. solv.* si pignus in aliquam summam nominatim acceptum, pro alia summa, quam eidem postea sine pignore credidit, retineat, *l. un. C. etiam ob chir. pec. pign. ten.* Item si rem alienam, quæ petitur, sumptus fecerit, secundum distinctionem alibi traditam: vid. *l. in fundo. 38. l. sumptus 48. de rei vind. l. si in area 33. de cond ind.* §. *ex diverso 30. cum aliquot seqq. sup. de rer. divis.* Materiam retentionis distinctè tractat *Ioan. Fab. in d. l. un. C. etiam ob chir. pec. & Costal. in l. in rebus 18. §. possunt. commod. add. Papin. lib. 6. art. 4. arr. 21. Rebuff. ad l. non potest. 117. de verb. sign.*

Textus.

De actione adversus parentem, patronum, socium, & donatorem.

38. Sed & si quis cum parente suo, patronove agat; item si socius cum socio judicio societatis agat; non plus actor consequitur, quam adversarius ejus facere potest. Idem est, si quis ex donatione sua conveniatur.

NOTÆ.

38. Socius cum socio] *d. l. 16.* Quia socii inter

inter se quodammodo fratres sunt, *l.63. pro soc.* πῆξιν γὰρ ἐπέχουσιν ἀδελφῶν Th. Hermopol. ad *l.173. de reg. jur.*

Commentarius.

Cum parente suo patronove] *l. sunt quidam 16. & l. seq. de re jud.* Parenti hoc tributum cum propter conjunctionem, tum propter reverentiam, quam parenti liberi debent: ac proinde & matri idem concedendum. *Gutier. 2. pract. q. 28. n. 2.* Patrono datur ob solam reverentiam, quam ei debet libertus, *l. 9. de obs. par. & patr.* Addunt & hanc rationem DD. quod filius & libertus parentem & patronum inopem alere teneantur. Unde ex contrario quoque statuunt, nec liberos à parente ultra quam facere queunt, conveniri posse. Sed & liberis & parentibus patroni idem beneficium datum est, *l. patronus 17. de re jud.*

Item si socius cum socio judicio societatis] Igitur socio omnium bonorum semper & omnimodo hoc beneficium competit, uti parenti, patrono, conjugi, *d. l. sunt quidam.* Non omnium bonorum socio, cum convenitur judicio societatis, *l. verum 63. in pr. pro soc.* Quo loco etiam indicatur ratio, ob quam placet socium hoc privilegio frui; nimirum quia socii inter se quodammodo fratres sunt. Quod si sociis ob imaginem fraternitatis hoc privilegium indultum, multo magis veris fratribus idem concedendum: cum etiam fratri inopi alimenta debeat. *Tesaur. decis. 119. Christin. vol. 3. dec. 143. num. 2. D. Tulden. comm. hoc tit. c. 19.* Plane non alias socius hoc beneficio juvatur, quam si confiteatur, se socium esse: Negantem, se socium, placet, in solidum condemnari, *l. si unus 67. in fin. pro soc. l. sed hoc 22. §. 1. de re jud.* Nostris & Gallorum moribus nulla fraternitatis inter socios habetur ratio, sed sola spectatur rerum communio, conventique in solidum condemnantur, *Gothofr. in l. 16. de re jud. Groenew. de ll. abrog. hic.*

Ex donatione] Is quoque, qui ex liberalitate sua convenitur, in id tantum, quod facere potest, condemnatur, *l. Divus 28. de reg. jur.* & quidem is solus deducto ære alieno, *l. inter eos 19. §. 1. de re jud.* Pinguius enim donatori succurrere debemus, quàm qui verum debitum solvere compellitur: ne liberalitate sua inops fieri periclitetur, *l. & exhæredatum 49. cum l. seq. eod.* Et ita utimur, *consult. JC. Bat. pag. 1. cons. 269.* quamvis in Gallia nec hoc observetur. *Bugn. de ll. abrog. lib. 1. satyr. 12.*

Textus.

De compensationibus.

39. *Compensationes quoque oppositæ plerumque efficiunt, ut minus quisque consequatur, quam ei debeatur. Nam ex bono & æquo habita ratione ejus, quod invicem actorem ex eadem causa præstare oportet, poterit judex in reliquum eum, cum quo actum est, condemnare, sicut jam dictum est.*

Commentarius.

Etiam per compensationem reus consequitur, ne in solidum damnetur. Compensatio tunc propriè est, cum res, quæ numero, pondere, mensura constant, utrimque debentur; ut ostendimus ad §. *in bona 30. sup. eod.*

Compensationes oppositæ] Etsi compensatio ipso jure actionem minuit, tamen in judicio opponenda & allegranda est, ut judex sciat, esse, quod vicissim debeatur, ejusque in condemnatione rationem habeat. Hæc vero allegatio propriè exceptio non est, sed nuda defensio, quam DD. vulgo exceptionem intentionis & facti nominant, qualis est, si quis se solvisse aut sibi accepto latum dicat: quod latius explicui ad *d. §. in bona.*

Plerumque] Hæc particula fortè adjecta est propter causam depositi, vectigalium, tributorum &c. in quibus compensationi non est locus, *l. 3. & l. ult. C. de compens.* Fortassis etiam, quia liquidi tantum cum liquido compensatio admissa: quod autem ex causa non liquida compensandi gratia objicitur, alii judicio reservandum, nisi initio litis per modum exceptionis objiciatur, *d. §. in bona l. ult. C. de compens.*

Ex eadem causa] Hæc verba Theophilus non agnoscit. Et sane etiam, quod ex diversa causa debetur, compensari posse constat, *passim tit. ff. & C. de compens. Paul. 2. sent. 5.*

Textus.

De eo qui bonis cessit.

40. *Cum eo quoque, qui creditoribus suis bonis cessit, si postea aliquid acquisierit, quod idoneum emolumentum habeat, ex integro in id, quod facere potest, creditores experiuntur. Inhumanum enim erat, spoliatum fortunis suis in solidum damnari.*

NOTÆ,

NOTÆ.

40. QUI BONIS CESSIT] Ex Ulpiano *l. 4. de cess. bon.*

IDONEUM EMOLUMENTUM] Non modicum, sed quod alicujus momenti sit, quo prætor moveri possit, *l. 6. l. 7. eod.*

EX INTEGRO] Id est, ἐξολοκλήρου, de integro, rursus, denuo, non εἰς ὁλόκληρον, in solidum.

COMMENTARIUS.

1 *Quid sit facere posse, & quid hoc reo tribuat.*
2 *Quibus rebus deductis id æstimetur.*
3 *Quale sit hoc beneficium, personæ, an rei cohærens.*

HIc iterum proponitur species, ubi beneficium reo datum facit, ut actor solidum non semper consequatur. Omnis debitor, qui non habet exceptionem competentiæ, solidum quod debet, solvere compellitur; si nequit, in carcerem ire volente creditore cogitur, nisi bonis cedere malit, *l. 1. C. qui bon. ced.* nam bonorum cessione pœnam carceris evitare potest, utique si sua non malo more amisit, prodegit aut fraudulenter alienavit, *l. si quis dolo 51. de re jud. l. Verum 63. §. hoc quoque 7. pro soc. add. Gomez. 2. resol. 11. num. 52. & ad l. Taur. 79. num. 2. Ben. Stracch. de merc. tract. decoctorib. part. 3. n. 9.*
1 Cæterum non uti carcere, ita & obligatione debitor bonis cedens liberatur, ac proinde si postea facultates aliquas, quas modo alicujus momenti sint, iterum acquisierit, denuo efficaciter conveniri potest: sed jam ita, ut non in solidum, quod amplius debet, sed solum in quantum facere potest, damnetur, *l. 4. l. 6. & 7. de cess. bon.* Beneficium ei tributum ex sola commiseratione, ut in extremo hujus §. indicat Justinianus. De materia cessionis latè disputare non est hujus loci: videndi *DD. ad tit. ff. & C. eo pertinentes. Schneid. hic. Damhoud. prax. civ. cap. Pet. Greg. 22. synt. 8. & aliquot seqq. Afflict. decis. 348. & seq. Tessaur. decis. 36. & 182. Christin. Vol. 4. decis. 123.* ubi plurimos citat, qui ex professo hanc materiam tractant. Cæterum antequam hinc abeamus, quærendum est, quale sit hoc beneficium, quod competentiæ vocant, & cujus toties jam facta mentio. Id autem planum fiet, si cognoverimus quid sit facere posse, quibus rebus & unde deductis id æstimandum, sitne beneficium personæ, an causæ. Facere posse civili ratione hic dicitur, qui de suo præstare potest honestè, deducto videlicet prius eo, quod illi satis sit ad victum quotidianum & alimenta, *l. inter eos 19. in fin. l. cum ex causa 30. de re jud. l. 6. de cess. bon. l. in condemnatione. 173. de reg. jur.* & in eo tempus rei judicatæ spectatur, *l. 15. sol. matr.* Non modo igitur quibus hoc beneficium competit, si solvendo non sunt, in carcerem detrudi non possunt, aut cogi, ut bonis cedant: sed ne totum quidem, quod habent, iis extorquendum, ne aut turpiter mendicare aut malis artibus victum quærere cogantur. Sed & in definiendo victu & alimentis ratio dignitatis vel conditionis personarum habenda; cum lautiori cibo nobilem vesci, quam rusticum oporteat, & alius illi, quam huic cultus corporis conveniat. De quo *Tiraq. de nobilitat. c. 20. n. 143. & seq. Coder. de process. p. 2. c. 3. n. 125. & seqq.* Utrumque contra est, cum hoc beneficium cessat, quippe omnium actionum sine hoc beneficio hæc conditio est, ut quamvis reus solvendo non sit, solidum tamen præstare compellatur, aut de suo, aut si id non potest, aliunde, unde solvat, sumere, aut postulante creditore in carcerem ire; nisi paratus sit bonis cedere, *l. 1. C. qui bon. ced.* Atque ut creditor parcat carceri; omne tamen quod habet, condemnato auferre potest, ut nihil ei, ne ad victum quidem, relinquatur; de quo vide *Christin. Vol. 4. decis. 123. num. 15. & ibi alleg.* Hoc quod ita quemque facere posse 2
dicimus, aliter in donatore æstimatur, aliter in cæteris. In donatore, deducto ære alieno: in cæteris, etiam non deducto: pinguius enim donatori succurri placuit, quam veris debitoribus, *l. sunt. qui 16. l. inter eos 19 in pr. & §. 1. l. & exhæredatum 49. de re jud. l. 12. de donat.* Inter eos, quibus ex simili causa debetur, occupantis conditio melior; nec deducitur, quod ejusdem conditionis hominibus debetur, *d. l. inter eos ubi Vid. Don.* Denique si actor eadem paupertate, qua reus, prematur, non juvabitur reus hoc privilegio: quoniam in pari momento miserationis præponderat rigor juris, magisque debitorem, quam creditorem, egere convenit. *Zas. ad l. 12.* 3
& seqq. solut. matrim. n. 20. Coler. part. 2. cap. 3. n. 121. D. Tuld. comm. in hunc. tit. cap. 19. Beneficium hoc personale est; non causæ, sed personæ cohærens: & ideo nec in hæredem transit, præterquam quod in actione dotis datur filiis mulieris, qui patri hæredes extiterunt, *l. 12. & seq l. etiam filius 18. solut. matr. l. 24. & seq. de re jud. add. Pet. Fabr. ad l. Divus 28. de reg. jur. Gomez. in l. Tauri. 50. & tres seqq. n. 49.* Neque fidejussori tribuitur, quamvis ita fiat, ut nec debitori hoc beneficium prosit; quippe quum fidejussor totum, quod præstitit, à reo principali repetere possit, *l. & si fidejussor. 24. de re judic.* Neque hoc iniquum aut absurdum est: quoniam relatio, quæ est inter creditorem & debitorem principalem, & propter quam beneficium tribuitur, non est inter creditorem & fidejussorem, nec rursus inter hunc & debitorem principalem. Quid quod debitor, dando fidejussorem, tacitè exceptioni competentiæ renuntiare videtur? utique enim hoc agimus fidejussorem accipientes, ut in omnem eventum nobis

bis cautum sit, *§. ult. inf. de replicat.* Licet autem jure novo reus principalis prius conveniri & excuti debet, quam ad fidejussores perveniatur: tamen quod creditor à reo consequi non potuit, rectè exiget à fidejussore: quoniam eodem jure non electione & litis contestatione, sed demum solutione obligatio perimitur, *l. ultim. C. de fidejussor. Don. ad. d. l. 24. de re judic. Bachov. hic. fusè Hering. de fidejussor. cap. 27. part. 4. n. 80. & seqq.* Alia causa est defensoris, cujus in omnibus rebus eadem causa esse debet, quæ domini foret, si cum ipso ageretur, *l. alia causa. 14. solut. matrim. l. verum. 63. §. 1. pro soc. l. minor. 51. §. 1. de proc.*

TITULUS VII.

D. lib. 14. t. 5. C. lib. 4. t. 16.

Quod cum eo, qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicitur.

Continuatio, & summa tituli.

Ure civili nemo ex contractu alterius obligatur, ne is quidem qui contrahentem in potestate habet, §. *actiones 10. tit. prac.* Nam etsi jus potestatis facit, ut servus domino, filius patri obligationem & actionem acquirant; non efficit tamen ex contrario, ut pater & dominus ex contractu filii aut servi obligentur, atque alteri actio adversus eos acquiratur. Cæterum hunc juris rigorem quibusdam in casibus prætor ex æquitate relaxavit, introductis certis actionibus, vel potius actionum qualitatibus, quibus dominus & pater ex contractibus filii aut servi conveniri possunt. Hujus generis sex hoc tit. proponuntur, quod jussu, exercitoria, institoria, tributoria, de peculio, de in rem verso. Sub finem adjicitur casus, quo ex contractu filii pater non obligatur, cum ex eadem causa ex contractu servi obligetur dominus.

TEXTUS.

Scopus & nexus.

Qui tamen superius mentionem habuimus de actione, qua in peculium filiorum servorumq; agitur, opus est, ut de hac actione & de cæteris, quæ eorundem nomine in parentes dominosve dari solent, diligentius admoneamus. Et quia sive cum servis negotium gestum sit, sive cum iis, qui in potestate parentum sunt, eadem ferè jura servantur, ne verbosa fiat disputatio, dirigamus sermonem in personam servi, dominique, idem intellecturi de liberis quoque & parentibus, quorum in potestate sunt. Nam si quid in his propriè servetur, separatim ostendemus.

COMMENTARIUS.

SUperius mentionem habuimus] *§. actiones 10. prac. tit.* ubi obiter egit de actione de peculio; quam nunc plenius, ut & cæteras, quæ ex conventionibus filiorum & servorum adversus patrem & dominum dantur, hoc tit. explicat.

Ferè eadem jura servantur] Merito adjecit particulam *ferè*. Nam primum servi ipsi ex contractibus civiliter non obligantur, §. *item inutilis 6. sup. de inutil. stip. l. 14. de obl. & act.* filii autem familias obligantur, & cum iis agi, tanquam patribusfa. potest, *l. filiusfa. 39. d. tit.* Deinde servus mutuam pecuniam accipiens obligat dominum de peculio: filius ex ea causa patrem de peculio non obligat, propter Senatusconsultum Macedonianum, §. *pen. inf. eod.* Præterea si servus fidejusserit rem peculiarem non agens, si liberum se mentitus judicium acceperit, compromiserit, jusjurandum detulerit, ex his causis actio de peculio in dominum non datur. Diversum est in filiofamilias, *l. 3. §. filiusfam. 5. & seqq. l. 5. §. 2. de pecul.* Postremo quia servi peculium simplex est & unius generis, totum in domini, à quo profectum est, potestate, dominus ex contractu servi sine distinctione tenetur: pater autem non de omni peculio tenetur, sed de eo tantum, quod ipse totum in potestate habet, cujusmodi hodie solum est profectitium; de quo plura scripsimus ad *d. §. actiones sup. titul.* In cæteris omnibus eadem omnino jura ex negotio gesto cum servis & filiisfa. De servis autem quæ tractantur, satis constat, usum hodie non habere.

TEXTUS.

De servis quod jussu.

1. *Si igitur jussu domini cum servo negotium gestum erit, in solidum prætor adversus dominum actionem pollicetur: scilicet quia is, qui ita contrahit, fidem domini sequi videtur.*

COMMENTARIUS.

SI jussu domini cum servo negotium gestum est, merito adversus dominum actio quod jussu datur, atque

atque adeo in solidum: nam quodammodo cum eo ipso contrahitur, qui jubet. *Ulp. l. 1. in pr. quod jussu.* Ait Jurisconsultus *quodammodo*: verè enim non cum domino, qui jussit, sed cum servo contrahitur: & alioqui cessaret actio quod jussu: ut accidit, cum dominus servi tantum ministerio utitur, ipse autem contrahit; veluti si mutuam pecuniam accepturus eam servo numerari jubeat; quo casu quod jussu non competere, sed domino condici, scriptum est in *l. ult. quod juss. fac. l. qui autem 24. cum l. seq. de pec. const.* Sic ibi pater in contrahendo filii nudo ministerio utitur, ipse solus, non filius obligatur, *l. 4. C. hoc tit. d. l. ult. quod juss.* At si filius jussu patris contraxerit, uterque tenetur, pater quod jussu, filius directo, *l. pen. eod. l. 3. §. sed utrum 4. de minorib.* Jussum autem domini hic accipere debemus, sive jusserit, sive mandaverit, sive ratum habuerit, aut servi chirographo subscripserit, *l. 1. §. 1. 3. 4 & 6 quod juss.*

TEXTUS.

De exercitoria & institoria actione.

2. *Eadem ratione prætor duas alias in solidum actiones pollicetur; quarum altera exercitoria, altera institoria appellatur. Exercitoria tunc habet locum, cum quis servum suum, magistrum navi præposuerit, & quid cum eo, ejus rei gratia, cui præpositus erit, contractum fuerit. Ideo autem exercitoria vocatur, quia exercitor is appellatur, ad quem quotidianus navis quæstus pertinet. Institoria tunc locum habet, cum quis tabernæ forte, aut cuilibet negotiationi servum suum præposuerit, & quid cum eo, ejus rei causa, cui præpositus erit, contractum fuerit. Ideo autem institoria appellatur; quia qui negotiationibus præponuntur, institores vocantur. Istas tamen duas actiones prætor reddit, & si liberum quis hominem, aut alienũ servum navi aut tabernæ, aut cuilibet negotiationi præposuerit; scilicet quia eadem æquitatis ratio etiam eo casu interveniat.*

NOTA.

CUM QUIS TABERNAE] Taberna hîc est ἐργαστήριον, statio, officina. Gloss. juris, *taberna*, ἐργαστήριον. Hinc tabernarius *l. 5. §. 7. de inst. act.* id est, ἐργαστηριάρχης. Gloss. Gr. Lat.

COMMENTARIUS.

1 *Cum magistro & institore ipso etiam directo agi posse: quanquam in praxi hoc non receptum.*
2 *Si plures exerceant, singulos in solidum teneri: sed apud nos hoc non obtinere.*
3 *Exercitores non habere actionem adversus contrahentes cum magistro aut institore.*
4 *In contractibus cum propositis ineundis diligenter observandam legem propositionis: ubi multa notabilia.*

SI quid cum servo, quem dominus magistrum navi præposuit, contractum sit ejus rei causa, cui præpositus est, ad eam rem actio adversus dominum edicto prætoris constituta est, quæ exercitoria appellatur, *tit. ff. & C. de exerc. act.* Similiter si quid cum servo quem dominus tabernæ aut cuilibet alii negotiationi præfecit, ejus rei gratia gestum sit, in dominum eo nomine actionem prætor pollicetur, quæ dicitur institoria, *tit. ff. & C. de inst. act.* Illa à præponente qui exercitor dicitur, nominata est; hæc à præposito seu institore propter commoditatem sermonis. Utraque eandem æquitatis rationem habet, quam superior illa quod jussu, nimirum quia voluntate domini negotium gestum, ac proinde cum eo ipso quodammodo contractum intelligitur, *§. ult. inf. eod. l. si institorem 29. de reb. cred.* unde merito etiam in solidum utraque proposita est.

Ad quem quotidianus navis quæstus] Exercitor dicitur, ad quem omnes obventiones & reditus navis pertinent, sive is dominus navis sit, sive à domino navem per aversionem conduxerit, *l. 1. §. ad exercitorem 15. de exerc. act.* Magistrum autem navis accipere debemus, cui totius navis cura mandata est, maxime quidem cui ab exercitore, sed tamen etiam cui ab institore, *d. l. 1. §. 1. junct. §. magistrum 5.* ubi etiam ratio hujus rei redditur.

Institores vocantur] Institor, auctore Ulpiano, ex eo appellatus est, quod negotio gerendo instet: nec multum refert, inquit, tabernæ sit propositus, an cuilibet alii negotiationi, *l. 3. de inst. act.* puta rebus emendis, locandis, permutandis. Ut declarant exempla *l. 5. eod.* Quamvis autem procurator qui mutuis accipiendis pecuniis præpositus est, proprie institor non sit, placet tamen, adversus eum, qui præposuit, utilem ad exemplum institoriæ actionem dari, *l. pen. eod. l. 5. C. eod.*

Et si quis liberum hominem] *L. 1. §. cujus autem*

tem 4. de exerc. act. l. 7. §. 1. & 2. l. 8. de inst. act. quibus locis traditur, nihil interesse cujus conditionis sit, qui navi aut tabernæ præponitur, masculus an fœmina; paterfa. an filiusfam. pupillus an adultus aut ætate major; homo liber, an servus præponentis, an alienus. Ex converso quoque parvi referre traditum est, quis præposuerit, *d. l. 1. §. parvi autem 16. d. l. 7. §. 1. l. 1. 2. & ult. C. eod.* Nam & si is qui in potestate aliena est, ejus voluntate navem aut tabernam exerceat, & quid cum eo quem magisterio navis aut tabernæ præposuit, gestum sit, in eum, cujus in potestate est, judicium datur, *d. l. 1. §. si is qui 19. de exerc. act.* & si mulier sit, quæ navem aut tabernam exercet, tenebitur & ipsa ex contractu eorum, quos præposuit: nec juvabitur Senatusconsulto; quoniam in obligationibus principalibus viro comparatur, *d. l. 1. §. parvi autem 16. de exerc. d. l. 7. §. 1. de inst. act. l. 4. C. eod.* nec sunt contractus hujusmodi alieni, sed ipsius mulieris. Græci in *Basilic.* 53. ἐδὲ γὰρ ἀλλότρια εἰσι ταῦτα συναλλάγματα ἀλλ' αὐτῆς τῆς γυναικός. Enimvero pupillus ex præpositione ut obligetur, necessaria est tutoris auctoritas, *d. l. 1. §. parvi autem, l. 9. de inst. act.*

Eadem æquitatis ratio] Conditio personæ præpositi non debuit impedire humanitatem prætoris. Nam sive servus sive homo liber administrationi alicui præponatur, semper is, qui eum præponit, eo animo esse intelligitur, ut velit in ea administratione factum præpositi præstare, ne contrahentes, qui præponentis magis quam præpositi fidem sequuntur, decipiantur: estque hoc æquissimum, ut quorum ex contractu commoda publice percipimus, eorum quoque in eadem causa facta agnoscamus, *l. 1. in pr. §. 2. & 4. de exerc. act. l. 1. de inst. act.* quanquam summo jure hæ causæ ad actionem adversus alium, quam cum quo revera contractum est, acquirendam non sufficiunt. Plane cum quæritur, adversus quem actio detur, interest homo liber an servus sit, cum quo ut magistro aut institore contractum est. Nam servus ex contractu civiliter non obligatur, neque
1 judicio agi cum eo potest. *l. 6. C. de jud. l. 14. de obl. & act.* & ideo sol9 dominus hic conveniendus est actione exercitoria. Si liber sit, uterq; tenetur, & qui præposuit, & qui præpositus est; habetq; creditor electionem, utrũ cum magistro aut institore directo agere, an cum iis, qui eos præposuerunt, exercitoria aut institoria experiri velit, *l. 1. §. est autem 17. & §. pen. de exerc. act. l. 6. §. ultim. naut. caup. stab.* Nec obstat *l. ult. de instit. act.* ex qua quidam adstruxerunt, institores ipsos ex negotio institorio nomine gesto non teneri nec conveniri posse: nam, ut recte plerique respondent, non proponitur in specie *d. l. ult.* institor, qui cum aliquo contraxit, aut se institorio nomine obligavit, sed qui tantum professus est, esse penes mensam præponentis certam summam pecuniæ: ex cujusmodi nuda scriptione, ad fidem mensæ protestandam, *om credit van de tafel te onderhouden*, mirum non est, si post mortem præponentis conveniri non possit. *Costal. in d. l. ult. & ad l. 1. §. est autem. 17. de exerc. act.* Ubi tamen refert, aliud placuisse Curiæ Parisiensi, eamque censuisse, institores non recte conveniri ex iis contracti- 1
bus, quos nomine institorio inierunt, sed in dominos actionem esse intendendam, nisi domini eos, qui pro se gesserunt, pro institoribus non haberent. Quæ sententia etiam in praxi recepta est. *Christin. vol. 3. decis. 53. n. 9. add. D. Coren. obs. 26. re à sup. sen. Holl. jud.* unde Angelus in *l. eandem, de duobus reis*, ait, quod factores licet mille literis se scribant debitores, non propterea possunt conveniri, quod videntur scribere factorio nomine. Similia & Decius 2
consil. 150. Si plures navem aut tabernam exerceant, placet singulos in solidum conveniri posse: ne in plures adversarios distringatur, qui cum uno contraxerit, *l. 1. §. ult. l. 2. 3. & 4. de exerc. act. l. habebat 13. §. ultim. & l. seq. de instit. act.* Sed hoc apud nos receptum non est, ut mercaturæ noxium; sed singuli pro portionibus exercitionis tantum conveniri possunt *Grot. lib. 3. cap. 1. & 2. de jur. bell. cap. 11. n. Groenew. de ll. abrog. hic.* An igitur & ex con- 3
trario navem aut tabernam exercenti actio constituta est adversus eos, qui cum magistro aut institore contraxerunt? Minime. Neque enim eodem auxilio indigent, cum actione ordinaria, puta mandati, locati, negotiorum gestorum, cum magistro aut institore agere possint, *l. 1. §. sed ex contrario 18. de exerc. act. l. 1. de instit. act.* Plane, si ab his rem suam servare nequeant, ex æquitate illis succurri solet etiam contra eos, qui cum magistro aut institore contraxerunt, *d. §. sed ex contrario, l. 1. de exerc. act. l. 2. de instit. act.* Qui autem magistratum aut institorem in potestate habet, actiones ex contractibus eorum sibi quæsitas exercet. Illud porro animadversione dignum est, quod non ex omni causa ex contractu magistri aut institoris obligetur, qui eos præposuit: sed ex eo duntaxat negotio, quod gestum est ejus rei gratia, ad quam præpositi sunt, ut in hoc text. dicitur, & exemplis declaratur ab Ulpiano in *d. l. 1. §. non autem 7. & seqq. de exerc. act. l. 5. §. non tamen 10. & seqq. de instit. act.* Proinde in contractibus cum institoribus aliisve officio alicui præpositis ineundis lex & forma præpositionis diligenter observanda est, *d. l. 1. §. igitur 12. de exerc. act. l. sed si 11. §. condi-* 4
tio 5. de inst. act. adeoque ipsum genus commissionis vel officii expendendum, & persona quoque ejus, cum quo contrahitur, examinanda, *l. qui cum alio, de reg. jur. Costal. in l. 5. §. non tamen, de instit. act.* Quid dicemus si præpositi mutuas pecunias sumpse-

sumpserint? Si mandatum habeant de mutuis pecuniis accipiendis, res expedita est. Si non habent, caute creditoribus agendum. Utique præpositio ad ea quoque extenditur, quæ sæpe incidenter & per consequentiam rei principaliter commissæ veniunt. Unde si verbi gratia navis reficienda aut instruenda sit, & magister in eam rem pecuniam mutuetur, actio in exercitorem dabitur, neque creditor adstringetur ad hoc, ut ipse curam reficiendæ navis suscipiat, probetve, pecuniam in refectionem erogatam esse, *l. 1. §. quid si 8. l. ult. de exerc. act.* Cæterum non alias utiliter aget, quam si concurrant illa omnia, quæ exigit Africanus in *d. l. ultim. & Gloss. & DD. ibidem.* Summa est, si cum crederetur pecunia, navis in ea causa fuerit, ut refici deberet: si ea lege credita, ut in refectionem navis impenderetur: si creditor sciverit, eum, cui credidit, magistrum ei navi præpositum: si non majorem summam crediderit, quam ad eam rem esset necessaria: postremo si in eo loco crediderit, ubi id, propter quod pecunia creditori, comparari potest. Eademque fere dicenda, si quis institori pecuniam crediderit, & de actione institoria adversus dominum danda quæratur, *d. l. ult. §. ult.* eoque jure etiam hodie utimur. *Christin. Vol. 3. decis. 33. n. 2.* eleganter & practice *Jo. Fab. hic, n. 8. & seq. Foller. ad Marant. part. 4. dist. 22.* adde quæ nos ad *Pet. Peck. in tit. rei naut. ad d. l. ult.* Moribus harum regionum, ex contractu uxoris palam negotiationem exercentis, maritus obligatur, sed & uxor quoque tenetur, uti sæpissime judicatum testatur *Christin. Vol. 3. decis. 27.* Non idcirco tamen minus in intercessionibus beneficio SCti utitur. *Neost. ad. obs. rei judic. 18. add. Sand. lib. 2. tit. 4. defin. 3. & 4. Grot. 1. introd. c. 5.* Quod autem, qui aliquam uxorem ducit, simul omnia ejus debita in se trahit, id non ideo fit, quia contractus uxoris maritum obligat, sed quia matrimonium parit communionem totius æris alieni, cujus partem dimidiam velut debitum proprium vir exsolvere cogitur, alteram dimidiam tanquam administrator totius familiæ, ac proinde & negotiorum uxoris. *Gud. lib. 3. cap. 11.*

TEXTUS.
De tributoria.

3. Introduxit & aliam actionem prætor, quæ tributoria vocatur. Namque si servus in peculiari merce, sciente domino negotietur, & quid cum eo ejus rei causa contractum erit, ita prætor jus dicit, ut quicquid in his mercibus erit, quodque inde receptum erit, id inter dominum, si quid ei debebitur, & cæteros creditores pro rata portione distribuatur. Et ideo tributoria vocatur, quia ipsi domino distributionem prætor permittit. Nam si quis ex creditoribus quæratur, quasi minus ei tributum sit, hanc ei actionem accommodat, quæ tributoria appellatur.

NOTÆ.

QUIA IPSI DOMINO DISTRIBUTIONEM] Ipse dominus tribuendi facultatem habet ex prætoris edicto, *l. ult. eod.*

QUAM OPORTUERIT] Hæc actio dolum malum coërcet domini, *l. 7. §. 2. eod.* id est, propter iniquam distributionem datur: cogiturque dominus per hanc actionem in medium afferre, quicquid mercium occultaverit. Th.

COMMENTARIUS.

PRoponitur hic quarta actio ex contractu servi in dominum à prætore comparata, quæ tributoria vocatur, id est, distributoria sive contributoria. Nam si quid cum servo in peculiari merce sciente domino negotiante contractum sit, jubetur dominus quod ex ea merce & quod eo nomine receptum est, æquabiliter inter creditores tribuere seu partiri; in quam partitionem & ipsa quoque, si quid ei debetur sive mercis nomine sive alia ex causa, admittitur, *l. 1. l. 5. §. per hanc actionem, & seqq. de tribut. act.* Si autem dolo malo ejus factum sit, quominus ita tribueretur, tributoria in eum datur, ut quantominus tributum sit, quam debuerit, præstet. Itaque hæc actio tantum dolum malum domini coërcet, si videlicet malitiose in distribuendo versatus sit, merces penes se retinuerit, aut sciens prudens perire sit passus. Quod si tribuere nolit, potest evitare actionem mercibus cedendo, *l. 7. §. 1. & deinceps, eod.*

Sciente domino negotietur] Dominus peculium servo concedens hoc ipso etiam jus contrahendi servo concedere intelligitur, *l. 1. §. item acquirimus 5. de acq. poss.* Cæterum hæc voluntas paulo generalior & aliquanto remotior est à singulis contractibus; qua de causa in actione de peculio æstimatio peculii fit deducto eo, quod domino debetur, ut audiemus *§. seq.* At in casu proposito voluntas domini propius ad negotium accedit: exigitur enim ut saltem non nolit, id est, sciat & patiatur servum in merce peculiari negotiari, *l. 1. §. 1. & 2. de tribut. act.* Et ideo in actione tributoria placet, dominum privilegium

um deductionis non habere, sed æquali jure cum cæteris creditoribus in tributum vocari, *d. l. 1. in pr. add. l. 1. §. licet autem 20. l. 6. de exerc. act.*

TEXTUS.

De peculio & de in rem verso.

4. Præterea introducta est actio de peculio, deque eo, quod in rem domini versum erit, ut quamvis sine voluntate domini negotium gestum erit, tamen sive quid in rem ejus versum fuerit, id totum præstare debeat; sive quid non sit in rem ejus versum, id eatenus præstare debeat, quatenus peculium patitur. In rem autem domini versum intelligitur, quicquid necessario in rem ejus impenderit servus, veluti si mutuatus pecuniam creditoribus ejus solverit, aut ædificia ruentia fulserit, aut familiæ frumentum emerit, vel etiam fundum, aut quamlibet aliam rem necessariam mercatus erit. Itaque si ex decem puta aureis, quos servus tuus à Titio mutuo accepit, creditori tuo quinque aureos solverit, reliquos vero quinque quolibet modo consumpserit, pro quinque quidem in solidum damnari debes; pro cæteris vero quinque eatenus, quatenus in peculio sit. Ex quo scilicet apparet, si toti decem aurei in rem tuam versi fuerint, totos decem aureos Titium consequi posse. Licet enim una sit actio, qua de peculio, deque eo, quod in rem domini versum sit, agitur; tamen duas habet condemnationes. Itaque judex, apud quem de ea actione agitur, ante dispicere solet, an in rem domini versum sit: nec aliter ad peculii æstimationem transit, quam aut nihil in rem domini versum intelligatur, aut non totum. Cum autem quæritur, quantum in peculio sit, ante deducitur, quicquid servus domino, cive, qui in potestate ejus sit, debet; & quod superest, id solum peculium intelligitur. Aliquando tamen id quod ei debet servus, qui in potestate domini sit, non deducitur ex peculio, veluti si is in ipsius peculio sit. Quod eo pertinet, ut si quid vicario suo servus debeat, id ex peculio ejus non deducatur.

NOTÆ.

4. QUAMVIS SINE VOLUNTATE] Nam si domini voluntate, potest *quod jussu* agi, *l. 5. §. 2. de in rem vers.*

QUICQUID NECESSARIO] Vel utiliter, *l. 5. §. 3. eod.* quod autem magis ad voluptatem pertinet, non videtur versum. Hoc igitur dominus sine rei detrimento patietur auferri, *l. 3. §. 4. eod.* Locum hunc fuse explicat Ulpianus *d. l. 3. d. l. 5. l. 7. l. 10. eod.*

LICET ENIM UNA SIT ACTIO] Hujus loci hanc esse sententiam puto, non tantum singulis actionibus separatim, aut de peculio, aut de in rem verso, agi posse: sed etiam conjunctim, ut simul utrumque caput una formula ita, ut proponitur, in judicium deducatur. Eamque formam agendi esse commodissimam, ut mox ostenditur. Cæterum actio de in rem verso, non minus sola & per se institui potest, quam illa de peculio, *l. 1. pr. §. 1. l. 14. l. 19. in fin. de in rem vers. §. seq. & §. ult. inf. eod.*

DUAS HABET CONDEMNATIONES] Quando scil. actioni de peculio illud emblema de in rem verso adjicitur. Altera enim seorsum & simpliciter intentata ad alteram ex eadem causa non datur regressus, arg. *l. 9. §. 1. de trib. act. & §. seq. in f. eod.*

ANTE DEDUCITUR, &c.] Naturalia debita spectamus in peculii deductione, *l. 5. §. ult. l. 9. §. 2. & 3. l. 11. §. 1. de pecul.* quemadmodum ex contrario quod dominus servo debet, peculium auget, *l. 17. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Notatur & refutatur error eorum, qui putant, actionem de peculio, & eam de in rem verso, non esse duas distinctas actiones.*

PRæter superiores quatuor sunt adhuc actiones duæ, edicto item prætoris ex contractibus servorum adversus dominum proditæ, quæ explicantur hoc loco, actio de in rem verso, & actio de peculio: quarum illa ob commodum, quod ex contractu servi ad dominum pervenit, constituta est; hæc ob domini volun-

voluntatem, uti & præcedentes; quanquam non ubique idem genus voluntatis intervenit, & ideo nec quæ hujus generis sunt, eundem effectum adversus dominum habent, *l. 1. §. licet autem 20. in fin. l. 6. de exerc. act. l. 1. per tot. de tribut. act. junct. l. 1. §. item acquirimus 5. de acq. poss.*

Et quamvis sine voluntate domini] Actio de peculio dicitur dari ex negotio sine voluntate domini gesto, non quod nulla omnino voluntas domini præcedat: nam, ut sæpe alibi diximus, qui peculium servo concedit, hoc ipso ei etiam jus contrahendi tacite permittere intelligitur, per *d. l. 1. §. item acquirimus 5. de acq. possess.* sed respectu actionum præcedentium, quæ ut competant, requiritur vel voluntas aperta, ut in actione quod jussu, exercitoria & institoria, vel præter generalem concessionem peculii saltem scientia domini & patientia, ut in tributoria, cum de peculio dominus obligetur, etiamsi nesciat, servum de rebus peculiaribus contrahere. Unde etiam est, quod licet illa quod jussu, item exercitoria & institoria, in solidum dominus teneatur, in tributoria quod sibi debetur non deducat; de peculio tamen non teneatur, nisi pro modo peculii, & cum jure deducendi, quod ipsi servus debet.

Sive quid in rem ejus versum] Dominus de eo, quod servus sine voluntate ejus contraxit, quatenus in rem ejus versum est, in solidum tenetur actione de in rem verso; idque sive habeat servus peculium, sive non habeat, aut non tantum habeat, quantum acceptum est. Nam etiam ubi cessat actio de peculio, de in rem verso locum habet, *l. 1. in pr. & §. 1. de in rem vers.*

Quicquid necessario in rem ejus, &c.] Ostendit exemplis, quid quando in rem domini versum intelligatur. Et quidem quicquid servus necessario in rem domini impendit, id omne citra controversiam in rem ipsius versum intelligitur; *l. 3. §. 1. l. 5. l. 6. eod.* Sed tamen & quod utiliter gessit impenditve, in eadem causa est, *l. 5. §. 2. & passim. tit. eod.* nisi quod in non necessariis non amplius in rem versum intelligatur, quam est verum ipsius rei pretium; cum in necessariis spectetur pretium conventum, *d. l. 5. in pr. eod.* Ut ergo generaliter dicam, toties de in rem verso actio competit, quoties procurator mandati, aut negotiorum gestor negotiorum gestorum actionem habet: quotiesque servus ita impendit, ut dominus rem suam aut meliorem haberet, aut non deteriorem, *d. l. 3. §. 2.* Quod vero in voluptariam causam impensum est, non videtur versum: nam nec procurator hoc imputaret: & non debet dominus ex eo onerari, quod ipse facturus non esset, *d. l. 3. §. sed si mutua. 4.* Plane impensæ honestæ & consuetæ dominum de in rem verso obligant, *l. 7. §. 3. eod.*

Licet enim una sit actio] Ita hoc loco disputat Justinianus, quasi actio de peculio & actio de in rem verso non sint duæ distinctæ actiones, sed una tantum, quæ habeat duo capita duasque condemnationes. Unde quidam existimaverunt, actionem de in rem verso non esse propriam formulam & per se constantem, sed accessionem & appendicem duntaxat actionis de peculio insititiam & exemptitiam. Proinde creditorem, qui de in rem verso agere instituit, de peculio actionem postulare oportere, ita ut simul illud emblema de in rem verso adjici postulet. *Hotom. Tuning. hic.* Quidam vero actioni de peculio etiam inesse adjectionem de in rem verso, nec actionem de in rem verso per se exerceri, nisi cum deficit actio de peculio. *D. Cujac. hic, Duar. in tit. de in rem vers.* Neutri bene, meo quidem judicio. Nam, ut ego existimo, actio de in rem verso tam propria & per se constans formula est, quam ea de peculio: potestque non tantum cum actio de peculio deficit, sola & per se institui, veluti cum peculium servo sine dolo malo ademptum est, aut morte servi peculium extinctum, annusque, intra quem de peculio agi poterat, finitus; quibus casibus hæc actio etiam necessaria est; *l. 1. §. 1. l. 14. l. filiusfam. 19. in fin. de in rem vers.* sed etiam tunc, cum simul de peculio competit, *§. seq. in fin. & §. ult. l. 1. hoc tit. d. l. 1. in pr.* Et cur tandem quæso non liceat mihi, si velim, de in rem verso seorsum agere, quamvis & de peculio experiri queam? Cum autem simpliciter de peculio agitur, negamus, clausulam illam de in rem verso de peculio actioni inesse aut pro adjecta haberi. Æstimatur quidem tunc quoque quod in rem domini versum est, sed tanquam servo debitum, ut tanto plus in peculio esse censeatur. Uti docet *d. l. 1. §. ult. & d. l. 19.* At in condemnatione seorsum ejus, quod versum est, ratio non habetur, sed universi peculii, sic ut de toto deducatur, quod servus domino debet. Quod secus est, si adjecta fuerit clausula de in rem verso, ut docemur hoc text. Et ex contrario si simpliciter de in rem verso actum sit, peculii nulla ratio habetur, sed ejus tantum, quod in rem versum est. Quid igitur est, quod Justinianus hic ait, unam esse actionem, qua de peculio, deque eo, quod in rem versum sit, agitur? Nimirum ostendere voluit, non tantum singulis actionibus separatim aut de peculio aut de in rem verso agi posse, sed etiam conjunctim, unaque actione, ut caput simul utrumque ita, ut proponit, in judicium deducatur; eamque agendi formam esse commodissimam: propterea quod tunc utriusque rei ratio habeatur, & prius dominus damnetur in solidum ejus, quod in rem ipsius versum esse probatum fuerit; de quo non deducit, quod sibi debet: & si illud non sufficiat, tum porro damnetur, quatenus est in peculio, salvo beneficio deductionis. At seorsum altera intentata ad alte-

ram ex eadem causa regressus non datur. Per *l. 9. §. 1. de trib. & §. seq. hoc tit.*

Ante deducitur quicquid servus domino, &c. debet] Quemadmodum quod dominus servo debet, peculium auget, *l. si servus 17. in fin. de pecul.* ita ex contrario quod servus domino debet, peculium minuit, atque extra peculium reputatur, quasi dominus prævenerit & cum servo egerit. Idemque est, si quid servus debeat iis, qui in potestate domini sunt, quoniam hoc quoque domino debetur, *l. 5. §. ult. l. 9. §. 2. & 3. d. tit.* Unum excipitur, si servus ordinarius quid debeat vicario suo, quod ideo placet de peculio ordinarii non deduci, quia ut ipse vicarius, ita & peculium ejus in peculio ordinarii est, *d. l. si servus.* Ordinarius vicarii veluti dominus est, vicarius δῦλος οἰκέτυ. Gloss. Græc. Lat.

Textus.

De concursu dictarum actionum.

5. Cæterum dubium non est, quin is quoque, qui jussu domini contraxerit, cuique institoria vel exercitoria actio competit, de peculio deque eo, quod in rem domini versum est, agere possit. Sed erit stultissimus, si omissa actione, qua facillime solidum ex contractu consequi possit, se ad difficultatem perducat probandi, in rem domini versum esse, vel habere servum peculium, & tantum habere, ut solidum sibi solvi possit. Is quoque, cui tributoria actio competit, æque de peculio, & de in rem verso agere potest. Sed sane huic modo tributoria expedit agere, modo de peculio & de in rem verso. Tributoria ideo expedit agere, quia in ea domini conditio præcipua non est. Id est, quod domino debetur, non deducitur, sed ejusdem juris est dominus, cujus & cæteri creditores: at in actione de peculio ante deducitur, quod domino debetur: & in id, quod reliquum est, creditori dominus condemnatur. Rursus de peculio ideo expedit agere, quod in hac actione totius peculii ratio habetur: at in tributoria, ejus tantum, quo negotiatur. Et potest quisque tertia forte parte peculii, aut quarta, vel etiam minima negotiari: majorem autem partem in prædiis, aut fœnebri pecunia habere. Prout ergo expedit, ita quisque vel hanc actionem, vel illam eligere debet. Certe qui potest probare, in rem domini versum esse, de in rem verso agere debet.

Notæ.

Domini conditio præcipua non est] In tributorio judicio non melior conditio domini, quam cæterorum creditorum, *l. 1. de tribut. act.*

Ante deducitur, quod domino debetur] Nam in actione de peculio dominus habet privilegium deductionis, *d. l. 1. & §. 4. sup. eod.*

In hac actione totius peculii] In actione de peculio totius peculii: in tributoria ejus duntaxat partis, de qua negotiatum est, ratio ducitur, *l. 11. de trib. act.*

Aut foenebri pecunia] Ergo locum non habet institoria in fœnebri pecunia Pac.

De in rem verso agere debet] Id est, expedit ei potius de in rem verso agere, quam tributoria, propter solidi condemnationem. Theoph.

Commentarius.

Locus hic planus est. Docet, ex uno eodemque negotio & contractu servi plures actiones concurrere & simul competere posse. Ut ecce, si servus peculium habens negotiationi alicui præpositus sit, & quid in utilitatem domini verterit, locus est & actioni institoriæ, & de peculio, & de in rem verso. Cujus rei hæc ratio est, quod hæ actiones non sunt actiones propriæ & per se constantes, sed tantum actionis ex contractu adjectiones. Exempli gratia, si quid institor vendiderit, pecuniamque in rem domini converterit, una tantum revera actione dominus tenetur, videlicet ex empto; sed trifariam ex ea causa conveniri potest, ex empto institoria, ex empto de peculio, ex empto de in rem verso. Concurrunt vero hæ actiones non cumulative, ut loquuntur, ut pluribus vel simul vel successive uti liceat, sed elective, ut liceat unam eligere experiundi gratia; una autem electa seu in judicium

dicium deducta aliæ consumuntur, quoniam omnes ex uno eodemque negotio descendunt, *l. 9. §. 1. de tribut. act. l. 4. §. ult. hoc tit.* Plane de peculio deque eo, quod in rem versum est, simul agi potest, sed una judicii formula caput utrumque complectente, ut superius dictum est.

Sed erit stultissimus] Quoniam unius harum actionum electione cæteræ perimuntur, atque inter has aliæ aliis sunt uberiores aut commodiores, monet creditorem, ut in eligendo cautionem adhibeat, simul eum docens, quænam illæ sint, quibus plenius aut facilius suum consequi possit: quod lectione, non interpretatione indiget.

TEXTUS.

De filiisfamilias.

6. Quæ diximus de servo & de domino, eadem intelligimus & de filio & filia, & nepote & nepte, & patre avove, cujus in potestate sunt.

COMMENTARIUS.

HOc idem in principio hujus tit. monuit, promittens, si quid proprie in patre & filio observaretur, id separatim se indicaturum; cujus rei unum exemplum mox *§. seq.* adducit: nos plura ejusmodi notavimus ad *d. pr.*

TEXTUS.

De SenatusConf. Macedoniano.

7. Illud proprie servatur in eorum persona, quod Senatusconsultum Macedonianum prohibuit mutuas pecunias dari eis, qui in potestate parentis sunt; & ei, qui crediderit, denegatur actio tam adversus ipsum filium filiamve, nepotem, neptemve, (sive adhuc in potestate sint, sive morte parentis, vel emancipatione suæ potestatis esse cœperint) quam adversus patrem avumve, sive eos habeat adhuc in potestate, sive emancipaverit. Quæ ideo Senatus prospexit, quia sæpe onerati ære alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam consumebant, vitæ parentum insidiabantur.

COMMENTARIUS.

1 *Scopus Senatusconsulti. An hodieque ei sua vis constet. An ei filius renuntiare possit. An in foro animæ se ejus auxilio tueri.*

FIliusfa. ex contractu suo & ipse obligatur, *l. filiusfa. 39. de obl. & act.* & patrem obligat de peculio, *§. actiones 10. sup. de actionibus, l. 3. §. filiusfa. & deinceps, de pecul.* Una tantum causa excipitur, ex qua placet nec ipsam nec patrem ejus obligari, nempe si pecuniam mutuam acceperit: quod effectum est Senatusconsulto Macedoniano; cujus sententiam breviter hic complectitur Justinianus.

Senatusconsultum Macedonianum prohibuit] Hoc Senatusconsultum auctoritate Vespasiani factum refert Suetonius in ejus vita *cap. 11. Auctor, inquit, Senatui fuit Vespasianus decernendi, ne filiorumfa. fæneratoribus exigendi crediti jus unquam esset, hoc est, ne post patris quidem mortem.* Tacitus autem *lib. 11. annal.* id Claudio tribuere videtur, dum ait, eum coërcuisse sævitiam creditorum, ne in mortem parentum pecunias filiisfa. fœnori darent.

Mutuas pecunias dari] Duo hic notanda. Primum eum solum contra Senatusconsultum facere, qui mutuum filiofa. dedit, non qui alias contraxit, puta vendidit, locavit; modo ne quid factum sit in fraudem Senatusconsulti, *l. 3. §. is autem 3. de Senatusc. Mac.* Deinde solam pecuniæ numeratæ dationem Senatusconsulto prohibitam: cæteras autem res omnes utiliter filiofa. mutuo dari, nisi & in his fraus Senatusconsulto quæratur, *l. 7. §. mutui 3. d. tit.* Illud non refert, utrum pecunia sub usuris mutuo data sit, an sine usuris, *d. l. 7. §. sive autem 9.* quamvis senatus præcipue prohibeat filiisfa. fænerari, *l. 1. d. tit. l. 3. C. eod.* Plane ejus pecuniæ repetitionem non impedit Senatusconsulti auctoritas, quæ filiofa. studiorum vel legationis causa alibi diligenti ad necessarios sumptus suppeditatur, modo ne excedat eam quantitatem, quam pietas paterna non denegaret, *d. l. 7. §. quod dicitur 13. l. 5. C. eod.* Et in universum cessat Senatusconsultum, si pecunia in rem patris versa, *d. l. 7. § proinde 12.* aut voluntate patris credita sit, *d. l. 7. §. interdum 11. l. 12. eod. l. 2. l. ult. C. eod.*

Qui in potestate parentis] Sine discrimine sexus aut gradus, *l. 9. §. 2. l. 14. eod.* nec refert, frugi sit filiusfa. an non; magistratus, an privatus: nisi castrense aut quasi castrense peculium habeat; ad cujus quantitatem placet cessare Senatusconsultum; quia in eo vice patrisfa. fungitur, *l. 1. §. ult. l. 2. eod.* In filiofa. sub armata militia militante in totum cessat, *l. ult. §. ult. C. ad senat. Maced.*

Denegatur actio] Nempe si contra Senatusconsultum factum esse appareat. Quod si de eo ambigatur

gatur, exceptio adversus actionem dabitur, *l.1. de Senatusc. Mac junct. l.9. de jurej.* quæ est illa à Jurisconsultis toties usurpata exceptio Senatusconsulti Macedoniani.

Vel emancipatione sua potestatis esse cœperint] Cum scilicet pecunias mutuati essent, quo tempore adhuc in potestate erant. Nam vetat Senatusconsultum pecuniam credi filiosa. cæterisque liberis, qui in potestate sunt, *hoc. text. d. l. 1. l. 14. eod.* non vetat credi jam emancipatis aut aliter sui juris vivo adhuc patre effectis, *l. 3. §. ult. eod.*

Quæ ideo Senatus prospexit] Non sine gravi causa Senatus cavit, ne cui qui filiosa. mutuam pecuniam dedisset, actio petitiove daretur. Nam hoc modo dum creditores à datione pecuniarum deterrentur, præciditur filiisfam. materia luxuriei & occasio contrahendi æs alienū, quo cum opprimi cœperunt, verendum amplissimus ordo existimavit, ne ad præmaturum atq; improbum successionis & mortis paternæ votum impellantur, *d. l.1. & hoc text.* Simile est apud Ciceronem in defensione Sexti Roscii. D. Tuldenus in *comm. ad hunc tit. cap. ult.* quærit, & de eo aliquando dubitatum scribit, an etiam hodie secundum mores harum regionum vis sua Senatusconsulto constet. Et putat constare, sed certis tantum casibus, quoties scilicet creditor sciens in luxum pecuniam dedit, aut ea lege, ut post mortem patris redderetur cum fœnore. Extra hos casus, qui perpetuam æquitatis rationem habeant, Senatusconsultum mansuetudini morum & humanitati nostrorum temporum non convenire. Illud etiam tractatum est, an filiusfa. se hujus Senatusconsulti auxilio tueri possit in foro conscientiæ. Wamesius *cent. civ. 2. cons. 99.* Tuldenus ad *tit. C. ad Senatusc. Mac. num. 4.* respondent, in judicio animæ filiumfa. utentem exceptione Senatusconsulti tutum non esse, nisi creditor ipsi pecunias ad profusionem & luxum sciens subministraverit. Ad quem ferme modum & *Covar. ad cap. quamvis, de reg jur. in 6. p. 2. §. 3. n. 5.* qui illud quoque ibidem quærit, an filiusfa. exceptioni Senatusconsulti renuntiare valeat. Et recte cum DD. comm. concludit, non posse. Quid si renuntiatio juramento corroborata sit? Putat idem Covar. *eod. loc.* tunc validam esse renuntiationem. Sed hoc vix est, ut ex ratione juris civilis defendi possit. Unus Zasius *lib. 2. sig. resp. cap. 28.* etiam injuratam renuntiationem valere censuit; non utique ut filius renuntiatione sua patri præjudicet, sed sibi. Quam sententiam judicio supremi Senatus Mechliniensis comprobatam refert *Christin. Vol. 3. decis. 35. num. 10.*

TEXTUS.

De actione directa in patrem vel filium.

8. Illud in summa admonendi sumus, id quod jussu patris dominive contractum fuerit, quodque in rem ejus versum erit, directo quoque posse à patre dominove condici, tanquam si principaliter cum ipso negotiū gestum esset. Et quoq;, qui exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet, quia hujus quoq; jussu contractum intelligitur.

COMMENTARIUS.

Cui quod jussu vel de in rem verso, item cui exercitoria vel institoria competit, is etiam directo patri & domino condicere potest, *l. si institorem 29. de reb. cred. l. si quis 17. §. ult. de inst. act. l. ult. pro soc.* Quod ego prudentum auctoritate introductum arbitror, qui postquam à prætore obliqua agendi ratio constituta esset, etiam directam admiserint, hoc colore, quasi cum ipso patre aut domino res gesta sit, *hoc text. & d. ll.* Hodie obliquæ istæ actiones, seu potius actionum adjectiones, quod jussu, tributoria, de peculio, de in rem verso, usum non habent; quoniam neque servos ullos habemus, neque liberi nostri eo jure apud nos sunt; quo apud veteres fuerunt. Tenemur quidem ex contractibus institorum nostrorum aut alias præpositorum, sive liberi nostri sint sive extranei, sed soli & directo, sicut supra quoque monuimus: ut proinde nec exercitoria nec institoria in usu amplius sit; quamvis nomina adhuc frequententur: ut merito hunc Titulum magna parte contrarium moribus nostris notet *Christin. Vol 3. decis. 34. post Bernard. Autum. in collat. jur. Gallici cum Rom. C. hoc tit.*

TITULUS VIII.

D. lib. 9. t. 4. C. lib. 3. t. 41.

De noxalibus actionibus.

Continuatio.

Superiore titulo actum de judiciis, quæ in dominos dantur ex servorum contractibus: nunc agitur de iis, quibus domini tenentur propter eorum delicta. Nam servi non solum

solum contrahendo dominos obligant; sed etiam delinquendo. Ex delictis privatis (publica enim huc non pertinent) duplex actio est: nam & extra ordinem criminaliter eo nomine agi potest, & civiliter, *l. ult. de del. priv. l. ult. de furt. l. ult. de injur.* Criminaliter ex delicto servi cum domino non agitur, sed in ipsum servum eumque solum accusatio & vindicta criminis dirigitur: nisi fortè jubente domino deliquit; quo casu etiam dominus tenetur, sed ex delicto proprio, ut quilibet alius, cujus mandatu flagitium aliquod perpetratum est, uti notatum sup. ad §. *illud. 7. de mand.* Civiliter vero seu pecuniariè cum solo domino agi potest: & siquidem jussit dominus servum delinquere, aut cum prohibere posset non prohibuit, in solidum obligatur, perinde ac si ipse deliquisset: si vero ignoravit, aut cum sciret, prohibuit, sed frustra, noxalis actio in eum datur; cujus hæc vis est, ut si damnatus fuerit, liceat ei deditione corporis, quod deliquit, evitare litis æstimationem, *l. 1. cum 3. seqq. hoc tit.* De peculio ex delictis prodita non est, sicut nec ex contractibus noxalis, *d. l. 1. l. ex pœnalibus 58. de reg. jur.*

TEXTUS.
De servis. Summa.

Ex maleficiis servorum, veluti si furtum fecerint, aut bona rapuerint, aut damnum dederint, aut injuriam commiserint, noxales actiones proditæ sunt, quibus domino damnato permittitur, aut litis æstimationem sufferre, aut ipsum hominem noxæ dedere.

COMMENTARIUS.

Ex *maleficiis*] Nomine maleficii & quasi maleficium hic accipiemus, quemadmodum supra contractus appellatione & quasi contractus continetur.

Veluti si furtum fecerint] Noxales actiones appellantur, quæ non ex contractu, sed ex noxa atque maleficio servorum adversus dominos instituuntur, *l. 1. hoc tit.* veluti si furtum fecerint, bona rapuerint, damnum dederint, injuriam intulerint, aut qua alia ratione deliquerint: nam exempli tantum causa quatuor istæ delictorum species nominantur. Plane delicta seu noxas accipere debemus privatas; nam ad eas noxas, quæ publicam exercitionem habent, hæc actio non pertinet, *l. quid sit. 17. §. noxas. 18. de adil. edict. l. hac stipulatio. 200. de verb. sign.* Hinc autem apparet, actiones noxales non esse proprias & per se consistentes actiones, sed actionum ex delicto adjectiones, sicut actio de peculio adjectio est actionis ex contractu.

Aut litis æstimationem] Sola litis æstimatio in obligatione est: nam noxæ delendi potestatem dominus à lege accipit, *l. 6. §. 1. de re jud.* unde intelligimus, non esse necessarium ut in judicio noxali aut actor disjunctivè petat, aut judex disjunctivè sententiam pronuntiet; quamvis ita & pronuntiare usitatum, *§. 1. inf. de off. jud.* & peti consultum; ne, dum simpliciter litis æstimationem petimus, videamur arguere scientiam domini, & malè agere.

TEXTUS.
Quid sit noxa & noxia.

1. Noxa autem est ipsum corpus, quod nocuit, id est, servus: noxia ipsum maleficium, veluti furtum, rapina, damnum, injuria.

COMMENTARIUS.

Non omnino abs re est, ut plerique clamitant, quod hic tradit Justinianus, vocabulo *noxa* significari auctorem maleficii servum. Nam etsi passim non minus noxa, quam noxia, pro ipso maleficio usurpatur; *l. 1. l. 2. §. 1. l. si quis 14. de nox. act. l. si quid sit. 17. §. noxas. 18. de adil. edict. cum simil.* negari tamen non potest, quin aliquando veteres noxæ appellatione etiam ipsum servum, qui deliquit, intelligant: veluti cum dicunt, dominum habere *noxæ dedendæ* facultatem, *l. item veniunt 20. §. item 5. de her. pet. l. 6. §. 1. de re jud.* item *noxam dedere l. 1. in fin. pr. de his qui dejec. §. 1. inf. de off. jud.* Neque enim aliud est noxam dedere, quam dedere servum noxiosum. Servius ad illud Virgilii *1. Æneid. Unius ob noxam, &c. Quidam noxa, quæ nocuit, noxia, id quod nocitum accipiunt.* Plane cum dicunt noxæ dedere, noxa maleficium significat: est enim imperfecta illa locutio, & vetusta consuetudine subaudiendum, *nomine*, ut *noxa* sit genitivi casus: eadem forma dicimus, cavere damni infecti, satis legatorum desiderare, *l. 3. §. 2. ut in poss. leg. &c.* nisi noxam pro pœna accipimus, ut noxæ dedere idem valeat, quod, dedere pro pœnâ noxæ, nam & in noxam, & ad noxam, dedere, legimus, *l. 1. §. cum arietes 11. si quadr. paup. fec. l. si in re. 19. §. ult. hoc tit.* & veteres glossæ Philoxeni noxæ deditum interpretantur ἐκδότῳ εἰς κόλασιν, teste Salmas. *lib. de mod. usur. pag. 888.*

TEXTUS.
Ratio harum actionum.

2. Summa autem ratione permissum est,

est, noxæ deditione fungi. Namque erat iniquum, nequitiam eorum ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse.

COMMENTARIUS.

SIcut durum atque acerbum videtur, ei, qui damnum passus est, nulla ex parte satisfieri: ita & iniquum visum, dominum ex maleficio servi in plus teneri, quam ut noxæ eum dedat, *l. 2. in pr. h. tit.*

TEXTUS.

Effectus noxæ deditionis.

3. Dominus, noxali judicio servi sui nomine conventus, servum actori noxæ dedendo liberatur: nec minus in perpetuum ejus servi dominium à domino transfertur. Sin autem damnum ei, cui deditus est servus, resarcierit quæsita pecunia, auxilio prætoris invito domino manumittetur.

NOTA.

3. INVITO DOMINO MANUMITTETUR] Singularis modus adipiscendi libertatem invito domino. De homine libero noxæ dedito idem tradit Papinianus *apud Rufin. tit. de atroc. injur.*

COMMENTARIUS.

DOminus servum noxæ dedendo liberatur ab æstimatione litis, servique dediti dominium in perpetuum ab eo discedit; quamvis non statim pleno jure migret in eum, cui deditus est: nam noxæ deditio Quiritarium dominium non transfert, sed bonitarium tantum, hoc est, facit, ut deditus in bonis esse incipiat ejus, cui deditur, *l. electio. 26. §. ult. hoc tit. l. 2. in fin. si ex nox. ca. ag.* Sed hac distinctione non amplius utimur, *l. un. C. de nud. jur. Quir. toll.*

Sin autem damnum] Singularis modus adipiscendi libertatem invito domino. Servus invito domino libertatem consequi non potest, quantamcumque pecuniam offerat: in proposito tamen placuit, eum posse, servumque noxæ deditum, si quæsita aliunde pecunia damnum sarcierit, auxilio prætoris, invito domino, cui deditus est, manumitti. Cujus ego rei hanc esse rationem puto, quod causa servitutis apud hunc dominum est damnum, quod ei datum est: quæ causa cum cesset oblata damni æstimatione, cessare etiam debet effectus.

TEXTUS.

De origine harum actionum.

4. Sunt autem constitutæ noxales actiones aut legibus, aut edicto prætoris. Legibus, veluti furti ex lege 12. Tabularum, damni injuriæ ex lege Aquilia. Edicto prætoris, veluti injuriarum, & vi bonorum raptorum.

COMMENTARIUS.

HIc locus confirmat, quod supra diximus, actiones noxales ab actionibus ex delicto non differre specie, sed tantum qualitate adjectitia, cujus is effectus est, ut servum noxæ dedere liceat.

Veluti furti] intellige nec manifesti in duplum. Nam furti manifesti actio non legitima, sed honoraria est, *inf. de perp. & temp. act. circa fin. pr. Accurs. Contius, Cujac.*

TEXTUS.

Qui conveniuntur noxali actione.

5. Omnis autem noxalis actio caput sequitur. Nam si servus tuus noxam commiserit quamdiu in tua potestate sit, tecum actio est. Si autem in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse. At si manumissus fuerit, directo ipse tenetur, & extinguitur noxæ deditio. Ex diverso quoque directa actio noxalis esse incipit. Nam si liber homo noxiam commiserit, & is servus tuus esse cœperit, (quod quibusdam casibus effici primo libro tradidimus) incipit tecum esse noxalis actio, quæ ante directa fuisset.

COMMENTARIUS.

1 *Cum servus ex contractu ne quidem post manumissionem conveniri queat, cur placeat, eum manumissum ex delicto directa actione teneri.*

NOxalis actio caput sequitur] Iisdem verbis hæc regula effertur in *l. qui ex pluribus 20. hoc tit.* Plerumque autem dicitur, *Noxa caput sequitur l. ult. eod. l. 1. C. eod. l. rem mibi 21. in fin. commod. l.*

1. §. si

1. §. *si apud* 18. *depos. l.* 1. *in fin. de priv. del. l. quod dicitur* 18. *de furt. l.* 4. *C. an serv. pro suo fact.* Id est, noxa aut potius noxalis obligatio & actio cum capite nocentis ambulat, comitaturque auctorem noxæ servum, quocumque eat & ad quemcumque perveniat. Unde in venditionibus servorum hæc clausula adjici solita erat, *eos noxis solutos esse l.* 1. §. 1. *& pass. de adil. ed.* hoc est, in ea causa, ut dominus eorum nomine judicio noxali conveniri possit.

Si manumissus fuerit] Huic etiam casui accommodatur regula, *Noxa caput sequitur l.* 1. §. *si apud* 18. *depos. l.* 4. *C. an serv. pro suo fact.* Cæterum quia manumissus ipso judicio conveniri potest, cessat actio noxalis, & cum eo directo agitur, perinde ac si, quo tempore deliquit, liber fuisset, *l. quod ab alio* 15. *de cond. furt. d. l.* 4. *C. an serv. pro suo fact.* At enim cum servus ex contractu servitutis tempore inito ne quidem post manumissionem conveniri queat, *l.* 1. *l.* 2. *&* 5. *C. d. tit. excepto casu speciali l.* 5. *C. eod.* cur placet, ex delicto tempore servitutis commisso manumissum directè conveniri? Non sane quia obligatio ex delicto, quæ ante naturalis erat, post manumissionem incipit esse civilis; ut putant D. Hotomann. & Tuning. nam & ex contractibus servi naturaliter obligantur, *l.* 14. *de obl. & act.* Sed quia delicta domino ignorante & nolente committuntr, atque in invitos & ignorantes, ut proinde hinc nata obligatio personæ ipsius servi plane inhæreat, servumque æque ac liberum pœnæ subjiciat, quæ etiam ipsi servo irrogatur, cum de coërcitione corporali quæritur. Tantum obstat conditio servi, quominus pecuniario & civili judicio cum eo agi possit; quod obstaculum manumissione removetur. Contractuum vero dissimilis ratio est. Nam servus peculium habens voluntate domini contrahere intelligitur: quippe cui dominus peculium concedendo etiam jus contrahendi tacite concedit, ut qui cum servo contrahit, non tam servi, cum quo scit nullam sibi actionem esse posse, quam domini personam spectare videatur.

Si liber homo] Hoc exemplum superiori contrarium est: nam ut illic actio noxalis ex postfacto incipit esse directa; ita hic directa fit ex postfacto noxalis. Nimirum semper actiones ex delicto venientes cum capite ambulant, *l.* 7. §. 1. *de cap. min. l.* 2. *in fin. de priv. del.*

TEXTUS.

Si servus Domino noxiam commiserit, vel contra.

6. Si servus domino noxiam commiserit, actio nulla nascitur. Namque inter dominum & eum, qui in potestate ejus, nulla obligatio nasci potest. Ideoque si in alienam potestatem servus pervenerit, aut manumissus fuerit, neque cum ipso, neque cum eo, cujus nunc in potestate sit, agi potest, unde si alienus servus tibi noxiam commiserit, & is postea in potestate tua esse cœperit, interdicitur actio: quia in eum casum deducta sit, in quo consistere non potuit. Ideoque licet exierit de tua potestate, agere non potes: quemadmodum si dominus in servum suum aliquid commiserit, nec si manumissus aut alienatus fuerit servus, ullam actionem contra dominum habere potest.

COMMENTARIUS.

Quod dictum est, ex maleficiis servorum noxales actiones proditas esse, noxamque sequi caput nocentis, eumque manumissum quoque teneri, id ita se habet, si servus extraneo noxiam commiserit, secus autem si domino: nam hic jus potestatis facit, ut nulla ab initio nascatur actio, *l.* 1. *C. hoc tit. l. ult. C. an serv. pro suo fact.* ubi facere Diocletianus & Maximinianus jubent, dominum servum domi convenire, id est, verberibus castigare.

Et ideo si in alienam potestatem] Consectarium ex præcedenti. Nam ex eo, quod ob noxam à servo in dominum commissam nulla actio nascitur, hoc necessario sequitur. Neque enim potest actio, quæ nata non est, servum auctorem noxæ sequi, aut post ejus alienationem vel manumissionem demum nasci, *d. l. ult. C. an serv. pro suo fact. d. l.* 1. *C. hoc tit. l. quod dicitur* 18. *d. furt.*

Unde si alienus servus] *L. si alienus* 37. *hoc tit. d. l. ult. C. an serv. pro suo fact.* Regula de extinctione obligationis postquam in eum casum tecidit, à quo incipere non potest, à me exposita est ad §. *ex contrario* 14. *sup. de legat.*

Interdicitur actio] Legendum haud dubie *intercidit*, cum Russardo, Cujacio, & Hotomanno. Theophilus reddidit ἀποσβέννυται, id est, *extinguitur:* quo verbo in eadem re utitur Triphonin. *d. l. si alienus* 37. *hoc tit.*

Licet exierit de potestate] Quoniam actio semel extincta non restauratur, *d. l. ult. & d. l. alienus l. qui res* 97. *§. aream* 8. *de solut.*

Si dominus in servum suum] Hoc eandem rationem habet: quia scilicet nulla ex ipso facto nata fuit actio.

TEXTUS.

De filiisfam.

7. Sed veteres quidem hoc in filiisfamiliarum masculis & fœminis admisere: nova autem hominum conversatio hujusmodi asperitatem rectè respuendam esse existimavit, & ab usu communi hoc penitus recessit. Quis enim patiatur, filium suum; & maximè filiam, in noxam alii dari, ut pene per filii corpus pater magis, quam filius periclitetur: cum in filiabus etiam pudicitiæ favor hoc bene excludat. Et ideo placuit, in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas: quum apud veteres legum commentatores invenerimus sæpius dictum, ipsos filiosfamiliar. pro suis delictis posse conveniri.

NOTÆ.

7. IN NOXAM ALII DARI, UT PENE PER FILII CORPUS] Cujac. ex *lib. vet. dare, ut penè per corpus pater magis*, &c. quomodo & Th. legisse videtur.

PRO SUIS DELICTIS CONVENIRI] Etiam pecuniarie, *dd. ll.* Quin in patrem etiam post condemnationem actio judicati de peculio datur: *l. 3. §. 11. de pecul.*

COMMENTARIUS.

APud veteres non minus filiorum filiarumque familias noxæ deditio, quam servorum permittebatur: nam patri non minor in liberos, quam domino in servos potestas erat. Sed postea illud displicuit, diu tamen ante tempora Justiniani, ut alibi probavimus, *l. 33. & seqq. h. t. l. 1. §. 7. de his qui effud. l. 5. § pen. de obl. & act. Paul. 2. sent. 31. Papin. apud leg. Mos. & Rom. pariatorem tit. 2.* Rationes displicentiæ variæ hic afferuntur. Prima sumitur à miseratione liberorum, qui ita in servitutem alii tradebantur; cui adjungitur alia à favore pudicitiæ, tangens præcipue sexum fœmineum. Tertia ducitur à miseratione patris: quo facit *l. 8. in fin. quod met. ca.* Chrysost. *hom. 29. in Genes. 29.* ἴσε πῶς πολλάκις ηὔξαντο πατέρες ὑπὲρ παίδων τιμωρίαν ὑποσχεῖν, &c. *Scitis sæpè patres optare pœnam pro liberis sustinere.* Postrema ex eo, quod ipsi liberi ex delictis suis pecuniarie quoque conveniri possint: qui si condemnati fuerint, judicatum facere tenentur. Quin etiam in patrem quoque post condemnationem actio judicati de peculio datur, *l. 3. §. idem scribit 11. de pecul. l. etsi 35. de pecul.* Actionum noxalium hodie nullus usus est, quoniam servos non habemus.

TITULUS IX.

D. lib. 9. t. 1.

Si quadrupes pauperem fecisse dicatur.

Nexus.

IN numero actionum noxalium est & actio de pauperie: nam quemadmodum superiores ob noxam servi, ita hæc ob noxam animalis in dominum datur, ut aut damnum sarciat, aut corpus, quod nocuit, noxæ dedat.

TEXTUS.

De actione, si quadrupes ex L. XII. Tab.

Animalium nomine, quæ ratione carent, si qua lascivia, aut pavore, aut feritate pauperiem fecerint, noxalis actio lege 12. Tabb. prodita est: quæ animalia si noxæ dedantur, proficiunt reo ad liberationem: quia ita lex Tabularum scripta est, ut puta, si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos, cornu petierit. Hæc autem actio in iis, quæ contra naturam moventur, locum habet. Cæterum si genitalis sit feritas, cessat actio. Denique si ursus fugerit à domino, & sic nocuerit, non potest quondam dominus conveniri, quia desiit dominus esse, ubi fera evasit. Pauperies autem est damnum sine injuria facientis datum. Nec enim potest animal injuriam fecisse dici, quod sensu caret. Hæc quidem ad noxalem pertinent actionem.

NOTÆ.

NOTÆ.

AUT FERITATE] Non naturali, sed qua contra naturam generis sui animal motum pauperiem dedit, *l. 1. §. 7. h. t.* ἐξίστηκε τῆς φύσεως. Arist. 7. *Eth. 7.*

ITA LEX XII. TAB. SCRIPTA] *d. l. 1. in pr.* Legis etiam Soloniæ de pauperie meminit Plutarch. in Solon. vide & Levit. 21. *vers. 28. & seqq.* Plat. *11. de legib.*

CONTRA NATURAM MOVENTUR] Quod si culpa aut instigatu hominis fera damnum dederit, damni injuriæ agetur, *d. l. 1. §. 4. & 3. seqq.*

SI GENITALIS SIT FERITAS] Id est, genuina & naturalis, *d. l. 1. §. 10.*

COMMENTARIUS.

ANimalium nomine] In *rubr. hic & in pr.* quadrupedum tantum mentio fit. Nimirum lex 12. tabb. nominatim de quadrupedibus scripta fuit, quæ ferè solæ nocere solent. Placuit tamen, utilem actionem dari, etsi non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecit, *l. 4. hoc tit.* Porro quadrupedum quædam sunt pecudes, nimirum quæ gregatim pascuntur, quædam non pecudes, *§. 1. & §. capite 13. sup. de leg. Aquil.* Rursus non pecudum, quædam sunt cieures, mansuetæ, domesticæ, ut canes, feles, *l. 2. §. 2. ad leg. Aq.* quædam feræ bestiæ, in quibus genitalis est feritas, ut ursi, apri, leones, *l. 1. §. in bestiis 10. hoc tit. d. l. 2. §. 2. ad leg. Aq.* Ad solas autem pecudes, aut utique ad quadrupedes mansuetas tantum hæc actio pertinet. De feris tamen bestiis utilis datur, *§. 1. inf. eod.*

Aut pavore] Alias *fervore.* Theophil. ἢ πτυόττει.

Aut feritate] Non naturali, sed qua contra naturam generis sui mota damnum dederunt: nam motus in animali non nisi qui contra naturam est, huic actioni locum facit, ut mox sequitur.

Noxalis actio] Id est, ita de pauperie, ut, siquidem is, cum quo agitur, damni æstimationem præstare velit, animal retinere possit; si vero noxæ dedere malit, liberetur, *l. 1. eod.*

Quia ita l. 12. tab. scripta] Et ideo ita scripta; quoniam iniquum erat, ferociam horum animalium ultra corpora ipsorum dominis damnosam esse, *arg. §. 2. tit. prac.* Sanè ex causa etiam gravius coërceri dominus poterit, velut si sciens vitium animalis, id passus sit vagari sine custode.

Quæ contra naturam moventur] Id est, contra naturalem mansuetudinem omnium ejus generis animalium, & quasi ex contracto quodam vitio, ut exempla equi calcitrosi, & bovis cornu petere soliti ostendunt: alioqui culpa aut instigatu hominis damnum datum credendum est, & lege Aquilia vel in factum agendum, *l. 1. §. itaque 4. cum 3. §§. seqq. hoc tit.*

Si genitalis sit feritas] Id est, nativa Gell. *lib. 4. cap. 2. Ajunt, Tribatium ex edicto apposuisse, si ea mulier à principio genitali in sterilitate esset.* Et igitur actio de pauperie ob damnum à feris bestiis illatum non conceditur, *l. 1. §. in bestiis 10. h. t.*

Denique si ursus fugerit] Si fera nocuit, postquam fugisset, ideo de pauperie non competit, quia nullius erat, cum damnum daret: Idem est, si fugerit, postquam nocuisset; quia instar servi manumissi est, nec dedi, quæ evasit, fera potest. Sed & si adhuc in potestate sit, tamen de pauperie in dominum non datur; quia cessat hæc actio, ubi genitali feritate animal nocuit, *l. 1. §. in bestiis 10. hoc tit.* Cæterum postremo hoc casu, & si non directa, utilis tamen de pauperie competit, *§. 1. inf. eod.*

Quod sensu caret] Id est, non sentit aut intelligit se delinquere, quod rationis usu caret. Nam sensum utique & animam sentientem etiam animalia bruta habent. Sed & injuriam facere dici possunt, eo scilicet sensu, quo & jure uti dicuntur, *sup. de jur. nat. gent. & civ.* Unde si arietes commiserunt, & alter alterum occidit, inter provocantem ceu injuriam inferentem, & provocatum ceu injuriam illatam repellentem, distinguitur, *l. 1. §. cum arietes 11. hoc tit. vid. Grot. 1. de jur. bell. c. 2. n. 3.*

TEXTUS.

De actione ædilitia, concurrente cum actione de pauperie.

1. Cæterum sciendum est, ædilitio edicto prohiberi nos canem, verrem, aprum, ursum, leonem ibi habere, qua vulgo iter fit: & si adversus ea factum erit, & nocitum libero homini esse dicatur, quod bonum & æquum judici videtur, tanti dominus condemnetur: Cæterarum vero rerum, quanti damnum datam sit, dupli. Præter has autem ædilitias actiones, & de pauperie locum habebit. Nunquam enim actiones, præsertim pœnales, de eadem re concurrentes, alia aliam consumet.

NOTÆ.

URSUM, LEONEM] Aliave id genus animalia, quæ noceant, *l. 41. d. t.*

ET DE PAUPERIE] Utilis sc. ut supra diximus.

mus. Utilis item datur, cum non quadrupes, sed aliud animal damnum dedit, *l. pen. h. t.*

COMMENTARIUS.

1 *An nomine damni à cane dati directa de pauperie competat: & quadam usu nunc recepta.*

EDicto ædilitio vetitum est, ibi canem, verrem, 1 aprum, lupum, aliudve id genus animal, quod nocere solet, habere, qua vulgo iter fit, *l. hi enim 40. §. 1. cum 2. ll. seqq. de ædil. edict.* ubi verba edicti referuntur.

Nocitum libero homini] Ob vulnus ab animali nocere solito in via publica homini libero inflictum actio ex edicto in bonum & æquum conceditur, *l. qua vulgo. 41. d. tit.* scilicet ut non deformitatis ratio habeatur, cum liberum corpus æstimationem non recipiat: sed impensarum in curationem factarum, & operarum amissarum, quasque amissurus qui esset inutilis factus, *l. 3. hoc tit.* Quod si liber homo ex ea re periit, ducentorum solidorum judicium datur, *d. l. qua vulgo.*

Cæterarum rerum, quanti damnum datum, dupli] Ob damnum à fera bestia aut vitioso animali aliter, quam homine libero vulnerando in via publica datum, in duplum actio datur, *d. l. qua vulgo.*

Et de pauperie competit] Utilis scilicet. Nam ut ante dictum est, directa non competit de damno dato à fera bestia: sed nec utilis tunc aliter locum habet, quam si vera, quæ nocuit, adhuc in potestate sit. An nomine damni à cane dati directa de pauperie competat, dubitatum est, propterea quod Solon in lege, quam de animalium brutorum pauperie tulit, nominatim canis mentionem facit, auctore Plutarcho; & similiter Plato *lib. 11. de legib.* Verisimile autem est, decemviros à legibus Atheniensium suam sumpsisse. Quod ego in medio relinquo: quoniam effectu juris nihil interest, utilem an directam competere dicamus, ut in specie *l. 2. §. 1. hoc tit.* Si pecus secundum naturam suam agendo damnum dederit, puta agrum alienum depastum sit, non agitur de pauperie, sed propria actione de pastu pecoris, quæ & ipsa noxalis est; & simul cum de pauperie prodita lege 12. tabb. *Paul. 1. sent. 15. l. qui servandarum 14. §. ult. de præscr. verb.* Hodie noxæ deditio non usurpatur, sed damnum datum æstimatur arbitrio judicis. *Wesemb. par. hoc tit. n. 6. Busius l. 1. §. plane. 11. ff. hoc tit.* Grotius tamen *lib. 3. introd. c. 38.* simpliciter jus Romanum refert, quasi noxæ deditio etiamnum posita sit in arbitrio domini: quod & Groenevv. *de ll. abrog. hic* affirmat. Invaluit quoque, contra jus civile Rom. *l. Quintus 39. §. 1. ad l. Aq.* ut pecus in alieno agro deprehensum includere liceat, quoad domino pascuorum satisfiat. *VVesemb. d. loc. Baro. Tuning. hic. Grot. d. loc.*

Nunquam actiones, præsertim pœnales] Hoc idem traditur in *l. pen. de obl. & act. l. nunquam 130. de reg. jur. l. 2. de priv. delict.* De concursu plurium actionum longa & perplexa, neque hujus loci disputatio est: adeantur *Pet. Fab. ad l. nemo 43. §. 1. & d. l. nunquam de reg. jur. Don. lib. 21. comm. 3. Hotom. illust. quæst. 29. Tim. Fab. disp. anniv. 28. Bachov. hic.* qui istam materiam ex professo & plenè tractaverunt.

TITULUS X.
De iis per quos agere possumus.
Ratio ordinis.

PRæcedentes tituli nos docuerunt, quibus actionibus quis alieno nomine conveniri possit. Non incommodè nunc subjicitur de personis, per quas agere cuique, litemque intendere aut excipere liceat.

TEXTUS.
Per quos agere liceat.

Nunc admonendi sumus, agere posse quemlibet hominem aut suo nomine, aut alieno. Alieno, veluti procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim in usu fuisset, alterius nomine agi non posse, nisi pro populo, pro libertate, pro tutela. Præterea lege Hostilia permissum erat, furti agere eorum nomine, qui apud hostes essent, aut reipublicæ causa abessent, quive in eorum cujus tutela essent. Sed quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere, neque excipere actionem licebat, cœperunt homines per procuratores litigare. Nam & morbus & ætas & necessaria peregrinatio, itemque aliæ multæ causæ sæpè hominibus impedimento sunt, quominus rem suam ipsi exequi possint.

NOTÆ.

PRO POPULO] Pro populo agebat actor, syndicus, συνήγορος, quoniam universi agere non possunt.

PRO

PRO LIBERTATE] Quia servo jus non erat lege agendi: quam ob causam assertor constituebatur. Livius *lib. 3.* Assertor est vindex alienæ libertatis. Don. *in And. act. 2. scen. 1.*

PRO TUTELA] Id est, nomine tutorio pro pupillo; quippe qui propter ætatem ipse in judicio consistere non potest.

COMMENTARIUS.

Alterius nomine agere non posse] Antiquitus alieno nomine agere non licebat. Nam actiones omnes legitimæ erant, id est, certis ac solemnibus formulis constabant, *l. 2. §. deinde 6. de orig. jur.* quas proinde suo quemque nomine & præsentem proponere oportebat. Cujus rei arg. est caput illud in duodecim tabulis, cujus meminit Gell. *lib. 20. cap. 2. Si morbus ævitasve vitium escit, qui in jus vocavit, jumentum dato, si volet, arceram ve sternito.* Sed postquam actus contentiosæ jurisdictionis qualitatem illam, ex qua olim legis actiones æstimabantur, amiserunt, cœperuntque per procuratores exerceri, soli actus jurisdictionis voluntariæ, quales sunt adoptio, emancipatio, manumissio, nomen vetus legis actionum & naturam retinuerunt, ut alieno nomine expediri nequeant: eoque refero *l. nemo 123. de reg. jur.* add. quæ scripsimus ad *§. sed & si 8. sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.*

Nisi pro populo, pro libertate, pro tutela] Hæ causæ necessario exceptæ: quoniam nec universi agere possunt, nec servo jus erat lege agendi; quam ob causam assertor constituebatur, *tot. tit. C. de assert. toll.* Pupillus autem propter ætatem in judicio consistere non poterat.

Pro tutela] Id est, pro pupillo nomine tutorio. Quod ideo moneo, ne quis hunc locum cum Theophilo interpretetur de duobus inter se de tutela contendentibus, uter ipsorum tutor esse debeat: quod est ineptissimum.

Lege Hostilia] Pacius in notis marginalibus ait, hanc legem tulisse A. Hostilium consulem cum A. Attilio anno ab urbe condita 580. quo auctore, nescio.

Non minimam incommoditatem] Usus procuratorum perquam necessarius est, ut, qui rebus suis superesse vel nolunt, vel non possunt, vel non satis commodè possunt aut honestè, per alios possint vel agere vel actionem excipere, *l. 1. §. 2. de procur.*

Nam & morbus & ætas, &c.] Hujusmodi impedimenta usum procuratorum initio introduxerunt, *l. 1. §. 2. de procur.* quo tamen semel recepto etiam extra causam necessitatis aut impedimenti per procuratores lis inferri vel suscipi cœpit.

TEXTUS.

Quibus modis procurator constituatur.

1. Procurator neque certis verbis, neque præsente semper adversario, imo & plerumque eo ignorante, constituitur. Cuicumque enim permiseris rem tuam agere, aut defendere, is tuus procurator intelligitur.

NOTÆ.

1. PROCURATOR] Procurator dicitur, quisquis aliena negotia mandatu domini administrat, *d. l. 1. pr. & §. 1.* sed ad propositam materiam pertinent soli procuratores forenses.

NEQUE CERTIS VERBIS] *d. l. 1. §. 1.* id est, non verbis solemnibus, aut conceptis, sed nudis. Paul. *1. sent. 3.*

CUICUMQUE PERMISERIS] Dummodo procurator esse non prohibeatur, *§. ult. inf. de except.* Pac.

IS TUUS PROCURATOR INTELLIGITUR] Specialiter tamen procurator à reo datus, defensor dicitur; quem actor constituit, procurator, *tit. de proc. & defens.* qui sine mandato causam alterius defendit, ἰδιωτικῶς defensor dicitur, *l. 28. l. 40. §. 2. l. 51. &c. de tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Quale sit officium, & quæ potestas procuratoris, maximè hodie.*

Procurator in usu juris dicitur, qui aliena negotia mandatu domini administrat. Nec is tantum, qui administrat forensia & judicialia, sed etiam, qui alia quævis extra judicium, *l. 1. in pr. & §. 1. de proc. vid. sup. titul. de mandat.* sed de hoc genere nunc non quæritur. Soli illi ad propositam tractationem pertinent, qui quod alienam litem procurant, procuratores ad lites vulgo appellantur.

Neque certis verbis neque præsente adversario] *d. l. 1. §. 1.* Hic autem locus judicio est, olim certam fuisse formulam verbis quibusdam solemnibus conceptam, qua procuratores præsentibus adversariis constituerentur.

Rem tuam agere aut defendere] Specialiter tamen procurator à reo datus defensor dicitur; quem vero actor constituit, procurator, nomine generis ad speciem oppositam contracto, *rubr. de procur. & def.* Specialissimè autem defensor eum denotat, qui si-

ne mandato absentis defensionem suscipit §. *si vero* 5. *tit. seq.*

Jure Romano procuratoris officium privatum fuit: quod & nemo subibat invitus, *l. invitus 17. C. de proc.* & quivis mandatu domini exercere potuerat,
1 *l. 1. eod.* utique si non expresse procurator esse prohiberetur, §. *ult. inf. de exc.* At moribus hodiernis procuratorum munus publicum est, cum in unoquoque foro certæ personæ designentur juramentoque adigantur, quæ solæ id munus obeant, singulorumque negotia exemplo advocatorum suscipere cogantur. Quod tuendæ forensis dignitatis causa institutum est, ne scilicet rerum forensium omnino imperiti negotia privatorum apud magistratum defendant, *arg. l. 1. de postul. Bart. hic comm. part. alt. & sup. de mand. Gail. 1. obs. 43. Merul. lib. 4. dist. 3. tit. 13. Gudelin. lib. 4. de jur. nov. cap. 4. Christin. vol. 2. decis. 107. Zypæ. not. jur. Belg. de procur.* qui eodem loco etiam accurate docet, quibus rebus advocati & procuratoris munia discrepent. Quæ sit potestas cujusque procuratoris, ex forma mandati simulque ex mente domini æstimandum est. Aliquando enim plus videri potest mandatum, quam expressum: ut ecce, ei, cui mandatum est, in rem agere, censetur quoque, si res mobilis est, mandatum, ut agat ad exhibendum, *l. ad rem. 56. de procur.* Nam in universum cui aliquod negotium mandatum est, cuncta simul concessa videntur, sine quibus illud negotium explicari non potest, *l. 2. & ibi DD. de jurisdict.* Item procurator ad agendum datus, poterit quoque dominum in mutua petitione, quæ forte a reo adversus eum fiet, defendere; quoniam quicumque nomine alieno agit, hoc ipsum etiam cavere debet, *l. servum 33. §. ait prætor. de procur. Ludovic. Rom. singul. 115.* Ex contrario quamvis generale sit mandatum, tamen eo non intelliguntur contineri, quæ verisimile est non facile quempiam mandaturum fuisse; cujusmodi sunt causa famæ, transactio, delatio jurisjurandi, & similia, quæ idcirco dicuntur speciale exigere mandatum, *l. non solum 39. §. ult. l. mandato. 60. eod. tit. cap. qui ad agendum. x eod. in 6. & ibi Glossa. Wesemb. par. de procur. n. 7. & 11. Merul. lib. 4. dist. 3. tit. 13. cap. 3. & 4. Gudelin. lib. 4. de jur. nov. cap. 4.*

TEXTUS.

Quibus modis tutores vel curatores constituuntur.

2. *Tutores & curatores quemadmodum constituantur, primo libro expositum est.*

COMMENTARIUS.

Tutores & curatores aliis modis, quam procuratores, constituuntur, nimirum aut testamento a parentibus, aut lege, aut a magistratibus, quibus id specialiter permissum est, ut suis locis expositum est, *lib. 1. tit. 13. & seqq.*

TITULUS XI.

De satisdationibus.

D. lib. 2. t. 8. c. lib. 2. t. 57.

Continuatio. Cautio quotuplex.

Quoniam alieno nomine sine satisdatione agi non potest, multoque minus actio alieno nomine suscipi, non intempestive tractatio de satisdationibus superiori subjicitur. Videamus igitur, quid sit satisdatio. Cautio alia dicitur nuda, quæ est promissio securitatis sine pignore aut fidejussore: cui si jusjurandum accedat, dicitur juratoria, §. *2. inf. eod.* alia idonea, quæ satisdatio vocatur: & fit vel pignoribus datis, vel fidejussoribus, *l. promissor. 21. §. 2. de const. pec.* frequentissime tamen ea, quæ fit datis fidejussoribus, in specie satisdatio appellatur, *l. 1. qui satisd. l. 3. C. de verb. sign.* & quoties lex aut prætor satisdationem desiderant, regulariter fidejussoribus datis cavendum est, *l. 7. de stip. præt.* quanquam nonnunquam & pignora admittuntur, *l. 1. §. jubet. 9. de collat. l. 2. §. 3. quod legat.* Finis satisdationum & cautionum, de quibus hoc tit. agitur, hic est, ut judicium, eaque, quæ in judicio usque ad sententiam aguntur, tanto magis rata sint, effectumque suum consequantur.

TEXTUS.

De judicio personali.

Satisdationum modus alius antiquitati placuit, alium novitas per usum amplexa est. Olim enim si in rem agebatur, satisdare possessor compellebatur, ut, si victus esset, nec rem ipsam restitueret, nec litis æstimationem, potestas esset petitori aut cum eo agendi, aut cum fidejussoribus ejus. Quæ satisdatio appellatur judicatum solvi. *Unde autem sic appelletur, facile est intelligere. Namq; stipulabatur quis, ut solveretur sibi, quod fuisset judi-*

tatum. Multo magis is, qui in rem actione conveniebatur, satisdare cogebatur, si alieno nomine judicium accipiebat. Ipse autem qui in rem agebat, si suo nomine petebat, satisdare non cogebatur. Procurator vero si in rem agebat, satisdare jubebatur, rem ratam dominum habiturum. *Periculum enim erat, ne iterum dominus de eadem experiretur. Tutores vero & curatores eodem modo, quo procuratores, satisdare debere, verba edicti faciebant. Sed aliquando his agentibus satisdatio remittebatur. Hæc ita erant, si in rem agebatur.*

NOTÆ.

SATISDATIONUM] Satisdare proprie est fidejussoribus datis cavere, *l.1. qui satisd. cog. l.3. C. de verb. sign. l.7. de prat. stip.*

SI ALIENO NOMINE JUDICIUM ACCIPIEBAT] Quoniam nemo alienæ litis defensor idoneus sine satisdatione, *l. 46. §.2. l.53. de procur.* Cæterum & de rato cavere debebat, *l.40. §.2. d. t.*

SATISDARE JUBEBATUR, REM RATAM, &c.] Nempe ubi de mandato domini non satis liquide docere poterat, arg. *l.3. §.2. ut in poss. leg. l.1. C. de proc.* neque enim, qui mandatum domini ostendit, supervacua cautione onerari debet, *d.l.1.C. de procur.*

COMMENTARIUS.

1 *Procuratorem, de cujus mandato constat, non cavere de rato.*
2 *Sed neque tutorem, quem talem esse constat.*

ANtiquitati placuit] Antiqui hujus juris vestigia non pauca nobis in π. reliquerunt Compositores, uti ex iis, quæ sequuntur, apparebit. Proponitur autem hoc jus sub triplici distinctione, actionis in rem & in personam, rei & actoris, personarum principalium & pro his judicio intervenientium.

Satisdare possessor compellebatur] Olim in actione in rem possessor satisdare judicatum solvi cogebatur, *l. 8. & alib. jud. solv. l. si eum 33. de fidei.* Patet etiam ex *l. 1. C. uti poss.* si possessor non cavisset, possessionem in adversarium translatam fuisse; nimirum quia periculum erat, ne rem faceret deteriorem: qua de causa res mobilis nonnunquam sequestrari & apud officium deponi solebat, *l.7. in fin. qui satisd. cog.*

Nec rem ipsam, nec litis æstimationem] Hic locus confirmat, quod *sup. de act. §. præterea 31.* asseruimus, etiam civilem actionem in rem arbitrariam fuisse, id est, in ea quoque hoc observari solitum, ut primo possessor juberetur rem restituere, post deinde si non restitueret, condemnaretur in litis æstimationem.

Cum eo, aut cum fidejussoribus] Itaque contra quam Hotomannus existimat, reo condemnato, nec solvente, non tantum in fidejussores, sed etiam in ipsum reum agi ex hac stipulatione potuit; licet hic propria quoque actione, judicati videlicet, teneretur.

Judicatum solvi] Hæc stipulatio, auctore Ulpiano *l.6. jud. solv.* tres clausulas in unum collatas habet, de re judicata, de re defendenda, de dolo malo. Atque ex omnibus his causis committitur, *l.3. §. si reus 8. l.5. §. 2. l. cum quærebatur 13. l. ex clausula 17. eod.* Prima autem clausula omnium potissima est; & ideo inde nomen accepit.

Multo magis si alieno nomine] Olim qui in rem judicium alieno nomine suscipiebat, multo magis, quam reus satisdare cogebatur; quoniam nemo alienæ litis defensor idoneus est sine satisdatione, *l. qui proprio 46. §. 2. l. non videtur 53. de procur.* Sed & præter solitam satisdationem judicatum solvi etiam de rata cavere debebat, *l. Pomponius 40. §. 2. d. tit.*

Ipse autem qui in rem] Olim qui in rem suo nomine agebat, satisdare non cogebatur. Quippe in cujus persona satisdatio judicatum solvi locum non habebat, cum actor non damnetur: neque ferendum erat, ne is, qui ultro litem intendit, moras necteret, litemve non persequeretur.

Procurator vero si in rem] Ait, procuratorem 1
actoris satisdare solitum fuisse rem ratam dominum habiturum. Falsa propositio, si de vero procuratore, seu eo, qui speciale mandatum domini profert, accipiatur, *l.1. C. de procur. l.3. §. 2. ut in poss. leg. fac. l. si procurator 65. de procur. l.1. in pr. C. de satisd.* Nam stultum esset cautionem de rato exigi ab eo, qui mandatum domini ostendit; nec minus iniquum, ubi nullum periculum est, ne dominus iterum agat, procuratorem superflua cautione onerari. At, inquis, qui mandatum non habet ad agendum, pro alio non admittitur, quamvis de rato cautionem offerat, nisi admodum raro, *d. l. Pomponius, §. ult. de proc.* Quomodo igitur defendimus enuntiationem Justiniani? Nimirum inter eos, quos procuratores esse aut non esse constat, sunt intermedii, qui se procuratores esse dicunt, & de mandato domini aliquam

saltem

saltem fidem faciunt, quamvis de eo satis liquide docere non possint; ac de his solis dicimus textum hunc intelligendum esse, *arg. l.3. §.2. ut in poss. leg. l. 1. C. de proc.* quibus locis perspicue distinguitur inter eum, cui mandatum esse constat, & de quo dubitatur, ut ille ad agendum alieno nomine admittatur etiam sine cautione, hic non aliter, quam si de rato caveat. Eadem quoque conditione admittuntur & sine mandato personæ conjunctæ, *d. l. Pomponius*, §. *ult. de proc.* item procurator universorum negotiorum, *l.5. §. qui procuratorio 18. de nov. op. nunc.*

Tutores & curatores eodem modo] Ait tutorum & curatorum eandem in satisdando conditionen fuisse, quæ procuratorum fuit: sed aliquando his agentibus satisdationem remissam. Hæc quoque sententia falsa est. Nam cum magis tutores, quos tales esse constat, de rato cavent, quam procurator, quem talem esse certum est, *l. Vulgo 23. de adm. tut.* ejusque rei perspicua ratio, quam etiam Jurisconsultus *d. loc.* affert, quia non minus tutor, quam procurator, rem in judicium deducit, ut metuendum non sit, ne pupillus iterum experiatur. Tunc solum cautio præstanda, cum dubitatur, an quis tutor sit, vel an adhuc duret tutela, *d. l. Vulgo.* Quod & in procuratore, cum de mandato dubitatur, obtinere paulo ante diximus. Itaque convertamus potius propositionem cum Ulpiano in *d. l. Vulgo*, dicamusque, tutores & curatores de rato non cavere. Adjecta hac declaratione ex eodem Ulpiano, ut, si dubitetur, an quis tutor aut curator sit, tum cautio jure exigatur.

Verba edicti] Videtur intelligere caput edicti,
2 quod recitat Ulpian. *l. servum 33. §. ait prætor. de procur.* ubi qui alieno nomine actionem postulat, jubetur cavere, se eum, cujus nomine agere instituit, defensurum, si quid vice mutua ab eo reus petat, & simul eum, ad quem ea res pertinet, ratam rem habiturum. Sed ut pars illa edicti non pertinet ad procuratorem speciale mandatum habentem, quippe quem constat de rato non cavere, ita nec ad tutorem pertinet, qui idem jus habet: ac tametsi altera illa cautio de defendendo eo, cujus nomine agitur, etiam à procuratore speciale mandatum habente præstanda sit: tamen tutores & curatores ne illa quidem satisdatione onerari placuit, *l. ult. §.3. C. de adm. tut.* Sed de eo hic non quæritur.

Textus.
De judicio personali.

1. Si vero in personam, ab actoris quidem parte eadem obtinebant, quæ diximus in actione, quæ in rem agitur: ab ejus vero parte, cum quo agitur, (siquidem alieno nomine aliquis interveniret, omnimodo satisdaret, quia nemo defensor in aliena re sine satisdatione idoneus esse creditur. Quod si proprio nomine aliquis judicium accipiebat in personam, judicatum solvi satisdare non cogebatur.

Notæ.

1. Siquidem alieno omnimodo satisdaret] Judicatum scil. solvi, *l. 5. §. ult. quib. ex caus. in poss.* *Omnimodo*, id est, etiamsi mandatum habeat, *l. 21. rat. in rem hab. l. 1. in fin. C. de satisd.*

Nemo defensor idoneus] Regula passim tradita. Defensor idoneus, id est, ἱκανὸς, ἀξιόπιστος, locuples, ἀξιόχρεως.

Commentarius.

Ab actoris parte eadem obtinebant] Itaque qui in personam agebat, siquidem suo nomine, non satisdabat, sin alieno, satisdabat, rem ratam haberi, *l. servum 33. in fin. de procur.* nisi de mandato constaret: nam ubi mandatum apparet, non est necessaria satisdatio de rato, ut supra probavimus.

Ab ejus parte, cum quo agitur] Jure antiquo qui in actione personali defensionem alterius suscipiebat, satisdare cogebatur judicatum solvi, *l. 5. §. ult. quib. ex ca. in poss.* & uti est in textu, *omnimodo*, id est, sive mandatum non haberet, sive haberet: quod etiam expressum in *l. 1. in fin. C. de satisd. l. ne satisdatio 21. rat. rem hab.* & satis intelligitur ex generali regula passim tradita, quod nemo alienæ rei defensor idoneus est sine satisdatione. Rationem hanc esse arbitror, quod susceptio judicii species quædam est delegationis, *l. 11. §. 1. de nov.* facitque, ut subtilitate juris reus liberatus videatur. Ut proinde merito qui in locum rei succedit, & dominus litis efficitur, hac cautione oneretur, etiamsi mandatum habeat, ne invito actori alius reus objiciatur. Et inde est, quod stricta ratione juris in procuratorem sententia fertur, & actio judicati datur: quamvis ex æquitate prætor actionem in eum denegat, & in reum, cujus revera negotium gestum est, concedit, *l. 4. de re jud.*

Quod si proprio nomine] Qui suo nomine actionem in personam suscipiebat, judicatum solvi satisdare non tenebatur. In actione in rem contra erat. Differentiæ ratio hæc redditur, quod in actione in personam reus non æque condemnationem evitare potest, quam in actione in rem, quippe mora obligationem perpetuat; at eandem vim adversus possessorem non habet; quem placet absolvi etiamsi post litem

litem contestatam possidere rem desierit, modo dolo & culpa careat, *l. sin autem 27. §. 1. de rei vind.* de quo plura scripsi ad §. *sic itaque 14. in fin. sup. de act.*

TEXTUS.
Jus novum. De Reo.

2. Sed hodie hæc aliter observantur. Sive enim quis in rem actione convenitur, sive personali suo nomine, nullam satisdationem pro litis æstimatione dare compellitur: sed pro sua tantum persona, quod in judicio permaneat usque ad terminum litis. Vel committitur suæ promissioni cum jurejurando, quam juratoriam cautionem vocant; vel nudam promissionem, vel satisdationem pro qualitate personæ suæ dare compellitur.

NOTA.

2. PRO LITIS AESTIMATIONE] *ἕνεκα τῆς διατιμήσεως τῆς δίκης*, id est, judicatum solvi satisdare non cogitur: quæ satisdatio ab eo, qui in rem judicium accipiebat, exigebatur.

COMMENTARIUS.

HOdie qui suo nomine quacumque actione convenitur, satisdare de litis æstimatione non cogitur. De litis æstimatione dixit pro judicatum solvi, quæ olim ab eo, qui in rem judicium accipiebat, exigebatur.

Sed pro sua tantum persona] Cujusvis judicii reus principalis de exitu litis expectando vel satisdare, vel jurare, vel repromittere tenetur. Juratoriæ cautioni committuntur pauperiores, ut jurent scilicet se facturos, quod alias, fidejussoribus datis, promittere debuissent; simul & hoc, se idoneos fidejussores reperire non potuisse, *auth. generaliter, C. de Episc. & Cler.* Personæ quoque illustres non satisdant, sed jurant, *l. quoties 17. C. de dign. lib. 12.* A reliquis exigitur satisdatio, exceptis iis, qui immobilia possident, *l. sciendum 15. qui satisd. cog.* quos nec jurare teneri arbitror; alioqui quis locus esset nudæ repromissioni, quæ hoc loco & in *rubr. qui satisd.* opponitur cautioni juratoriæ? Et igitur stabitur nudæ possessoris immobilium promissioni. Interpretes in *l. 1. & d. l. sciendum, d. tit.* fere censent, possessorem teneri ea bona simul hypothecæ obligare. Quod mihi à mente Jurisconsulti in *d. l. sciendum*, valde alienum esse videtur. Quin cautio pignoratitia non minus idonea, imo aliquando utilior est, quam fidejussoria.

Usque ad terminum litis] Hæc igitur cautio plus continet, quam vetus illa judicio sisti. Nam illi satisfit, si reus judicio exhibeatur, neque necesse est litis exitum expectare. Huic vero non satisfit, nisi terminus litis expectetur. Alia cautio est, quæ novissimo jure in executorem litis exponitur de contestanda lite intra duos menses, *auth. libellum, C. de lit. cont.*

TEXTUS.
De Procuratore actoris.

3. Sin autem per procuratorem lis vel infertur, vel suscipitur; in actoris quidem persona, si non mandatum actis insinuatum est, vel præsens dominus litis in judicio procuratoris sui personam confirmaverit, ratam rem dominum habiturum, satisdationem procurator dare compellitur. Eodem observando & si tutor vel curator, vel aliæ tales personæ, quæ alienarum rerum gubernationem receperunt, litem quibusdam per alium inferunt.

NOTÆ.

VEL ALIAE TALES PERSONAE] Intellige syndicos vel actores municipiorum aut corporum.

LITEM PER ALIUM INFERANT] Puta vel per procuratorem, *l. 11. C. eod.* vel per actorem quem ipse tutor aut curator ex sua persona constituere possunt, *leg. un. C. de act. à tut. seu cur. dand.* ipsi vero per se agentes non satisdant. *l. 23. de adm. tut.*

COMMENTARIUS.

I*N actoris persona*] Qui ad agendum alieno nomine admitti postulat, siquidem mandatum probet, vel præsentis domini habeat auctoritatem, satisdare non cogitur rem ratam dominum habiturum, *l. 1. C. de satisd. l. si procuratorem 65. de proc. l. 1. C. eod. l. 3. §. 2. ut in poss. leg. l. ne satisdatio. 21. rat. rem hab.* sin minus, sine satisdatione non admittitur. Sed, nec omnes, qui mandatum ad agendum non habent, oblata cautione de rato admittuntur, sed solæ personæ conjunctæ, *l. sed & hæ 35. l. Pomponius 40. §. ult. de proc.* item procurator omnium bonorum, *l. 5. §. si pro-*

procurator 18. de nov. op. nunc. eademque conditione admittitur, cui an mandatum sit, vel non sit, dubitatur, *d. l. 3. §. 2. ut in poss. legat. d. l. 1. C. de proc.* & secundum hæc temperandi textus generales in *l. servum, §. ait prætor, l. non solum 39. §. 1. de proc.*

Eodem observando & si tutor vel curator, &c. litem per alium inferunt] Puta vel per procuratorem à pupillo vel adulto constitutum tutore vel curatore interveniente, *l. 11. C. de proc.* vel per actorem, quem ipse tutor vel curator ex sua persona constituere possunt, *l. un. C. de act. à tut. seu cur. dand. §. ult. sup. de curat.*

Textus.

De Procuratore rei præsentis.

4. *Si vero aliquis convenitur, siquidem præsens procuratorem dare paratus est, potest vel ipse in judicium venire, & sui procuratoris personam per* judicatum solvi *satisdationem solemni stipulatione firmare; vel extra judicium satisdationem exponere, per quam ipse sui procuratoris fidejussor existat pro omnibus* judicatum solvi *satisdationis clausulis. Ubi & de hypotheca suarum rerum convenire compellitur, sive in judicio promiserit, sive extra judicium caverit, ut tam ipse quam hæredes ejus obligentur. Alia insuper cautela, vel satisdatione propter personam ipsius exponenda, quod tempore sententiæ recitandæ in judicium veniet, vel si non venerit, omnia dabit fidejussor, quæ in condemnatione continentur, nisi fuerit provocatum.*

Commentarius.

De eo, qui nomine rei judicio intervenit, duplex tractatio est. Prima de procuratore rei, id est, eo, qui mandatum defendendi habet. De quo agitur *hoc §* altera de eo, qui mandatum non habet, & in specie defensor dicitur. De quo *§. seq.*

Potest vel ipse in judicium venire, &c.] Superius dictum est enim, qui alienæ litis defensionem suscipit, teneri omnino satisdare judicatum solvi. Hic proponitur modus, quo reus procuratorem suum ab hoc onere liberare valeat; nimirum si ipse pro procuratore suo vel in judicio vel extra judicium eam cautionem exponat, atque procuratoris sui existat fidejussor.

Pro omnibus judicatum solvi clausulis] Nempe tribus illis, de re judicata, de re defendenda, de dolo malo, *l. 6. jud. solv.*

Ubi & de hypotheca suarum rerum convenire compellitur.] Legendum omnino, *ubi & hypotheca rerum suarum cavere compellitur.* Nempe quoniam ipse reus principalis hic fidejussor est, qui etiam alias tenetur, præter satisdationem hoc amplius ab eo exigitur, ut etiam bona sua hypothecæ obliget, quo certius actori cautum sit.

Alia insuper cautela, &c.] Duplicem igitur cautionem in proposito reus præstat, unam pro persona procuratoris sui, alteram pro persona sua. In illa ipse fidejussor est; in hac, qua promittit, se tempore recitandæ sententiæ in judicium venturum, fidejussor non est, nec esse potest, sed alium fidejussorem dat, qui idem adpromittat.

Propter personam ipsius exponenda] Non à procuratore, ut male nonnulli: *sc. Accurs. & Curt. Theoph. interpretes,* sed ab ipso reo, à quo manifeste tam hanc, quam superiorem cautionem exigit Justinianus. *Fabrot.* Nec minus aperte Theophilus, paraphrastes Græcus. Nam verba illa, *à procuratore,* non sunt Theophili, sed emblema Curtii interpretis Latini. Quod mirum est in editione Theophili non animadvertisse D. Gothofredum.

Omnia dabit fidejussor] A reo in causam propositam datus. Theophilus, πάντα παρέξει αὐτὸς, ἤτοι ὁ τούτου ἐγγυητής, vel ipse, vel fidejussor. Et ita *Cujac. in not. poster.*

Textus.

De procuratore rei absentis.

5. *Si vero reus præsto ex quacunque causa non fuerit & alius velit defensionem ejus subire, nulla differentia, inter actiones in rem vel personales introducenda, potest hoc facere: ita tamen ut satisdationem* judicatum solvi *pro litis æstimatione præstet. Nemo enim secundum veterem regulam (ut jam dictum est) alienæ rei sine satisdatione defensor idoneus intelligitur.*

Commentarius.

Ad agendum alieno nomine sine mandato nemo admittitur, præterquam paucis casibus, quos supra

pra memoravimus. At defensionem alterius suscipere nemo vetatur, qui modo paratus sit satisdationem judicatum solvi pro litis æstimatione præstare, *l. un. 6. de satisd.* Cur tam varie? Nimirum humanum est, atque ideo publice expedit, absentes à quibuscunque posse defendi, *l. servum 33. §. 2. de proc.* nulla vero aut humanitatis aut ratio publicæ utilitatis suadet, ut cuivis permittendum sit, alieno nomine agere. Sed & multum interest rei, ne conveniatur à falso procuratore, quoniam dominus iterum experiri potest: nihil autem interest actoris, à quo reus defendatur, modo idonea satisdatio ea, quam diximus, præstetur. Ex quo porro etiam hoc est, quod defensor statim atque cavit, dominus litis efficitur etiam ante litis contestationem, *l. Titius 76. de procur.* & in ipsum actio judicati datur, *l. Plautius 61. d. tit. l. 4. de re jud.*

TEXTUS.

Unde hæc forma discenda.

6. *Quæ omnia apertius & perfectius quotidiano judiciorum usu in ipsis rerum documentis apparent.*

Ubi hæc forma observanda.

7. *Quam formam non solum in hac regia urbe; sed etiam omnibus nostris provinciis (etsi propter imperitiam forte aliter celebratur) obtinere censemus: quum necesse sit, omnes provincias caput omnium nostrarum civitatum, id est, hanc regiam urbem, ejusque observantiam, sequi.*

NOTÆ.

6. Judiciorum usu] Usus est omnium rerum optimus magister.

7. Non solum in hac regia urbe] Constantinopolim intellige, quæ etiam nova Roma appellata est, quod in eam imperii sedes translata. Græci πόλιν κρατοῦσαν, πόλιν βασιλεύουσαν. Appellant. Bysantium ante dicta fuit.

Commentarius.

1 *Hodiernus satisdationum modus & usus.*

HÆc non indigent interpretatione. Cicero *lib. 1. de offic. Nec medici, nec imperatores, nec oratores, quamvis artis præcepta perceperint, quicquam magna laude dignum sine usu & exercitatione consequi possunt.* Usus satisdationum hodie perexiguus, præterquam adversus debitores extraneos, quos detinuimus, qui alias etiam coguntur domicilium in territorio, ubi agitur, eligere. Actor non de alia re cavet, quam de æstimatione sumptuum litis, reo forte vincenti repensanda; adeoque ad nullam cautionem tenetur, si domicilium sub jurisdictione judicis, apud quem agitur, habeat, vel etiam bona immobilia possideat. Procurator sine mandato ad litigandum non admittitur, nisi arcto sanguinis aut affinitatis vinculo ei, pro quo intervenit, conjunctus sit; quo casu admitti solet, cum cautione de rato. Defensor idoneum mandatum exhibens judicatum solvi satisdare non tenetur, *vid. Gloss. 10. Fab. hic Tulden. cap. 2. & 3. Merul. lib. 4. distinct. 3. tit. 13. cap. 1. & deinceps, & sect. 3. tit. 5. cap. 1. Wesemb. qui satisd. cog. num. 6. Gudelin. lib. 4. de jur. nov. cap 4. & 5. Christin. vol. 2. decis. 145. & ibi citat. & Neu* [illegible] *Grænew. d. ll. abrog. hic per tot.*

Titulus XII.

C. lib. 4. t. 11.

De perpetuis & temporalibus Actionibus, & quæ ad hæredes & in hæredes transeunt.

Continuatio.

QUONIAM actio alicui constituta non semper durat, sed actiones certo temporis spatio terminatæ sunt; neq; etiam omnes, quæ in defunctum competebant, æque in hæredes dantur; & aliquando nec hæredi datur, quæ competebat defuncto: non abs re est, quod hic titulus superioribus subjicitur ad transactionem de actionibus concludendam.

TEXTUS.

De perpetuis & temporalibus actionibus.

Hoc loco admonendi sumus, eas quidem actiones, quæ ex lege Senatusve consulto, sive ex sacris constitutionibus proficiscuntur, perpetuo solere antiquitus competere, donec sacræ constitutiones tam in rem, quam in personam actionibus, certos fines dederunt: eas vero, quæ ex propria prætoris jurisdictione pendent, plerumque intra annum vivere: nam & ipsius prætoris

toris intra annum erat imperium. Aliquando tamen & in perpetuum extenduntur: id est, usque ad finem constitutionibus introductum: quales sunt eæ, quas bonorum possessori, cæterisque, qui hæredis loco sunt, accommodat. Furti quoq; manifesti actio, quamvis ex ipsius prætoris jurisdictione proficiscatur, tamen perpetuo datur. Absurdum enim esse existimavit anno eam terminari.

NOTÆ.

Praetoris intra annum erat imperium] Prætores in annum creabantur. Liv.31. Tac. *ann.1.* Prætorum anniversariorum edicta erant annua, quæ quisque proponebat initio magistratus sui ex lege Cornelia. Dio. 36.

Quas bonorum possessori] Bonorum possessor & fideicommissarius Trebellianus prohæredes sunt. Fabrot.

COMMENTARIUS.

1. *Rectene intra actiones prætorias numeretur fideicommissaria hæreditatis petitio.*

1 EX *lege, &c.*] Actiones, quæ ex lege, Senatusve consulto, aut ex principum constitutionibus proficiscebantur, olim perpetuo solebant competere: nimirum cum legis & similium juris constitutionum vis esset perpetua, consentaneum videbatur, actiones ex his juris partibus profectas nullo tempore finiri.

Donec sacræ constitutiones actionibus certos fines dederunt] Quod publicæ utilitatis causa constitutum est, ut litium aliquis esset finis, tandemque aliquando possessores & debitores securi forent, *arg. l.1. de usuc.*

Certos fines dederunt] Ut scilicet actiones triginta & ad summum quadraginta annorum præscriptione excluderentur, *l.3.& 4. C. de præscr. 30. ann. l.1. §. 1. C. de ann. exc.* quod tempus nunc abusive perpetuum dicitur. Paucæ sunt, quæ demum 40. annorum spatio finiuntur. Tantum tempus durat actio hypothecaria, sed uno duntaxat casu, videlicet cum ipse debitor hæresve ejus obligatæ possessioni incumbunt, *l.7. §.1. Cod. de præscr. 30. ann. l. 1. §.1. in fin. Cod. de ann. exc.* Nam extranei possessores bona fide possidentes decem aut viginti annorum, mala fide tenentes 30 annorum præscriptionem opponere possunt, *l. 1. & 2. C. si adv. cred. præscr. d. l. 7. in pr. C. de præscr. 30. Annor. Tulden. ad d. tit. C. Christin. Vol. 4. decis. 81. num. 9.* quanquam & ubi bona fide possidetur 30. annorum spatium requiri, Senatus hujus provinciæ judicavit, *decis. Cur. Holl. 8.* Ad hæc actiones omnes judicio semel inclusæ non nisi 40. annorum præscriptione excluduntur, *d. l. 1. §. 1. in fin. C. de ann. exc.*

Tam in rem] Actiones in rem non minus quam actiones in personam olim perpetuæ fuerunt: utræque autem nunc eodem temporis spatio, id est, triginta annis terminantur. Neque enim illæ, quæ in rem sunt, simplici exceptione temporis decem annorum inter præsentes, viginti inter absentes excluduntur, sed propter possessionem alterius conjunctam cum titulo & bona fide, & tanto tempore continuatam, prioris domini jus extinguitur, & alteri dominium rei possessæ jure civili acquiritur.

Quæ ex prætoris jurisdictione pendent] Ait actiones quæ ex jurisdictione prætoris veniunt, plerumque unum duntaxat annum durare, & subjicit pro ratione, quod prætoris edictum, unde proficiscuntur, diuturniorem vim non habet. Quæ ratio si bona est, dicendum erat actiones prætorias non plerumque, sed semper anni spatio finiri; & credibile quoque est, initio nullas diuturniorem vim habuisse, quam habebat ipsum edictum, ex quo descendebant: sed postea nonnullas cœpisse perpetuò competere, postquam non tam prætorem, quam præturam spectari placuit atque ex edictis, maxime quæ evidens commendabat æquitas, perpetuo jus dici. De quo vid. *Ascon. in orat. Cic. pro Corn. Balbo, & Augustin. de legib. pop. Ro.*

Aliquando in perpetuum extenduntur] Imo sæpe. Nam honorariæ actiones omnes, quæ rei persecutionem continent, veluti Publiciana, de constituta pecunia, ex jurejurando, exercitoria, institoria, de peculio, &c. perpetuæ sunt, id est, 30. annos durant, nisi sit quæ rescindat quod jure civili ratum est, *l. in honorariis, l. 35. de obl. & act.* Sed & ex pœnalibus quædam perpetuo competunt, ut mox audiemus.

Bonorum possessori cæterisque, qui hæredis loco.] Significat duas hasce in rem actiones de universitate, possessoriam hæreditatis petitionem, & fideicommissariam hæreditatis petitionem. Has actiones ait esse perpetuas, licet jure prætorio constitutæ sint. Perpetuas esse constat, priorem quoque, prætoriam utpote, proditam bonorum possessoribus, quos prætor velut hæredes facit, *l. 1. de poss. hær. pet.* Sed altera illa, quæ proponitur iis, quibus ex fideicommisso restituta est hæreditas, non videtur esse juris prætorii, sed actio civilis, quippe iis competens, qui pro hæredibus sunt ex Senatusconsulto. Nisi distinguendum putamus inter petitionem hæreditatis & actiones hæreditarias. *arg. l. 2. de fid. hær. pet.* Sed dixerim potius, eo loco jus civile in specie per excellentiam accipi pro jure antiquo legis 12. tabularum, & opponi petitionem hæreditatis civilem petitioni fideicommissariæ

missariæ, non ut actioni prætoriæ, sed ut novo jure civili introductæ, nimirum Senatusconsulto Trebelliano. Nam minime novum est, ut hoc sensu jus civile opponatur iis juris partibus, quæ postea accesserunt, puta Senatusconsultis aut principum constitutionibus, §. *4. & 6. sup. de fideic. hæred.* §. *3. sup. de testam. ord.*

Furti quoque manifesti actio] Actiones prætoriæ pœnales regulariter tantum intra annum dantur, *l. in honorariis 35. de oblig. & act.* Excipitur actio furti manifesti, quæ, quamvis & ipsa prætoria sit & pœnalis, perpetua tamen est. Quod hanc forte rationem habet, quia non primus prætor pœnam furibus manifestis constituit; sed eam, quæ lege 12. tabb. constituta erat, mitigavit, atque ex corporali fecit pecuniariam, vid. *sup.* §. *pœna 5. de obl. quæ ex del.* Actio quoque de furto aut damno in navi, caupona aut stabulo facto, item actio adversus publicanos, quamvis & hæ prætoriæ sunt & pœnales, perpetuo tamen competunt, *l. ult.* §. *ult. naut. caup. stab. l. sed & hi 13.* §. *ult. de publican.* Judicia criminalia regulariter viginti annis finiuntur *l. 12. C. ad leg. Corn. de fals.* sed ea huc non pertinent.

TEXTUS.

De actionibus quæ in heredes transeunt vel non.

1. Non autem omnes actiones, quæ in aliquem aut ipso jure competunt, aut à prætore dantur, & in hæredem æque competunt, aut dari solent. Est enim certissima juris regula, ex maleficiis pœnales actiones in hæredem rei non competere; veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, damni, injuriæ. Sed hæredibus hujusmodi actiones competunt, nec denegantur; excepta injuriarum actione, & si qua alia similis inveniatur. Aliquando tamen etiam ex contractu actio contra hæredem non competit; veluti cum testator dolose versatus sit, & ad hæredem ejus nihil ex eo dolo pervenit. Pœnales autem actiones, quas supra diximus, si ab ipsis principalibus personis fuerint contestatæ, & hæredibus dantur & contra hæredes transeunt.

NOTÆ.

1. AUT IPSO JURE] Id est, jure civili, ut §. *10. sup. de act. l. 9. 1. usufr. quem cau.* Th. ἢ ἀπὸ τοῦ πολιτικοῦ.

EXCEPTA INJURIARUM ACTIONE] Quia vindictæ magis, quam pecuniæ persecutionem habet, *l. 2.* §. *4. de collat.*

ALIQUANDO EX CONTRACTU ACTIO, &c.] Sensus hic esse videtur, etiam aliquando ex contractu actionem adversus hæredem non dari, cum testator dolose versatus est, & nihil ad hæredem ejus ex dolo pervenit, contra regulam *l. 12. l. 49. de obl. & act. l. 152.* §. *3. de reg. jur.* De deposito miserabili hoc plerique putant accipiendum, *l. 1.* §. *1. depos.*

FUERINT CONTESTATAE] *l. 26. l. 58. de obl. & act. l. 139. l. 164. de reg. jur.* quod ex eo est, quia judicio accipiendo nova contrahitur obligatio judicati, *l. 3.* §. *3. de pecul.*

COMMENTARIUS.

1 *Actiones omnes, quæ rei persecutionem continent, & hæredibus & in hæredes dari, etiam si quæ ex delicto.*
2 *Ostenditur perspicue, condictionem furtivam, & actionem rerum amotarum, contra hæredes etiam dari in solidum.*
3 *In hæredem non dari ullam pœnalem, licet ex contractu.*
4 *Actiones, quæ pœnales habeantur, quamvis nihil amplius persequantur, quam quod abest.*
5 *Cur actiones pœnales in hæredes non dentur, cum dentur hæredibus.*
6 *Cur actio injuriarum ne hæredibus quidem detur.*
7 *Quibus casibus ex contractu actio non competat in hæredem, ad quem ex dolo defuncti nihil pervenit.*
8 *Actiones omnes judicio inclusas perpetuari: & quid hic juris hodie.*

Actionum quædam & hæredibus & contra hæredes dantur: quædam hæredibus quidem, sed non contra hæredes: quædam denique neque hæredibus,
neque contra hæredes. Et hæredibus & contra hæ- 1
redes dantur, quæcunque rei tantum persequendæ causa comparatæ sunt: nisi quod actio in rem tantummodo respectu possessionis in hæredem datur: quippe quæ possessorem semper sequitur, *l. si in rem 42. de rei vind. l. actionum 25. de obl. act.* Dum autem actio præter rei persecutionem nihil contineat, non distinguimus in proposito, utrum ea sit ex contractu an ex maleficio: sed utroque casu non minus in

in hæredes, quam hæredibus actionem dari contendimus: & quidem in hæredes in solidum: hoc enim semper intelligendum est, cum simpliciter dicitur actio in hæredem dari. De actionibus quæ ex contractu descendunt, res est expedita, *l. 1. & tot. tit. C. de hæred.* adeoque passim veteres definiunt, actiones ex contractibus venientes, licet delictum quoque versetur, in hæredes in solidum dari, *l. 7. §. 1. depos. l. 12. l. ex contractibus 49. de obl. & act. l. ad ea 157. §. ult. de reg. jur.* De iis vero, quæ rei persecutoriæ sunt ex delicto, quales esse constat condictionem furtivam & actionem rerum amotarum, *l. 7. §. 2. de cond. furt. l. mulier 21. §. pen. de act. rer. amot.* ambigitur, non utique an hæredibus aut contra hæredes aliquatenus dentur, sed an dentur contra hæredes in solidum. Nam hoc negat *Cujac. 7. obs. 37. & 13. obs. 39. Lyclam. 1. membran. 18. & lib. benedict. passim.*
2 Ego vero existimo, etiam his actionibus hæredem teneri in solidum. Moveor primum eo, quod hæ duæ actiones absolute dicuntur dari in hæredem, *l. 2. l. 7. §. 2. de cond. furt. §. ult. sup. de obl. qua ex del. l. 6. §. 4. de act. rer. amot.* Ex eo enim colligo dari eas adversus hæredem furis aut mulieris in solidum. Nam quotiescunque actio simpliciter in hæredem dari dicitur, toties intelligitur dari in solidum: cum vero in solidum non datur, sed quatenus ad hæredem pervenit, aut hoc adjicitur, aut dari simpliciter negatur. Ut patet ex *l. Julianus 16. de judic. l. inde Neratius 23. §. hanc actionem. 8. ad l. Aquil. l. hac actio 13. de serv. corr. l. 9. §. 1 quod fals. tut. l. 3. §. pen. si mens. fals. mod. l. 1. de priv. del. l. 2. §. ult. vi bon. rapt. l. in honorariis 35. de obl. & act. l. pupillum 111. §. 1. de reg. jur. §. his autem, sup. de leg. Aq. §. ult. de obl. qua quasi ex del. item hoc text.* & innumeris aliis locis. Secundo, quia regulæ earum actionum, quæ in hæredes non dantur, de pœnalibus ex maleficio conceptæ sunt, *l. 1. de privat. del. l. sicut 38. l. pupillum 111. §. 1. de reg. jur. l. inde Neratius, §. hanc actionem, ad leg. Aquil. & hoc text. l. pen. de op. nov. nunc.* Hinc enim evincitur, si quæ sunt ex maleficio non pœnæ, sed rei persecutoriæ, eas in hæredem dari: quoniam contrariorum contraria sunt consequentia. At condictio furtiva & actio rerum amotarum non pœnam, sed rem persequuntur, ut jam probavimus. Et secundum hæc Imperator in §. *his autem 9. sup. de leg. Aq.* negat, actionem legis Aquiliæ in hæredem transire, non quia ex delicto est, sed quia pœnalis, addens, transituram eam fuisse, si ultra damnum datum nunquam lis æstimaretur. Dicitur sane nonnunquam, actiones ex delicto venientes adversus hæredes non dari, nisi quatenus ad eos pervenit, nec adjicitur, ut in *l. un. C. ex del. def.* Sed quid prohibet hujusmodi definitiones ex eo, quod plurimum & fere semper fit, conceptas sic accipere, si agatur de eo, quod defunctus deliquit, id est, ad pœnam? At in condictione furtiva & actione rerum amotarum de delicto aut pœna delicti non agitur, sed tantum de eo, quod ex patrimonio nobis abest, nec quicquam amplius persequuntur, *l. 7. §. 2. de cond. furt. l. si mulier 21. §. pen. de act. rer. am.* Jam vero ob hoc solum actio pœnalis non habetur, quod constituta est adversus eum, ad quem ex delicto defuncti nihil pervenit, nisi & factum puniat, & in dolum concepta sit, *l. 9. §. 1. quod fals. tut.* de quo amplius postea. Postremo movet me locus expressus in *l. 9. de cond. furt.* ubi diserte J. C. ait, in conditione ex causa furtiva hæredem, non pro parte quæ pervenit, sed in solidum teneri; si vero plures sint hæredes, singulos pro partibus hæreditariis. Quod si hoc obtinet in condictione furtiva, procul dubio etiam in actione rerum amotarum locum habet, cum aperte testetur Paulus, in *l. 6. §. item hæres 1. de act. rer. am.* ex causa rerum amotarum teneri hæredem mulieris perinde ac tenetur hæres condictionis nomine ex causa furtiva; ac proinde quod rescribunt Impp. in *l. ult. C. rer. amot.* actionem rerum amotarum adversus hæredes dari non in solidum, sed in quantum ad eos pervenit, necessario sic accipiendum est, in quantum ad eos pervenit de hæreditate, non autem de rebus amotis; ut si plures sint hæredes, non singuli in solidum tenentur, sed universi, singuli autem pro ea parte, pro qua hæredes extiterunt; secund. *d. l. 9. de cond. furt.* aut si cum Ant. Fabro. *4. conj. 1.* de rebus amotis rescriptum intelligi volumus, supponendum erit, totum ad hæredes pervenisse, non ad unum aliquem, sed ad singulos pro parte. Quæ actiones hæredibus competant, in hæredes autem non dentur; tum quæ neque hæredibus neque adversus hæredes competant, docebit nos textus, ad cujus explicationem tempus est ut accedamus.

Aut ipso jure] Ipso jure aliquando idem valet, quod jure solo, sine aliquo facto nostro, veluti cum sui hæredes dicuntur ipso jure hæredes existere: aliquando idem, quod jure civili, non jure prætorio, ut in §. *actiones 10. sup. de act. l. 9. §. 1. usufr. qu. cau. & hoc loc.* Itaque ipsum jus hic excellentiam notat.

Ex maleficiis pœnales] Actiones ex maleficiis pœnales hæredibus dantur; at in hæredes non competunt. Ait, *pœnales ex maleficiis*, uti & alibi regula concepta est, *l. 2. de priv. del. l. sicut 38. l. pupillum 111. §. 1. de reg. jur.* Quid ergo si qua sit pœnalis ex contractu? Et hic idem juris esse evincit actio depositi miserabilis; quæ in eum, qui tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa depositum inficiatur, in duplum constituta est, in hæredem vero 3
ex dolo defuncti in simplum, *l. 1. §. 1. l. de eo 18. depos.*

pos. Plane huc non pertinet actio, qua petitur pœna conventione promissa: nam pœnam stipulamur loco ejus, quod interest, §. *ult. sup. de verb. obl. vid.* §. *sequent. 16. sup. de act.* Excludit autem regula eas, quæ sunt ex maleficio rei persecutoriæ, quas etiam adversus hæredes dari paulo ante probavimus.
4 Illud ignorandum non est, esse quasdam actiones, quæ pœnales habentur, quamvis nihil amplius, quam quod abest, persequantur, de quibus hæc notio tenenda. Quoties actio factum punit, & in dolum concepta est, constituiturque adversus eum, ad quem ex dolo res non pervenit, quamvis proposita sit, cui eo facto quid abest atque ita à parte actoris rei persecutionem contineat; pœnalis tamen habetur ob vindictam delicti, quam eo amplius persequitur: ac proinde in hæredem non datur, *l. 9. §. 1. quod fals. tut.* Talis est actio de dolo, *l. in hæredem 26. de dol. mal.* item ea quæ adversus falsum tutorem datur, *d. l. 9. §. quod fals. tut.* Talis quoque est adversus mensorem, qui falsum modum dixit, *l. 3. §. pen. si mens. fals. mod.* item quæ proponuntur in *l. 7. §. ult. de trib. act. l. 1. §. ult. ne vis fiat ei, qui in poss. miss. l. 1. §. ult. de eo per quem fact. erit. quo min. quis in jud. l. pen. §. 1. ne quis eum, qui in jus voc. l. 4. in fin. l. 6. & 7. de alien. jud. mut. ca.* ubi actio in factum ex illo edicto dicitur pertinere ad rei persecutionem; nimirum quia actor per eam id tantum quod sibi abest, persequitur: à parte autem rei revera pœnalis est, quia factum punit, & in dolum concepta est.
5 At cum hæres in universum jus defuncti succedat, & regulariter tam in incommoda, quam in commoda, quæ ratio est, quod in proposito tantum commodum actionum pœnalium ad hæredes transsire placet, incommodum autem earum ad eos non pertinere? Nimirum quia æquum visum est, pœnam ex hac successione excipere, ne ibi pœna sit, ubi noxia non est, *l. pen. de op. nov. nunc. l. sicut 38. de reg. jur. l. sancimus 22. C. de pœn.* Illud æquissima ratione placuit, turpia lucra etiam hæredibus esse extorquenda: ideoque actiones, quamvis pœnales, eatenus saltem in hæredes dandas esse, quatenus ad eos pervenit, ne ex delicto defuncti lucrum sentiant, *l. 5. de calumn. l. 16. §. ult. & l. seq. quod met. caus. l. in hæredem 26. de dol. l. un. C. ex del. def.* cum similib.

6 *Excepta injuriarum actione*] Actio injuriarum neque hæredibus, neque in hæredes datur, *l. injuriarum 13. in pr. de injur.* Quod non datur in hæredes, hoc commune habet cum cæteris pœnalibus: quod hæredibus non datur, ejus proprium est, & hanc rationem habet: quod in ea non principaliter de damno sarciendo, sed de contumelia vindicanda agitur, *l. 7. §. 1. eod.* quam vindictam, si injuriam passus lite non instituta decesserit, tacitè remisisse intelligitur: de quo dixi ad §. *ult. sup. de injur.* & hinc est, quod actio injuriarum in bonis nostris non computatur, antequam litem contestemur, *l. injuriarum 28. eod.*

Si qua alia similis] Similes habes in *l. pen. de in jus voc. l. pen. §. ult. ne quis eum qui in jus voc. l. 4. de calumn. l. 7. C. de rev. don.* Huc etiam referri potest querela inofficiosi testamenti: nam & hæc injuriam exhæredato aut præterito illatam quasi ulciscitur. *Nov. 115. cap. 5.* & non nisi præparata ad hæredes transit, *l. 6. §. ult. cum l. seq. de inoff. test.*

Aliquando etiam ex contractu actio in hæredem non competit] Puto, intelligi actiones ex contractu, quæ ob delictum concurrens ex parte rei pœnales habentur, eo quod factum puniunt & in dolum conceptæ sunt: quales sunt: actiones in factum adversus falsum tutorem, & adversus mensorem, qui falsum modum dixit: item actio tributoria quæ dolum malum domini coërcet maleficiosè in distribuendo versati: nam hæ actiones licet ex contractu sint, tamen in hæredem rei, quia hac parte pœnales, non dantur, nisi de eo quod ad eum pervenit, *l. 9. §. 1. quod fals. tut. l. 3. §. pen. si mens. fals. mod. l. 7. §. ult. de trib. act.* Alias ex contractibus successores ex dolo eorum, quibus successerunt, non tantum in id, quod pervenit, sed in solidum tenentur, *l. 12. l. ex contractibus 49. de obl. & act. l. ad ea. 157. §. ult. de reg. jur. l. 7. §. 1. depos.* ubi Jurisconsultus cum dixisset, actionem depositi ex dolo defuncti in solidum in hæredem dari, hanc rationem subjicit, *quanquam enim*, inquit, *alias ex dolo defuncti non solemus teneri, nisi pro ea parte, qua ad nos pervenit: tamen hic dolus ex contractu reique persecutione descendit, ideoque in solidum hæres tenetur; plures vero pro ea parte, qua quisque hæres est*, qui locus sententiam nostram mire confirmat. Ex his autem apparet, insigniter errare Theophilum; qui pro exemplo adducit actionem depositi, quam ex dolo defuncti negat in hæredem dari, si nihil ex eo dolo ad eum pervenit; contra tot expressos textus. Nec excusari potest hoc obtentu, quod intellexerit actionem depositi miserabilis. Nam & hæc actio ex dolo defuncti in hæredem datur, etsi nihil ad eum pervenit: & quamvis non in duplum, in solidum tamen; quoniam utique simplum solidum est, & pœna alterum tantum, *l. 1. §. 1. l. de eo 18. depos.* 7

Veluti] Hanc particulam Cujac. & Pac. auctoritate quorundam Codicum delendam censent: quod mihi non videtur necessarium, cum & retenta ea constet, & recta sit loci sententia.

Fuerint contestatæ] Omnes actiones, quæ morte aut tempore pereunt, si semel inclusæ judicio fuerunt, quod fit litis contestatione, salvæ permanent, *l. omnes 139. de reg. jur.* Morte dicuntur perire pœnales, propterea que in hæredes rei non dantur, licet activè

active transeant: at lite contestata & active transeunt & passive, *l. omnes 26. l. sciendum 58. de obl. & act. l. pœnalia* 164. *de reg. jur. l. un. C. ex del. def.* quod ex eo est, quia judicio accipiendo nova contrahitur obligatio judicati, *l. 3. §. idem scribit* 11. *de pecul.* Postea constitutionibus placuit, pœnæ persecutionem transmitti, si modo reus vivus conventus fuerit, quasi lite cum eo contestata, *l. 33. de obl. & act.* Apud nos pœnales actiones nullæ sunt, si injuriarum actionem excipias; quoniam, ut sæpe alibi diximus, pœnæ legitimæ, quæ privatis litigatoribus applicabantur, exoleverunt. Cæterum hæres ex delicto defuncti, etiamsi lis à defuncto contestata non sit, tenetur non id tantum, quod ad eum ex delicto defuncti pervenit, secundum scita juris civilis, sed damnum à defuncto datum sarcire cogitur, quatenus facultates defuncti patiuntur: quod cum jure Canonico primum cautum esset, *c. in literis de rapt. c. ult. de sepult.* propter æquitatem etiam in foro civili receptum videtur. *Joh. Fab. hic Covar. lib. 3. res. 3. n. 7. Imbert. in enchirid. Papon. lib. 24. arrest. tit. 11. arrest. 3. & ult.* De quo plura *Christ. vol. 3. dec. 22. n. 2. & seqq. add. Grœnew. d. ll. abrog. ad tit. C. ex delict. defunct. in quant. hæred.*

TEXTUS.

Si pendente judicio, reus actori satisfecerit.

2. *Superest, ut admoneamus, quod, si ante rem judicatam is, cum quo actum est, satisfaciat actori, officio judicis convenit eum absolvere; licet in ea causa fuisset judicii accipiendi tempore, ut damnari deberet: & hoc est, quod antea vulgo dicebatur, omnia judicia absolutoria esse.*

NOTÆ.

2. CONVENIT EUM ABSOLVERE] Quod Th. interpretatur, *liberatum ab actione dimittere.* Alii, *officio judicis convenire, ut etiam sententia sua eum absolvat:* quod & ratio juris exigere videtur, *l. 1. de reg. jur.* & reo utilius est propter exceptionem rei judicatæ.

OMNIA JUDICIA ABSOLUTORIA] Locus singularis.

COMMENTARIUS.

QUemadmodum debitorem ante acceptum judicium bonam fidem agnoscentem & paratum solvere dimitti placet, eique diem dari, cum competenti cautione ad solvendam pecuniam: *l. si debitori 21. de judic. l. ex judicat.* 17. *jud. solv.* ita etiam æquum est audiri eum, qui post acceptum judicium ante rem judicatam satisfactionem offert, modo id omne offerat, quo jus actoris deterius factum est, & in quod alias fieret condemnatio, *fac. l. si reus 73. de proc. l. 5. de publ. & vect. l. ult. quæ in fraud. cred.*

Eum absolvere] Hæc verba duplicem admittunt interpretationem: vel ut simpliciter reus satisfaciens dimittendus sit ab instantia, & liberandus molestiis judicialibus, quomodo Theoph. & Hotom. interpretantur: vel ut absolvendus sit etiam sententia judicis: quod posterius & rationi juris magis convenire videtur, cum judici incumbat aut damnare reum aut absolvere, *l. 1. de re jud.* & reo longè utilius est, quoniam alias non haberet exceptionem rei judicatæ.

TITULUS XIII.

D. lib. 44. t. 1. C. lib. 8. 36.

De exceptionibus.

Ratio dispositionis. Omnem reum ad defensionem suam vel inficiatione uti, vel depulsione: & quid utraque. Quid si exceptio: unde hoc nomen natum: & alia observatu digna.

Uicquid in judicium deducitur, aut actio est, aut exceptio; actio à parte actoris, cujus in omni judicio sunt partes primæ; exceptio à parte rei, cujus sunt secundæ. De actionibus hactenus quæsitum est: de exceptionibus adhuc cognoscendum: & quidem de his solis; nam præter has, si ab actione discesseris, nulla alia res in judicium principaliter deducitur. Id quod ita liquere poterit. Omnis reus, qui judicio contendere paratus sit, ad defensionem suam aut inficiatione utitur, aut depulsione. Inficiatio est, cum negat, ullam actori esse actionem de eo, quod petitur. Ea vero aut simplex est, aut cum novi facti affirmatione conjuncta. Simplex, cum reus simpliciter negat, id factum quo nomine agitur, puta, mutuam pecuniam, quæ ab actore petitur, sibi datam esse. Cum affirmatione novi facti conjuncta, cum confitetur quidem, actionem aliquando actori competiisse, sed eam nunc ei competere negat, utpote novo aliquo facto postea amissam: exempli gratia; si actorem dicat ideo agere

non

non posse, quia actio ipso jure sublata sit, puta solutione, acceptilatione, rei interitu. Simplex inficiatio apertè nihil in judicium deducit, neque ulla hic neganti incumbit probatio: tantum quæritur de actione & intentione actoris, quæ in dubium vocatur; id est, solum tractatur in judicio, an verum sit, quod actor in propriam intentionem deduxit: nec de alicujus exceptionis vi à reo oppositæ disputatur: ac probante actore reus condemnatur; non probante, simpliciter absolvitur. *Covar. in c. possessor. mal. fidei. de reg. jur. in 6. p. 1. relict. init. n. 5. Wes. par. hoc tit. n. 2.* In conjuncta autem affirmatio illa novi facti haud dubiè in judicium deducitur, ac proinde à reo probanda est, *l. 1. C. de prob.* sed deducitur per consequentiam duntaxat: principaliter enim eo spectat, ut ostendatur, vere negare reum, actionem actori competere. Depulsio est, cum reus de actione actoris confitens tam in jure, quam in facto, ea defensione utitur, quæ actionem removeat. Hæc defensio in usu juris exceptio appellatur. Si quis hic mihi Rhetorum libros adire velit, poterit fortassis nonnihil lucis etiam inde sibi ad hæc melius intelligenda sumere. Exceptio igitur est defensio rei, quæ actioni, alioqui jure constitutæ, opposita, hanc ipsam æquitatis ratione excludit: hic in *pr. l. 12. de dol. mal. exc. l. 2. h. t.* Exceptio omnis rectè defensio dicitur, utpote comparata defendendorum reorum causa, *h. t. in pr.* At non omnis defensio exceptio est, sed ea tantum, quæ actionem jure constitutam repellit. Quæ vero allegationes ostendunt, actionem ipso jure sublatam esse, veluti cum debitor solutionem allegat, defensiones dici possunt, exceptiones non possunt. Pugnantia sunt Jurisconsultis, liberari ipso jure & liberari per exceptionem, *l. qui servum 34. §. 1. de oblig. & act.* quanquam usu interpretum jam obtinuit, ut omnis generis defensio, quæ modo agentis intentionem repellit sive juris sive facti negatione, exceptio dicatur. Unde DD. exceptiones alias esse juris tradunt, alias facti & intentionis. *Mynf. ad rubr. hic n. 12. Greg. Thol. 21. synt. 17. n. 5. Vid. Covar. d. loc. n. 4. & 5.* Sed quomodo reus exceptione utetur ad excludendam actionem? Id indicant verba definitionis, si exceptio actioni opponatur; unde passim legimus, exceptionem opponi, objici, obstare, exceptione occurrere, &c. Etenim omnis defensio exceptionis in facto rei posita est, omissa ad liberationem reo non prodest. De tempore opponendæ exceptionis dicemus inferius. Nomen exceptionis natum ex formula judicii, quod sub exceptione dabatur: sic enim prætor subjiciebat, *nisi, si non, extra quam si*, illud aut illud factum erit; aut si quæ particulæ eandem vim habent. Atque hinc item factum, ut exceptio omnis conditio appellaretur, *l. exceptio. 22. hoc tit.* ubi quæ extat definitio exceptionis, à conceptione sumpta est, sicut Ulp. in *l. 2. eod.* ab effectu & utendi modo. *V. Duar. ad l. 7. §. 2. de pact. Cujac. 5. obs. 34. P. Fab. ad l. 154. de reg. jur.* Sed & exceptio omnis præscriptio dicta: & inde Græcis παραγραφὴ *l. pen. h. t. l. 8. l. pen. & ult. & in rubr. C. eod. l. judicati. 29. de exc. rei jud. l. si debit. 91. de solut.* cum similib. de cujus verbi ratione cons. *Alc. de quinq. ped. præscr. Don. in rubr. C. h. t. n. 15. Ravard. 1. de præjud. 8. Pet. Fab. 1. semestr. 21.*

TEXTUS.

Continuatio. Ratio exceptionum.

Sequitur, ut de exceptionibus dispiciamus. Comparatæ autem sunt exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Sæpè enim accidit, ut licet ipsa persecutio, qua actor experitur, justa sit, tamen iniqua sit adversus eum, cum quo agitur.

NOTÆ.

UT DE EXCEPTIONIBUS] Exceptio est defensio rei, quæ actioni, alioqui jure constitutæ, opposita, hanc ipsam æquitatis ratione excludat, *l. 2. h. t.* alias præscriptio dicitur, *lib. 8. C. tit. 35.* Græcis παραγραφὴ.

JUSTA SIT] Inspecta scil. stricta ratione & rigore juris: iniqua autem, inspecta summa ratione & naturali æquitate. Quæ autem allegationes ostendunt actionem ipso jure sublatam esse, veluti cum debitor solutionem allegat, exceptiones propriè non sunt, sed aliæ species defensionum.

COMMENTARIUS.

Defendendorum eorum gratia] Unde vulgo notant, exceptiones esse juris naturalis & gentium, cujus scilicet juris defensio est, *Wes. par. hoc tit. n. 8.* Ob eandem causam nonnulli censent, verbum excipere translatum esse ab armis militaribus ad forensia, puta clypeo aut scuto, quibus tela in nos directa excipimus & retundimus. Non malè fortassis, sed non ex usu auctorum juris.

Ipsa persecutio justa sit] Non continuo, si actio justa sit, id est, ipso jure comparata, seu summo jure constituta, justa est in eum, qui cum agitur: verbi gratia, si quis dolo inductus stipulanti promiserit, is quidem subtilitate juris ex promissione sua obligatur: sed quoniam per machinationem adversarii obliga-

tus est, iniquum est, eum condemnari, ac proinde contra agentem exceptio doli ei proposita est, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem æquitatem prosit, *l. 1. §. 1. de dol. mal. exc.* Quod si nulla subsit actio jure civili constituta, vel quia reus dicit, nullam unquam actori competiisse, vel eam quæ fuit, ipso jure sublatam, hæc allegatio exceptio propriè non est, sed alia species defensionis, ut jam ante ostendimus.

TEXTUS.

Exempla. Quod metus causa, de dolo, in factum.

1. *Verbi gratia, si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus stipulanti Titio promisisti, quod non debueras promittere, palam est, jure civili te obligatum esse, & actio, qua intenditur, dare te oportere, efficax est: sed iniquum est, te condemnari. Ideoque datur tibi exceptio, quod metus causa, aut doli mali, aut in factum, composita ad impugnandam actionem.*

NOTÆ.

JURE CIVILI TE OBLIGATUM] Id est, subtilitate juris civilis, *d. l. 36. de verb. obl.* Dolus metusve adhibitus, non impedit, quo minus actio nascatur, *l. 5. C. de inut. stip.* Verum enim utique est alterum stipulatum esse, & te promisisse, atque ita contractam verborum obligationem.

DATUR TIBI EXCEPTIO] *d. l. 36. d. l. 5. & tot. tit. de dol. mal. & met. exc.* & ita eventu inspecto inanis efficitur actio opposita exceptione, *l. 112. de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur qui metu coactus promisit, ipso jure obligetur.*
2 *Quæritur idem de eo qui dolo inductus.*
3 *De quo genere erroris hic locus accipiendus.*
4 *Exceptio in factum qualis, & unde.*

ILlustrat exemplis, quod dixit sæpè accidere, ut actio, qua quis experitur, summo jure teneat, sed iniqua sit adversus eum, cum quo agitur. In universum autem id accidit dupliciter, vel quia postea vinculum æquitatis tollitur, ita ut tantum supersit solius vinculum juris civilis; quod quidem ita nos astringit, ut summo jure in nos sit actio, sed quæ propter defectum æquitatis sit inefficax ad condemnationem, si exceptio opponatur.

Metu coactus] Qui metu coactus aliquid promittit, ipso jure obligatur propter consensum; quia voluntas, licet coacta, voluntas tamen est, *l. si mulier. 21. §. pen. quod met. ca.* nimirum utrum quid voluntarium sit, an involuntarium, ex eo tempore æstimatur, quo geritur. Jam vero illud, quod eligitur, quo tempore metus infertur, respectu majoris mali, quod vitatur, boni rationem habet, & ea consideratione objectum est voluntatis: de quo conf. *Aristot. 3. eth. 1.* Cæterum naturaliter obligatus dici revera non potest ob defectum vinculi æquitatis: quoniam consensus & voluntas ista non fuit libera; neque promisisset aut voluisset extra metum majoris mali positus. Atque hinc explicandi loci, in quibus traditur vim atque metum consensui esse contrarium, *l. nihil. 116. de reg. jur. cum simil.*

Dolo inductus] Etiam qui dolo inductus stipulanti promisit, quod alias non promisisset, subtilitate juris obligatur; quia utique verum est, eum promisisse: sed & hæc obligatio naturali æquitatis vinculo destituitur propter dolum & machinationem stipulatoris aliud agentis, aliud simulantis, *l. si quis 36. de verb. obl. l. 1. § 1. de dol. mal. exc.* Circa dolum, qui causam contractui præbet: videlicet si quis in hoc circumscriptus sit, ut contraheret, cum alias contracturus non fuisset, recepta est vulgaris distinctio inter contractus bonæ fidei & stricti juris, quod illi hoc casu ipso jure nullius momenti sint, *arg. l. 7. in pr. de dol. l. in causæ. 16. §. 1. de minor.* hi ipso jure subsistant, & actionm producant, ut proinde hic semper excipiendum sit, sive dolus causam contractui dederit, sive inciderit, *d. l. si quis 36. de verb. oblig. l. 5. C. de inutil. stipul.* de quo prolixè *Bachov. disp. 6. de act. thes. 17.*

Errore lapsus] Quod hic dicitur, etiam eum, qui errore inductus stipulanti promisit, jure civili obligari, sed non videtur convenire cum eo, quod passim traditur, eos, qui errant, non consentire, consensui nihil magis esse contrarium errore, *l. non consentiunt. 15. de jurisd. l. 2. de judic.* Nam si consensu nullus contractus ac ne stipulatio quidem consistit, *l. 1. §. 3. de pact.* Resp. Error non est unius generis. Si in persona aut re promissa erratum sit, cum de alia stipulator, de alia promissor sentiret, fateor, nullam contrahi obligationem, quia talis error consensum non habet. At error in causa promittendi, de quo hic agitur, non omnino consensu destituitur, & ideo summo jure hic nascitur obligatio, *d. l. si quis 36. de verb. obl. l. Julian. 7. de dol. mal. exc. vid. not. ad §. si de alia. 22. sup. de inut. stip.*

Efficax est] Per se scilicet ac vi sua, hoc est, si pura esset, neque exceptione corrigeretur. Jam autem ex-

exceptio efficit, ut ad condemnationem sit inefficax, *l. nihil interest. 112. de reg. jur.*

Exceptio quod metus causa] Exceptio quod metus causa in rem scripta est, *si in ea re nihil metus causa factum est:* ut non inspiciamus, an is, qui agit, metus causa fecerit, sed an omnino metus causa factum sit in ea re à quocumque, non tantum ab eo, qui agit, *l. 4. §. pen. de dol. mal. excom.*

Aut doli mali] Exceptio doli mali personam complectitur ejus, qui dolo fecit. Itaque in hac exceptione specialiter exprimendum est, de cujus dolo quis queratur non in rem, si in ea re nihil dolo malo factum est: sed sic, *si in ea re nihil dolo malo actoris factum est l. 2. §. 1. d. l. 4. §. pen. de except. dol. mal.*

In factum] In factum hæc exceptio dicitur nomine generali, quia variis modis accidere potest, ut error interveniat; quemadmodum & actiones, quæ proprio nomine carent, in factum appellari solent, uti illæ, quæ dantur ex contractibus innominatis, item utiles, & præcipuè subsidiariæ, de quibus explicatum *§. ult. sup. de leg. Aquil.* Et sicut ob qualitatem personæ, quæ convenitur, in factum agendum; quo casu adversus alium est actio de dolo: *l. non debet 11. §. 1. de dol.* ita agente hujusmodi persona, quo casu adversus alios exciperetur de dolo, in factum excipiendum est, *l. 4. adversus 16. de dol. exc.* Opponitur autem hoc loco exceptio in factum exceptioni doli mali non generali, sed speciali, quæ nascitur ex eadem causa, ex qua actio de dolo, nempe ex dolo inter initia adhibito, *l. 5. C. de inut. stip.* sive ut est in textu nostro, si quis dolo inductus stipulanti promiserit. Nam generalis exceptio doli, sicut cum aliis exceptionibus omnibus, ita & cum hac in factum, concurrit; quoniam datur ex omni causa ob quam id, quod petitur, exceptione elidi potest, quamvis inter initia nihil dolo factum sit. Ut in summa exceptio doli generalis toties competat, quoties actor per occasionem juris civilis æquitatem naturalem infringere conatur, *l. 1. §. 1. l. 2. §. & generaliter. 5. l. 4. §. pen. l. 7. l. 12. de dol. exc. l. si quis 36. de ver. obl. l. 5. C. de pact. cum simil.*

Textus.

De non numerata pecunia.

2. Idem juris est, si quis quasi credendi causa pecuniam à te stipulatus fuerit, neque numeraverit. Nam eam pecuniam à te petere posse eum, certum est: dare enim te oportet, quum ex stipulatione tenearis. Sed quia iniquum est, eo nomine te condemnari, placet, exceptione pecuniæ non numeratæ te defendi debere: cujus tempora nos (secundum quod jam superioribus libris scriptum est) constitutione nostra coarctavimus.

Notæ.

1. Cum ex stipulatione tenearis] Igitur quod Paulus respondet, te nondum obligatum esse, *l. 30. de reb. cred.* de exitu intelligendum est, cum habeas exceptionem peremptoriam.

Exceptione pecuniae non numeratae] *l. 2. §. 3. de dol. mal. exc.* Hinc patet exceptionem hanc non modo actioni ex chirographo opponi posse, sed etiam actioni ex stipulatu.

Constitutione nostra coarctavimus] Exceptio non numeratæ pecuniæ cum antea quinquennis esset, à Justiniano facta est biennis. *sup. de lit. obl.*

Commentarius.

Qui quasi credituro stipulanti pecuniam spopondit, jure civili obligatus est; sed adjuvatur exceptione non numeratæ pecuniæ, *l. 2. §. 3. in fin. de dol. exc.* ubi Ulp. ait, ei, qui crediturus pecuniam stipulatus est, nec credidit, etsi certa fuit causa stipulationis, quæ tamen aut non est secuta, aut finita est, nocere pecuniæ non numeratæ exceptionem. Unde patet, hanc exceptionem non tantum actioni ex chirographo, sed etiam actioni ex stipulatu opponi solebant: quippe creditores pecuniam sæpè stipulari prius, deinde stipulationis implendæ causa adnumerare; qua ratione una ex stipulatu nascebatur obligatio, *l. 6. §. 1. & l. seq. de nov.*

Cujus tempora] Exceptio non numeratæ pecuniæ cum antea quinquennis esset, à Justiniano biennis tantum facta est, *sup. tit. de lit. obl.* ubi fusè de hac exceptione differimus.

Textus.

De pacto.

3. Præterea debitor si pactus fuerit cum creditore, ne à se pecunia peteretur, nihilominus obligatus manet; quia pacto convento obligationes non omnino dissolvuntur: qua de causa efficax est adversus eum actio, quam actor intendit, si paret

eum dare oportere: *sed quia iniquum est, contra pactionem eum condemnari, defenditur per exceptionem pacti conventi.*

COMMENTARIUS.

Species exceptionū, quæ præcesserunt, jam à principio nascuntur in re contrahenda; quæ sequuntur, ex causa postea interveniente emergunt.

Nihilominus obligatus manet] Qui cum creditore pactus est, ne à se pecunia peteretur, is nihilominus ipso jure obligatus manet: nam ut pacti nudi ea vis non est, ut ullam civilem obligationem pariat, ita nec eam, quæ constituta est, sive re, sive verbis, ipso jure tollere potest, *l.7.§.sed cum 4.l.si unus 27. §. 2. de pact. l.5.l. 10. & l.13.C. eod.* Plane nudi consensus obligatio, ubi res adhuc integra est, pacto convento tollitur etiam ipso jure, §. *ult. sup. quib. mod. toll.obl.* ubi ejus rei ratio à me exposita est.

Sed quia iniquum est] Quamvis debitor, qui pactus est, ne à se pecunia peteretur, non liberatur jure civili, liberatur tamen interventu prætoris, qui vel actionem denegat, si de pacto constet; vel si non constet, addit exceptionem, *extra quam si pactum sit, ne pecunia petatur:* quo apud judicem datum probato, debitor absolvitur, effectuque idem consequitur, quod liberati ipso jure; eoque pertinet *l. nihil interest. 112. de reg. jur.*

TEXTUS.
De jurejurando.

4. *Æquè si debitor creditore deferente juraverit, nihil se dare oportere, adhuc obligatus permanet: sed quia iniquum est de perjurio quæri, defenditur per exceptionem jurisjurandi. In iis quoque actionibus, quibus in rem agitur, æquè necessariæ sunt exceptiones; veluti si petitore deferente possessor juraverit, eam rem suam esse, & nihilominus petitor eandem rem vindicet. Licet enim verum sit, quod intendit, id est, rem ejus esse: iniquum tamen est, possessorem condemnari.*

NOTA.

4. JURAVERIT] Aut cum jurare paratus esset, remissum ei fuerit jusjurandum, *l.9. §.1. de jurejur.*

JURAVERIT REM SUAM ESSE] Aut petitoris non esse, *l.3. §.1. l.11.pr. d.t.*

COMMENTARIUS.

Exceptioni pacti conventi affinis est exceptio jurisjurandi: nam & jusjurandum, de quo hic quæritur, in se conventionem habet, propter quam non minus servatur, quam propter religionem, *l. sed & si. 25. & l. seq. in fin. de jurejur.*

Creditore deferente juraverit] Verba edicti, quo præter jusjurandum rei tuetur, hæc sunt; *Si is, cum quo agetur, conditione delatâ juraverit, ejus rei, de qua jusjurandum delatum fuerit, neque in eum, ad quem ea res pertinet, actionem dabo, l.3. in pr. junct. l.7. de jurejur.* Ait *conditione delata:* unde intelligimus, si reus juravit nemine ei conditionem jurandi deferente, prætorem id jusjurandum non tueri, *d. l.3.* Quod negat, se in eum, qui juraverit, actionem daturum, id sic acceptum est, ut in re certa, si prætori constet reum prius conditione delata jurasse, actio simpliciter denegetur: sin autem de eo controversia sit, ambigaturque an reus juraverit, tum locus sit exceptioni jurisjurandi, *l. 9. in pr. eod.* Neque hoc proprium est jurisjurandi, ut nonnulli putant; sed locum habet etiam in causis aliis, unde exceptiones nascuntur. Perridiculè enim juberet prætor de eo apud judicem quæri, quod sibi exploratum, & inter litigatores confessum est.

Adhuc obligatus permanet] Nam jusjurandum non magis, quam pactum, modus est dissolvendæ obligationis jure civili constitutæ: sed tantum naturalem obligationem tollit, *l. Stichum 95. §. naturalis 4. de sol.*

Quia iniquum est de perjurio quæri] Dicendum potius fuerat, meo judicio, quia jusjurandum ex conventione proficiscitur, & speciem transactionis continet, *l.2. l. sed & si 25. & l. seq. §. ult. de jurejur.* Nam illa alia quæstio est, an exceptio jurisjurandi replicatione perjurii excludatur.

Si petitore deferente possessor juraverit] Etiam is, qui actione in rem conventus petitore deferente juravit, exceptione jurisjurandi, si petitor eandem rem iterum vendicet, adjuvatur, *l.3. §. 1. d. tit.* sive juraverit rem suam esse, sive petitoris non esse: quanquam hoc amplius ei, qui juravit, rem suam esse, amissa possessione etiam actio in factum datur ad rem recuperandam, si is, qui jusjurandum detulit, possessionem nactus est. Cæterum adversus alium posseso-

sessorem prærogativa jurisjurandi non utitur: quoniam non debet alii nocere, quod inter alios actum est, *l. 9. in fin. l. 10. l. 11. in pr. & §. 1. d. t.*

Textus.

De re judicata.

5. Item si judicio tecum actum fuerit, sive in rem, sive in personam, nihilominus obligatio durat: & ideo ipso jure de eadem re postea adversus te agi potest: sed debes per exceptionem rei judicatæ adjuvari.

Commentarius.

NOn ut quisque judicio absolutus est, ita statim & ipso jure tollitur jus actoris. Quid enim si judex perperam pronuntiaverit? Tantum propter auctoritatem rei judicatæ statur sententiæ, à qua appellatum non est: quam auctoritatem rebus judicatis dari, publica suasit utilitas, alioqui modus litium multiplicatus inexplicabilem afferret difficultatem, *l. 6. de exc. rei jud.* Comparata est autem rei judicatæ exceptio tuendi ejus rei causa, qui sententia judicis absolutus est, sive debitor sit, sive possessor: ei vero, contra quem judicatum est, hæc exceptio nunquam datur, *l. evidenter. 16. eod. t.* Cui non obstat, *l. 4. C. depos.* nam qui in sortem tantum reum condemnat, vi ipsa de usuris absolvit.

Obligatio durat] Aut hoc referendum est ad actionem in personam, quoniam in rem actio non descendit ex obligatione; aut verbum obligationis contra usum veterum, qui eo in vendicationibus nunquam utuntur, laxius accepit. Theophilus videtur legisse, *actio durat.* Sic enim hunc locum convertit: αἱ μὲν ἀγωγαὶ μένουσιν, eaque lectio Hotomanno & Tuningio magis probatur: in quos cur tam vehementer invehatur Christoph. Riccius in vendic. jur. præmess. *c. 19.* nullam equidem causam video.

Per exceptionem rei judicatæ] Hæc autem exceptio non aliter agenti obstat, quam si eadem quæstio inter easdem personas revocetur, *l. 3. de exc. rei jud.* Itaque ita demum nocet, si omnia sint eadem, idem corpus, eadem quantitas, idem jus, eadem causa petendi, eademque conditio personarum: quæ qualia sint, latè explicatur in *l. cum quæritur. 12. cum seqq. eod.*

Textus.

De cœteris exceptionibus.

6. Hæc exempli causa retulisse sufficiat: alioqui quam ex multis variisque causis exceptiones necessariæ sint, ex latioribus Digestorum seu Pandectarum libris intelligi potest.

Commentarius.

JUstinianus non putavit operæ pretium, exceptiones omnes earumque causas proximas, quæ multæ & variæ sunt, singulatim recensere: sed celebrioribus tantum exempli loco propositis, de reliquis jubet consuli volumen π. *lib. D. 44. tit. 1. cum seqq.*

Textus.

Divisio prima.

7. Quarum quædam ex legibus, vel iis, quæ legis vicem obtinent, vel ex ipsius prætoris jurisdictionem substantiam capiunt.

Nota.

7. Ex praetoris jurisdictione] Veluti quod metus causa, de dolo, pacti, jurisjurandi, &c.

Commentarius.

HÆc exceptionum divisio sumpta est à causa efficiente remota, ut & obligationum illa in §. *1. sup. de oblig.* & actionum, §. *3. sup. de act.*

Ex legibus] Exceptionum ex legibus propriè dictis descendentium nulla mihi occurit. Arbitror tamen, exceptionem rei judicatæ esse ex lege 12. tabularum.

Quæ legis vicem obtinent] Intelligit Principum constitutiones & Senatusconsulta. Ex Principum constitutionibus sunt exceptiones divisionis & ordinis, item præscriptiones illæ temporales quadriennii, re aliena à fisco vendita, *tit. C. de quadriennii præscr.* quinquennii adversus querelam inofficiosi testamenti: triginta annorum in actionibus personalibus, item in rebus, quæ usucapi, aut longo tempore acquiri non possunt, *l. 3. & 4. C. de præscr. trig. ann.* decem dierum in causa appellationis, &c. *auth. hodie C. appell.* Ex Senatusconsultis sunt duæ, exceptio Senatusconsulti Macedoniani de pecunia filiosa credita, & exceptio Vellejani de intercessione mulieris.

Textus.

Divisio secunda.

8. Appellantur autem exceptiones aliæ per-

perpetuæ & peremptoriæ, aliæ temporales & dilatoriæ.

COMMENTARIUS.

Quarundam exceptionum hæc vis est, ut rem, de qua agitur, perimant, atque objectæ efficiant, ne amplius de ea re agi possit: aliæ vero ad tempus tantum nocent, & in id tempus duntaxat actionem differunt. Unde aliæ dictæ sunt perpetuæ & peremptoriæ, aliæ temporales & dilatoriæ. *l. 2. §. ult. l. 3. hoc tit.* Est igitur hæc divisio sumpta ab effectu.

TEXTUS.

De peremptoriis.

9. Perpetuæ & peremptoriæ sunt, quæ semper agentibus obstant, & semper rem, de qua agitur, perimunt: qualis est exceptio doli mali, & quod metus causa factum est, & pacti conventi, cum ita convenerit, ne omnino pecunia peteretur.

NOTÆ.

DOLI MALI] Quamvis actio de dolo sit temporalis: differentiæ rationem indicat Paul. *l. 5. §. ult. de dol. mal. exc.*

ET PACTI CONVENTI] Huc etiam pertinent exceptio erroris, item jurisjurandi, rei judicatæ, transactionis, non numeratæ pecuniæ, &c.

COMMENTARIUS.

1 *Perpetuæ exceptiones unde dictæ.*

2 *Exceptio doli cur perpetua, cum actio de dolo temporalis.*

Quæ semper agentibus obstant, &c.] Vis exceptionum perpetuarum & peremptoriarum, quam ipsam & nomina indicant, hæc est, quod oppositæ & probatæ semper agentibus obstent, & rem, de qua agitur, perimant: unde alibi dicuntur totius negotii cognitionem tollere, & vires principalis negotii exhaurire, *l. 2. C. de prec. imp. off.* non enim actionem solum, sed etiam obligationem tollunt, idque non minore cum effectu, quam si sublata esset ipso jure: ut non abs re scriptum sit, nihil interesse utrum actionem quis non habeat, an eam, quæ per exceptionem perpetuam infirmetur; & pro indebito haberi id, cujus petitio ita repelli potest, *l. nihil interest 112. de reg. jur. l. 3. §. 1. de const. pec. l. qui exceptionem 40. de cond.* 1 Dictæ igitur sunt perpetuæ non à tempore proponendi, quod quacunque judicii parte opponi possunt, ut male DD. & Mynf. *hic num. 2.* nam & dilatoriæ quædam post litem contestatam objici possunt, ut postea ostendemus: sed à tempore, quo effectus propositarum durat; eoque sensu etiam exceptio non numeratæ pecuniæ vere perpetua est. *Bronch. 2. misc. 52.* Cajus sic definit, *Perpetuæ atque peremptoriæ sunt, quæ semper locum habent, nec evitare possunt, l. 3. hoc tit. sc. semel opposita.*

Exceptio doli mali] Obiter hic notandum, exceptionem peremptoriam, quamvis nascatur ex causa, ex qua actio nata esset temporalis, non solum eo sensu perpetuam esse, quo diximus, sed etiam lapsu temporis non interire: verbi causa, actio de dolo temporalis est, exceptio autem doli perpetuo competit. Hoc ideo, quia actor in sua potestate habet, quando jure suo utatur; at in rei potestate non est, quando conveniatur, *l. 5. §. ult. de dol. exc.* Secus tamen est, cum quis jus suum, intra certum tempus lege definitum per modum actionis in judicio proponere potest: quia tunc illa ratio cessat. Hinc exceptio non numeratæ pecuniæ biennio, querelæ inofficiosi quinquennio finitur. *Gomez. 1. var. res. 11. n. 20. Costal. in l. 8. §. si filius 13. de inoff. testam.* 2

Quod metus causa, &c.] Tres hæ exceptiones, doli mali, quod metus causa, & pacti conventi perpetui, exempli tantum causa proferuntur. Sunt enim longe plures exceptionum peremptoriarum species. Nam huc etiam pertinet exceptio erroris, item jurisjurandi, rei judicatæ, transactionis; item non numeratæ pecuniæ; liberationis legatæ, rei venditæ, quæ vendicanti objicitur, *tit. de exc. rei vend.* item Senatusconsulti Macedoniani, & Vellejani, trium conformium sententiarum; *l. un. C. ne lic. in un. ead. ca.* quam exceptionem hodie non attendunt suprema tribunalia. *Mynf. 1. obs. 15. Gail. 1. obs. 72. Christin. vol. 4. dec. 122. Imb. lib. 2. inst. for. Bugnion. lib. 1. leg. abrog. art. 253.* denique præscriptiones omnes, quæ reo ex tempore nascuntur, & si quæ sunt aliæ, quæ rem, de qua agitur, perimunt.

TEXTUS.

De dilatoriis.

10. Temporales atque dilatoriæ sunt, quæ ad tempus nocent, & temporis dilationem tribuunt: qualis est pacti conventi, cum ita convenerit, ne intra certum tempus ageretur, veluti intra quinquennium: nam finito eo tempore non impeditur actor rem exequi. Ergo ii, quibus

intra

intra certum tempus agere volentibus objicitur exceptio aut pacti conventi, aut alia similis, differre debent actionem, & post tempus agere. Ideo enim dilatoriæ istæ exceptiones appellantur. Alioqui si intra tempus egerint, objectaque sit exceptio, neque eo judicio quicquam consequebantur propter exceptionem, neque post tempus olim agere poterant, cum temere rem in judicium deducebant & consumebant; qua ratione rem admittebant. Hodie autem non ita stricte hoc procedere volumus; sed eum, qui ante tempus pactionis vel obligationis litem inferre ausus sit, Zenonianæ constitutioni subjacere censemus, quam sacratissimus legislator de iis, qui tempore plus petierint, protulit: & inducias, quas ipse actor sponte indulserit, vel quas natura actionis continet, si contempserit, in duplum habeant ii, qui talem injuriam passi sunt: & post eas finitas non aliter litem suscipiant, nisi omnes expensas litis antea acceperint: ut actores tali pœna perterriti tempora litium doceantur observare.

COMMENTARIUS.

1 *Præscriptio moratoria, & alia dilatoriarum numero.*
2 *Exceptio excussionis an dilatoria.*
3 *Dilatoria propter diem initio obligationi adjectum.*

EXceptiones temporales & dilatoriæ sunt, quæ ad tempus nocent, & in id tempus actionem differunt. Quia rem differunt dilatoriæ, quia ad tempus id faciunt, temporales appellantur. Cajus sic eas definit; *Temporales atque dilatoriæ sunt, quæ non semper locum habent, sed evitari possunt, l. 3. hoc tit.*

1 *Qualis est pacti conventi, cum ita convenerit, &c.*] Hæc ab effectu appellari potest solutionis dilatoria. Cui similis est præscriptio moratoria à Principe impetrata, *l. 2. & l. 4. C. de prec. imp. off. l. in fraudem 45. §. in fiscalibus, de jur. fisc.* Solent enim principes humanitatis causa dilationem alicujus temporis indulgere debitoribus, qui fortunæ injuria facultatibus exuti, aut magnum aliquod damnum rei familiaris passi, spatium aliquod ad solvendum petunt, quo se interim tueantur adversus creditores, ne in carcerem ire aut bonis cedere cogantur. Vulgo appellant literas salvi conductus, gratiæ, securitatis. Nostrates, *Brieven van atterminatie of respyt.* Qua de re consulendi *Afflict. decis. 377. & seq. Surd. decis. 301. 307. 322. Boër. decis. 96. Tessaur. decis. 186. Rebuff. de dilat. art. 1. gloss. 1. num. 9. Christin. vol. 2. decis. 70. & seq. Kintschot. tract. de solut. induc.* Dilatoriarum numero sunt & exceptiones, quæ dicuntur procuratoriæ, *l. 2. §. ult. l. 3. in fin. hoc tit. §. ult. inf. eod.* item præscriptiones fori, *l. ult. Cod. eod.* ut exceptio incompetentiæ, recusationis judicis. Hæ sunt, quæ vulgo appellantur judicii declinatoriæ. *Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 4. cap. 2. 3. & 4.* Dilatoriæ quoque exceptiones sunt, quæ adversus inhumanam solidi petitionem conceduntur, *l. 16. & seqq. de re jud. §. item si 37. & seq. & §. ult. sup. de act.* ubi vid. Item quæ ideo objiciuntur, quod actione qua agitur, præjudicium fit rei majori, *tit. Cod. de ord. jud.* Item exceptio cedendarum actionum, non impleti contractus, libelli generalis & obscuri: item exceptio sub & obreptionis; quæ tantum quatenus negotium principale concernit; peremptoriis annumerari potest, *Christin. vol. 4. decis. 174. num. 5.* Denique exceptiones loci non tuti vel inhonesti, termini angusti, feriarum, & simil. de quibus late *Zanger. de except. part. 2.* Plerique etiam exceptionem divisionis dilatoriam esse statuunt: sed rectius alii ad peremptorias eam referunt. *Sichard. ad l. 10. C. de fidejuss. Broch. 2. misc. 52. Zanger. de exc. part. 3. cap. 19.* 2
Exceptio quoque excussionis quibusdam dilatoria est, quoniam ajunt, litem tantum differt, non perimit, siquidem creditor excusso debitore potest redire ad fidejussorem sine metu hujus exceptionis, *Auth. præsente, C. de fidej. Fachin. lib. 8. cap. 52. Ant. Fab. C. suo, hoc tit. def. 1.* Verum ego & hanc ad classem peremptoriarum potius referendam arbitror: nam utique actionem perimit, quod ad fidejussorem attinet, si debitor solvendo esse reperiatur. Hoc vero sufficit, ut pro perpetua & peremptoria haberi debeat, *l. sufficit 56. de cond. ind. D. Tuld. comm. hic, cap. 6.* Aliis hæc exceptio dicitur anomala.

Aut pacti conventi aut alia similis] Puta, quod pecuniæ petitæ dies non venit. Nam & cum obligatio ab initio in diem contracta est, ipso jure actio statim nascitur, ut abunde probavimus ad *§. 2. sup. de verb. obl.* sed præmature seu ante diem agens exceptio- 3

ceptione *cujus pecunia dies non venit*, repellebatur: & quia perperam agebat, tempore plus debito petens, *l. 2. §. qui ita v. de eo quod cert. loc. l. un. §. ult. quand. di. usus f. leg. ced. l. liber. 118. §. 1. de verb. obl.* causæ amissione multabatur. Quæ pœna erat cujuslibet plus petitionis, *§. si quid agens 33. sup. de act.* Cæterum ex constitutione Zenonis, confirmata à Justiniano, actor ante tempus pactionis aut obligationis litem inferens non amplius rem consumit, sed hanc pœnam suffert, ut cogatur reliquas inducias rei conduplicare, iisque finitis non ante audiatur, quam sumptus omnes prioris litis refuderit, *hoc text. in calce.* Quid hodie juris sit, exposui ad *d. §. si quis agens.*

TEXTUS.

De dilatoriis ex persona.

11. Præterea etiam ex persona sunt dilatoriæ exceptiones, quales sunt procuratoriæ, veluti si per militem, aut mulierem, agere quis velit. Nam militibus nec pro patre, vel matre, vel uxore, nec ex sacro rescripto, procuratorio nomine experiri conceditur. Suis vero negotiis superesse sine offensa militaris disciplinæ possunt. Eas vero exceptiones, quæ olim procuratoribus propter infamiam vel dantis, vel ipsius procuratoris opponebantur, cum in judiciis frequentari nullo modo perspeximus, conquiescere sancimus; ne dum de his altercatur, ipsius negotii disceptatio protelетur.

COMMENTARIUS.

1 *Varia exceptionis dilatoriæ genera ratione objecti.*
2 *Exceptio procuratoria quotuplex.*
3 *Liceatne pluribus exceptionibus ejusdem rei nomine simul uti.*
4 *Usus exceptionum peremptoriarum in bonæ fidei judiciis: in his contestationem earum non fuisse necessariam.*
5 *In strictis judiciis initio litis contestandas.*
6 *Quid ex interpretum sententia hic receptum.*
7 *Vis exceptionum rei judicatæ, jurisjurandi, & transactionis.*
8 *Exceptiones juris etiam non contestatas usque ad sententiam allegari posse.*
9 *Quibus exceptionibus uti liceat etiam in executione rei judicatæ.*
10 *Usus dilatoriarum, has regulariter inter exordia litis opponi, disceptari, &c. oportere: & quæ hinc excipienda.*
11 *Quæ exceptiones dilatoriæ etiam post sententiam rectè opponuntur.*
12 *Mores hodierni plerorumque tribunalium circa usum exceptionum.*

Exceptionum dilatoriarum quædam tangunt negotium ipsum & causam principalem, ut exceptio pacti temporalis de non petendo, præscriptio moratoria, &c. Quædam constitutionem judicii. Atque ex his quædam personam judicis, ut exceptio suspecti, & exceptio præventionis, de qua in *l. 7. de jud.* item ea, quæ specialiter dicitur exceptio incompetentiæ, si videlicet apud eum agatur, cujus de ea re, de qua agitur, aut in personam, cum qua agitur, jurisdictio non est. Quædam personam adversarii, puta quod idoneam personam standi in judicio non habet, *tit. C. de his qui pers. legit. &c.* Quædam personam procuratorum, vel quia procuratores non sunt, vel quia procuratores esse non possunt, quæ dicuntur procuratoriæ, *l. 2. §. ult. l. 3. hoc tit.* Sed nec incommode quis dixerit, dilatorias omnes comparatas esse adversus quamcunque perversam judicii institutionem; sive quia persona judicis, aut adversarii, aut procuratoris, idonea non est ad judicium exercendum; sive quia actio, quæ intenditur, non competit, aut alia prius intendi debet, ne per eam graviori causæ præjudicium fiat; & generaliter quæcunque judicium transferunt, vel commutant in alias personas, in aliam actionem, in alium locum, in aliud tempus: unde à Cicerone *lib. 1. & 2. de invent.* appellantur translationes, & judicii commutationes. 1

Quales sunt procuratoriæ] Exceptiones procuratoriæ ex persona dilatoriæ sunt, quia rem differunt: nam qui dicit, non licere procuratorio nomine agi, non prorsus inficiatur litem, sed personam evitat, *l. 2. in fin. hoc tit.* Exceptio autem procuratoria duplex est: nam aut omnino procurator esse negatur, veluti si dicatur mandatum non habere: *l. inter quas 39. §. pen. de damn. inf. l. licet, Cod. de proc.* aut à pupillo sine auctoritate tutoris constitutus: *l. in exceptionibus 19. §. 2. de prob.* aut esse non posse contenditur, veluti si miles sit, aut mulier; cujusmodi exceptionum vix ullus hodie usus est, ut liquet ex iis, quæ *sup. ad §. 1. de iis per quos ag.* 2

Mulierem] Mulieres ab omnibus officiis civilibus pudor & naturalis verecundiæ ratio prohibet, *l. 2. de reg. jur. l. 1. de postul.* quamobrem nec alienam litem procuratorio aut defensorio nomine suscipere possunt, *l. neque fœmina 54. de proc. l. alienam*

nam

num 18. C. eod. ubi Impp. ajunt, alienam suscipere defensionem virile esse officium, & ultra sexum muliebrem. Plane alias actiones in rem suam & proprium lucrum sibi mandatas exercere non prohibentur, *l. 4. C. eod.*

Militibus nec pro patre] Milites ne pro patre quidem aut matre aut uxore, quamvis rescriptum impetraverint, procuratores esse possunt, *l. 8. §. 2. d. proc. l. 7. C. eod.*

Suis negotiis] *L. 9. C. de proc.* ubi Imp. militibus non tantum suas causas agere, verum etiam si in rem suam procuratores constituti sint, alienas actiones persequi permittit.

Propter infamiam] Apparet ex hoc loco, olim infames neque procuratores esse, neque procuratorem dare potuisse, quanquam per se agere poterant. Justinianus autem exceptiones de agentis aut procuratoris infamia quiescere jubet. Utique ubi de infamia non aperte constat, & ob id disceptatio negotii protelanda. Operæ pretium facturus videor, si hic aliquid subjecero de recto usu exceptionum exercendarum.
3 De eo duplex fere quæstio est; una de numero objiciendarum, altera de tempore objiciendi. De numero hoc quæsitum, liceatne pluribus exceptionibus ejusdem rei nomine simul uti. Movet exemplum plurium actionum de eadem re concurrentium, quarum constat una tantum eodem tempore experiri licere. Sed quod actori non licet, id placuit licere ei, unde petitur, ut pluribus exceptionibus, quamvis diversis, modo ne se invicem destruant, eodem tempore uti possit, hoc effectu ut si in una probanda defecerit, ad aliam recurrere non prohibeatur, *l. 5. l. 8. hoc tit. l. nemo 43. de reg. jur. cap. nullus, eod. in 6. DD. comm. in d. l. 8. Zas. ibid. n. 4. Covar. 1. Var. res. 2. n. 2.* Differentiæ ratio est, quod agere actori liberum est, defendere reo non item. Non iniquum in actore lacessendi libertatem uno genere armorum circumscribere: reo vero, cui non semper sui defendendi facultas, omnia ad defendendum arma suppeditare, humanum est.
4 De tempore objiciendæ exceptionis ita in peremptoriis jus olim fuit, ut in bonæ fidei judiciis necesse non esset exceptionem initio litis contestari, sed eam quandoque ante rem judicatam opponere liceret. Cui non obstat, quod dicitur, ultra id quod in judicium deductum est, excedere potestatem judicis non posse: nam in bonæ fidei judiciis verba ipsa judicii dati exceptionem tacite includunt, cum in his jubeatur judex judicare ex æquo & bono; idque veteres significant, cum ajunt, exceptiones inesse bonæ fidei judiciis, his contineri; etsi non excipiatur, satis tamen per officium judicis consuli, *l. 3. de resc. vend. l. hujusmodi 84. §. qui servum de legat. 1. l. plane 38. l. ult. de hær. pet.*
5 In strictis vero judiciis exceptionem in principio litis nominatim contestari necesse erat, & vel à reo agnoscente intentionem actoris statim probari, vel à dubitante tantisper omissam, donec actor intentionem suam probasset, antequam sententia ferretur, ad disceptationem opponi. Textus clari in *l. 9. C. de præsc. long. temp. l. 8. & l. 9. C. hoc tit.* Cæterum non contestatam postea objicere nego pro arbitrio licuisse. Cujus ego rei fortissimum hoc argumentum habeo. Certum est, ultra id, quod in judicium deductum est, judicis potestatem non excedere, *l. 18. comm. div.* Atqui in strictis judiciis nihil in judicium deductum intelligi potest, de quo lis non aperte contestata sit. Nam sive veterum judiciorum rationem considerare volumus, palam est, exceptiones in jure apud prætorem proponi debuisse, qui deinde formulæ eas includebat; sive mutatam postea judiciorum formam, constat, eandem judicis potestatem mansisse liberam in bonæ fidei judiciis, in contrariis adstrictam iis rebus, quæ nominatim in judicium deductæ sunt, ut proinde in his nihilominus necesse fuerit exceptionem in exordio litis contestari. Atque ita sæpissime rescriptum est, postquam jam à Diocl. *l. 2. C. de ped. jud.* sublata esset judicis dandi licentia, *l. 8. l. 9. C. hoc tit. l. 9. C. de præsc. long. temp.* Quibus non obstat *l. 2. C. sent. resc. non poss.* Nam omissas ibid. ex *d. l. 8. & 9. hoc tit.* accipere debemus: non quarum nulla mentio initio facta: sed quæ contestatæ postea omissæ, id est, dilatæ sunt ad probationem & disceptationem. *Don. ad d. l. 8. num. 7. Gudelin. lib. 4. cap. 8.* 6 Cæterum plurium suffragiis probatum, usuque receptum est, ut hujus generis exceptiones etiam non contestatæ usque ad sententiam recte objiciantur, vid. *Mynf. 1. obs. 24. Marant. §. 6. num. 12. Gail. 1. obs. 74. num. 13. Wes. par. n. 7.* quod eo facilius nunc admittendum, quia discrimen judiciorum bonæ fidei & stricti stricti juris pene sublatum est, ut alibi demonstravi. 7 Exceptiones rei judicatæ, jurisjurandi, & transactionis hoc speciale habent, quod impediant litis ingressum, modo paratam earum reus probationem habeat: unde & litis finitæ appellantur. *Christin. d. decis. n. 7. Gudelin. lib. 4. cap. 7. sect. 1.* quanquam si initio oppositæ non sunt ad impediendum processum, nihilominus postea opponi possunt ad justitiam causæ. *Christ. d. dec. num. 18. & seq.* Sciamus autem, ea, quæ de contestatione harum exceptionum diximus, dicta esse de exceptionibus facti, quibus aliquid factum esse intendimus, quod proinde & probare debemus, ut intelligitur ex *l. in exceptionibus 19. de prob.* quæ enim quæstionem facti habent, non possunt intelligi in judicium deduci, nisi facti contestatione. 8 Diversa autem causa est exceptionum juris, id est, earum, quæ alicui conditione ipsa personæ jure tribuuntur, qualis est exceptio divisionis epistola D. Hadriani fidejussoribus tributa. Nam hoc genus contestari necesse non est, sed sufficit

quandoque, ante sententiam allegari, *l. 10. C. de fide-*
juss. & ibi D. Ant. Fab. C. suo. hoc tit. defin. 1. num. 3.
Nimirum auxilium divisionis satis sub appellatione
& persona fidejussoris in judicium deduci intelligi-
tur, cum fidejussori jure tribuatur, hoc ipso quod fide-
9 jussor est. Duæ omnino exceptiones peremptoriæ
sunt, quas non solum necesse non est initio litis con-
testari, sed quibus etiam non allegatis uti licet in ex-
ecutione rei judicatæ, nempe exceptio Senatuscon-
sulti Macedoniani & Vellejani, *l. 11. de SC. Mac.* Id
quod mirum videri non debet placuisse in iis exce-
ptionibus, quæ publicæ utilitatis causa maximè in-
troductæ sunt. DD. nostri etiam plures hujus ge-
neris referunt in *l. 1. C. de re jud. l. 1. Cod. de jur. &*
fact. ign. Gail. 1. obs. 113. num. 5. & seqq. Zas. in l. 2. hoc
tit. num. 16. Maranc. part. 2. memb. 9. num. 18. Merul.
lib. 4. distinct. 4. sect. 3. tit. 4. cap. 14. Exceptiones di-
latoriæ, cujuscunque eæ generis sunt, si paucas dem-
pseris, inter exordia litis, hoc est, ante litem contesta-
10 tam, opponi debent. Quin & disceptari, probari &
decidi, *l. pen. & ult. C. hoc tit.* Excipitur dilatoria
solutionis, non defugiendi judicii, sed solutionis dif-
ferendæ gratia objecta, seu, ut vulgo loquuntur, non
ad impediendum processum, sed ad merita causæ op-
posita, cujus initio contestatæ probatio demum à reo
exigitur, postquam actor intentionem suam proba-
vit, quo refero *l. exceptionem 19. C. de probat. cum*
Gudelin. lib. 4. cap. 7. sect. 1. Sed & si quæ hujus ge-
neris demum post litem contestatam nata sit, veluti si
novæ causæ postea emerserint, ob quas judicem tan-
quam suspectum recusare liceat, non est ambigen-
dum, quin hujusmodi exceptio post cœptum judici-
um objici possit, *cap. 15. de off. deleg. Sichard. ad l. 13.*
Cod. de proc. n. 5. quanquam in privilegio fori su-
perveniente hoc locum non habet, *l. 7. de judic.* Item
juris esse interpp. nostri volunt, si exceptio gravamen
successivum, ut loquuntur, habet: cujusmodi est ex-
ceptio loci non tuti vel suspecti. *Mynf. 2. obs. 74. Gail.*
1. obs. 52. num. x. Sichard. d. loc. num. 6. Item si reus
exceptionem sibi competere in facto errans ignora-
11 verit, *cap. 4. hoc tit. Covar. pr. quæst. 26. num. 2.* Il-
lud certum est, exceptiones dilatorias, quæ adversus
inhumanam solidi petitionem comparatæ sunt, non
solum post litem contestatam ante sententiam objici
posse, sed etiam post rem judicatam in ipsa executio-
ne, *l. 15. l. 17. §. ult. sol. matr. l. item 18. l. Nesennius 41.*
§. ult. de re jud. Rationem reddunt, quia hoc ge-
nus exceptionis non impugnat sententiam, sed mo-
deratur vires judicati. Idem obtinet & in exceptio-
ne restitutionis, *l. divus 33. de re jud.* & in exceptio-
ne cedendarum actionum, *l. si fidej. 41. §. 1. de fidej.*
Item in exceptione non impleti contractus, veluti
pretii non soluti. De qua DD. in *l. 1. C. de jur. &*
fact. ign. Gail. 2. obs. 17. Zang. de exc. part. 3. cap. 28.
num. 88. Tantundem dixero, si exceptio judicium
retro reddat nullum, qualis est exceptio falsi procura-
toris, *l. licet 24. C. de proc.* si modo hæc vera exce-
ptio. Moribus multorum tribunalium nunc ita com- 12
paratum est, ut reus omnes exceptiones, quas habet,
simul & conjunctim initio litis proponere debeat,
peremptoriasque una cum dilatoriis. Quod vocant
procedere ad omnes fines. Cæterum protestari con-
suevit reus, se hac exceptionum cumulatione nihil
damni habiturum, sed ex illis sibi defensionem recte
atque ordine velle tribui. *Damhoud. prax. civ. cap.*
139. Imbert. inst. for. lib. 1. cap. 51. Mynf. 5. obs. 89.
Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 4. cap 1. Christin. vol. 4.
decis. 174. n. 15. Gudelin. lib. 4. c. 7. sect. 1. & cap. 8.
sect. 1. in fin. ubi etiam docet, quam rationem hoc
institutum habeat, nimirum ut cunctis rei defensio-
nibus initio allegatis, judex ex iis statum causæ eli-
ciat. Variatur enim status causæ, cum intentione
actoris probata exceptio postea opponitur. Et quid
opus est actorem longum tempus magnosque labo-
res & sumptus probandæ intentioni suæ impendisse,
si ea exceptio tandem objiciatur, quæ initio objecta
eum statim à lite retraxisset? Tres tamen sunt exce-
ptiones, quæ in tribunalibus nostris solæ & per se pro-
poni possunt, exceptio declinatoria fori, litis pen-
dentiæ, & litis finitæ, juncta *instruct. Cur. Holl. art.*
88. junct. art. 10. Ampliat. & art. 12. ord. Just.
Groenew. de ll. abrog. ad hunc tit. Inst.

TITULUS XIV.

De Replicationibus.

Replicatio quid sit.

VT exceptio actorem excludit, ita replicatio reum, *l. 2. §. 2. de exc.* estque nihil aliud replicatio, quam secunda actoris allegatio ad firmandam actionem suam adversus exceptionem à reo oppositam. Itaque & replicatio quædam exceptio est, sed quæ à parte actoris venit, *d. l. 2. §. 1.* unde à Paulo dicitur contra exceptio, quasi exceptionis exceptio, *l. exceptio 22. §. 1. eod.* quanquam proprie exceptio appellatur ea defensio, qua reus utitur ad excludendam actionem.

TEXTUS.

De replicatione.

Interdum evenit, ut exceptio, quæ prima facie justa videtur, tamen inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est, adjuvandi actoris gratia:

qua

quæ replicatio vocatur; quia per eam replicatur atque resolvitur jus exceptionis. Veluti cum pactus est aliquis cum debitore suo, ne ab eo pecuniam petat, deinde postea in contrarium pacti sunt, id est, ut creditori petere liceat: si creditor agat, & excipiat debitor, ut ita demum condemnetur, si non convenerit, ne eam pecuniam creditor petat, nocet ei exceptio: convenit enim ita. Namque nihilominus hoc verum manet, licet postea in contrarium pacti sint. Sed quia iniquum est, creditorem excludi, replicatio ei dabitur ex posteriore pacto convento.

NOTÆ.

QUAE PRIMA FACILE JUSTA] κατὰ τὸ ἀκριβὲς, secundum jus strictum: iniqua autem, si ex æquitate putetur.

ADJUVANDI ACTORIS GRATIA] Exceptio est subsidium rei, replicatio actoris, *l.7. l.10. C. de exc. L.2.§ 2.D eod.*

REPLICATIO VOCATUR] Quæ & ipsa quædam exceptio est, sed quæ à parte actoris venit, *d. l. 2. § 1.*

NOCET EI EXCEPTIO] Quia pactum prius per posterius non tollitur ipso jure, sicut stipulatio per stipulationem, si hoc actum est. Quia in stipulationibus jus continetur, in pactis factum versatur, *l. 27. §.2. de pact.* id est, quia pacto non liberamur nisi contestatione pacti: at per stipulationem novantem, per stipulationem Aquilianam & subsecutam acceptilationem etiam sine aliqua defensionis contestatione.

COMMENTARIUS.

1 *Explicatur l. si unus 27. §. 2. de pact. & conciliatur cum l. Stichum 95. §. naturalis 4. de solut.*

CUm exceptio in speciem justa, revera iniqua est, opus est alia defensione adjuvandi actoris gratia. Ut ecce, Creditor, qui decem mutuo dederat, pactus est cum debitore, ne ab eo peteret. Postea cum quereretur creditor, nullam fuisse causam debiti remittendi, obtinuit, ut nova conventio interponeretur, qua placeret, rursus ei petere licere. Hic si creditor agat, & excipiat debitor, obstabit agenti exceptio: nam prius pactum non tollitur per posterius ipso jure, sicut stipulatio per stipulationem, si hoc actum sit, puta si novandi animo posterior interposita sit, *l. si unus 27. §. 2. de pact.* Cæterum quia iniquum est, creditorem excludi, alia defensione adjuvatur ex posteriore pacto convento, quæ exceptioni opposita eam elidat, & nostris replicatio dicitur, propterea quod per eam replicatur & resolvitur jus exceptionis, *hoc text. l. 2. §. 1. & 2. eod.* Theophilus reddidit, *ἀναλύεται ἡ τῆς παραγραφῆς ἰσχύς. Vis exceptionis resolvitur.* Rhetores firmamentum appellant. Nam definitore Cicerone *in partit. Firmamentum est, quod ad labefactandam rationem* (ea nostris est *exceptio*) *refertur.* At enim, inquis, obligatio naturalis ipso jure per pactum tollitur, *l. Stichum 95. §. naturalis 4. de solut.* cui consequens videtur, quod pacti etiam hæc vis sit, ut ipso jure obligationem priorem reponat in pristinum statum, perinde ac si pactum prius interpositum non fuisset. Minime, inquam: nam cum non obstante priore pacto de non petendo obligatio & actio ipso jure adhuc competat, fieri nequit, ut exceptio debitori priore pacto quæsita posteriore pacto ita tollatur, ut ea agenti creditori in judicio opponi non possit. Atque hoc significat Jurisconsultus in *d. l. unus 27. §. 2. de pact.* cum ait, in pactis factum versari. Antea dixerat, in stipulationibus jus contineri. Ait, *in pactis factum versatur;* id est, ut ego interpretor, pacta quidem nobis prosunt ad liberationem, sed facto nostro, si quis initio litis pactum sit contestatus, ejusque pacti exceptionem in judicium deduxerit. Hæc enim contestatio & defensio cum in facto rei posita sit, recte dicitur, in pactis factum ad liberationem versari: eademque hic exceptionis & replicationis ratio. *In stipulationibus,* inquit, *Jus continetur:* id est, per stipulationem novantem, per Aquilianam eamque secutam acceptilationem, hoc assequimur, ut ipso jure liberemur, non facto aliquo nostro, id est, non defensionis contestatione, aut acceptilationis exceptione & objectione. Huc pertinet, quod idem Jurisconsultus in *l. qui servum 34. §. 1. de obl. & act.* scribit, eum, qui rem sibi commodatam surripuerit, teneri quidem & commodati actione & condictione, sed alteram actionem per alteram perimi aut ipso jure aut per exceptionem. Significat enim, cum quis ipso jure liberatus est, posse eum tuto negare se debere; & quamvis exceptionem in judicio non proponat, absolvi debere, si ex pristina actione solvisse se, quandoque, apud judicem doceat. Si vero per exceptionem actio tollatur, non debere reum negare se teneri: sed cum hoc confessus fuerit, ejus quod præcesserit, exceptionem opponere posse, per quam consequatur idem, ne teneatur. Hoc vero inquit facere est tutius; quia sc. dubitari possit, an eo modo prior actio sublata sit jure, *add. Cujac. & Ant. Fab. ad d. l. 27. §. 2. de pact. Don. ad l. 5. C. eod. Bachov. de pact. cap. de eff. pact. lib.*

Textus.

De duplicatione.

1. Rursus interdum evenit, ut replicatio, quæ prima facie justa est, inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est, adjuvandi rei gratia; quæ duplicatio vocatur.

De triplicatione.

2. Et si rursus ea prima facie justa videatur, sed propter aliquam causam actori inique noceat, rursus alia allegatione opus est, qua actor adjuvetur; quæ dicitur triplicatio.

De cœteris exceptionibus.

3. Quarum omnium exceptionum usum interdum ulterius, quam diximus, varietas negotiorum introducit, quas omnes apertius ex Digestorum latiore volumine facile est cognoscere.

Commentarius.

1 *Hodie ultra duplicationem non procedi nisi ex gravi causa: nec in statu juridiciali exceptionum aut replicationum usum esse.*

1 SI replicatio & ipsa prima fronte justa, revera autem iniqua sit, contra eam datur reo duplicatio: & rursus contra duplicationem actori triplicatio: & sic deinceps nomina multiplicantur, quoties vel actor vel reus objicit, allegationumque ultro citroque modus est infinitus, *l. 2. §. 3. hoc tit.* Verum hanc licentiam posteritas merito refrænandam putavit, ne modus allegationum nimium multiplicatus non tam explicet causam, quam implicet. Itaque hodie in bene constitutis Curiis placet, non procedi ultra duplicationem; nisi ex gravi causa judex aliter decernat, puta ob novi, & ad statum causæ pertinentis facti allegationem. *Vid. Ordin. Cam. Imp. p. 3. tit. 20. Imbert. 1. Inst. for. 36. Ampliat. Instr. Cur. Holland. art. 12. D. Tuld. in comm. ad hunc tit. c. 1. & 2.* ubi exemplo hanc rem illustrans ostendit, cur necesse non sit ultra duplicationem progredi. Concessa autem ex causa actori triplicatione, reo simul concessa intelligitur quadruplicatio, & ita deinceps. *Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 10. cap. 1.* In statu causæ juridiciali exceptionibus aut replicationibus non utimur: sed judex *appoincteert partyen te beschryven by memorien en advertissementen van rechten*, &c. In statu conjecturali *appoincteert acten te maecken, en daer van te dienen, indien geen productie van noode is; ofte in feyten contrarie, indien productie vereyscht wordt. Ende wordt in beyde geschreven by eysch, antwoordt, repliicq, dupliicq, by intervalle van tiidt, sonder meer. Merul. d. dist. 4. sect. 4. tit. 10. & seq.*

Textus.

Quæ exceptiones fidejussoribus prosunt vel non.

4. Exceptiones autem, quibus debitor defenditur, plerumque accommodari solent etiam fidejussoribus ejus: & recte: quia quod ab iis petitur, id ab ipso debitore peti videtur: quia mandati judicio redditurus est eis, quod ei pro eo solverint. Qua ratione & si de non petenda pecunia pactus quis cum eo fuerit, placuit, perinde succurrendum esse per exceptionem pacti conventi illis quoque, qui pro eo obligati sunt, ac si etiam cum ipsis pactus esset, ne ab eis pecunia peteretur. Sane quædam exceptiones non solent his accommodari. Ecce enim debitor, si bonis suis cesserit, & cum eo creditor experiatur, defenditur per exceptionem, si bonis cesserit. *Sed hæc exceptio fidejussoribus non datur: ideo scilicet, quia qui alios pro debitore obligat, hoc maxime prospicit, ut cum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab iis, quos pro eo obligavit, suum consequi.*

Commentarius.

1 *Quæ exceptiones ad alios transeant, aut non transeant.*

2 *Exceptio læsionis ex causa ætatis cujus generis.*

UTrum exceptio, quæ debitori competit, ad alios, puta hæredes, fidejussores, transeat, nec ne, ex genere 1

nere

nere exceptionis definiendum est. Nam quædam exceptiones in rem sunt, quædam in personam; sive, quod idem est, quædam causæ seu rei, quædam personæ cujusque cohærent. Rei cohærentes exceptiones, sunt, veluti rei judicatæ, doli mali, jurisjurandi, quod metus causa, pacti conventi in rem, Senatusconsultorum Vellejani & Macedoniani, &c. *l. 7. §. 1. hoc tit.* Personæ cohærent, exceptio pacti, quo nominatim convenit, ne à solo debitore peteretur, *l. nisi 22. de pact.* ne quis ultra quam facere potest, conveniatur, *d. l. 7. in pr.* item præscriptio moratoria, utpote beneficium Principis personale, *l. 1. §. 2. de const. Princ. l. privilegia 195. de reg. jur.* Primi generis exceptiones etiam successoribus & fidejussoribus, reliquisque accessionibus dantur, *d. l. 7. §. 1. l. omnes 19. hoc. tit. de except. l. si tibi 17. §. pactum 5. cum aliquot ll. seqq. de pact. l. ex persona 32. de fidejuss. l. 9. §. ult. l. si is 25. §. ult. de exc. rei jud. l. 7. cum seq. de jurejur. l. 9. §. pen. de sen. Mac. l. 16. §. 1. ad sen. Vellej. l. 8. C. de non num. pec. l. emptori 28. C. de evict.* Secundi generis personam debitoris non egrediuntur, *l. 12. & l. seq. sol. matr. l. etsi 24. cum seq. de re jud. l. nisi 22. l. idem 25. §. 1. de pact. cum similibus.*

Quia mandati judicio] Hæc ratio est, ob quam placet, exceptionem, quam reus habet, etiam fidejussori prodesse, nimirum quia alioqui nec ipsi reo profutura esset; quippe à quo fidejussor, quod solvit, judicio mandati repetere potest, *§. si quid sup. de fidejuss. l. mandati 14. C. eod.* Hinc quod à fidejussore petitur, τῇ δυνάμει à reo exigi, scribit Ulpian. *l. adversus 29. de recept. arb.* Quod si nulla sit mandati actio, puta si donandi animo fidejusserit, exceptio reo competens fidejussori non proderit, *l. quod. dictum 32. de pact. l. 9. §. pen. de sen. Mac.*

Si de non petenda pecunia] Nisi nominatim id actum, ne à solo debitore peteretur, non etiam à fidejussoribus: nam tale pactum, quia personale est, ad fidejussorem non pertinet, quemadmodum nec ad hæredem, *l. nisi 12. l. idem 25. §. 1. de pact.* Putarem tamen, hodie etiam tale pactum fidejussori prodesse debere propter beneficium ordinis novissimo jure fidejussoribus tributum, quod alioqui facile per collusionem reorum eis auferri posset. Hoc & D. Cujacius in *d. l. 22.*

Debitor si bonis suis cesserit] Debitor, qui creditori suo bonis cessit, si iterum conveniatur, tueri se potest exceptione cessionis bonorum; neque tenetur, nisi quid alicujus momenti postmodum acquisierit: quo tamen casu adhuc in solidum conventus exceptionem competentiæ habet, ne ultra quam facere possit, condemnetur, *l. 4. & pass. de cess. bon.* Hæc autem exceptio, uti & cæteræ omnes, quæ adversus solidi petitionem comparatæ sunt, personalis est, non causæ, sed personæ cohærens: & ideo ad alios non transit, *l. 7. pr. de except.* De quo plura *sub §. ult. de act.*

Qui alios pro debitore obligat] Cum fidejussor suam personam, tanquam magis idoneam, substituat pro persona debitoris principalis, merito arcetur ab iis defensionibus, quæ propriæ sunt personæ rei, & specialiter tribuuntur. Exceptio læsionis ex causa ætatis, quæ minori in integrum restituto datur, mixti generis esse videtur, & partim pro beneficio causæ habenda, quia etiam hæredibus minoris datur, etsi ipsi sint majores, *l. 6. de restit. in integ. l. minor 18. §. ult. de minor.* partim pro beneficio personæ, quia denegatur fidejussoribus ejus, *l. in causa 13. pr. eod. l. 7. in fin. de except. l. 1. l. 2. C. de fidei. min.* nisi forte salva sit creditori judicii in alium translatio, *l. minor 51. de procur. add. Myns. 4. obs. 18. Maurit. tract. de rest. in int. c. 13. Gomez. 2. resol. 14. n. 6. & 9.* Plane, si quis pro minore dolo adversarii circumvento intervenerit, ex hac causa quæ minori competit exceptio, ea pro beneficio causæ omni ex parte habetur, ut etiam prosit fidejussori. Nec mirum, cum etiam majoribus ex eadem causa eadem exceptio detur, *d. l. 7. §. 1. de except. l. ult. C. de fidej. min. Maurit. cap. 14. Odd. tract. de rest. in int. 1. quæst. 48. Duar. ad d. tit. C.*

TITULUS XV.

D. lib. 43. tit. 1. C. lib. 8. tit. 1.

De Interdictis.

Ratio ordinis, & summa tituli.

Ostquam de actionibus earumque ordine, progressu, & cum exceptionibus congressu dictum est, non inconvenienter subjicitur tractatio de interdictis; quippe quæ & ipsa actionum instar obtinent, & si vim eorum ac potestatem spectes, id est, quod iis consequi volumus, re ipsa actiones sunt: unde & actionis verbo contineri dicuntur, *l. actionis 37. de obl. & actionibus.* Denique & olim ex causa interdicti adversus non parentem actio dabatur, & postea ambagibus interdictorum sublatis placuit, ut recta & protinus actio possessoria proponeretur, *l. pen. & ult. C. hoc tit.* Unde & compositores titulum π. inscripserunt, *De interdictis sive extraordinariis actionibus, &c.* Docemur primum hoc titulo, quid sit interdictum, & quæ ratio nominis; deinde variæ traduntur divisiones, quæ genera, eorumque species ostendunt.

TEXTUS.
Continuatio & definitio.

Sequitur, ut dispiciamus de interdictis, seu actionibus, quæ pro his exercentur. Erant autem interdicta formæ atque conceptiones verborum, quibus prætor jubebat aliquid fieri, aut fieri prohibeat, quod tunc maxime fiebat, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contendebatur.

NOTÆ.

MAXIME CUM DE POSSESSIONE] Ait *maxime*, quia quædam interdicta proprietatis aut quasi proprietatis causam continent: vid. *l. 2. §. 2. h. t. l. 3. §. 11. cum seqq. de itin. act. priv.* Ideo autem de causa possessionis potissimum interdicta proposita, ut hujusmodi controversiæ, in quibus ut plurimum ultra jurgium proceditur, & manibus non temperatur, quam celerrime componerentur, *l. 13. §. 3. de usufr.*

QUASI POSSESSIONE] Rerum scil. incorporalium puta ususfructus & servitutum, quæ quasi possideri dicuntur, *l. 18. §. 1. de hær. pet. l. 23. §. 2. ex quib. ca. maj.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid sit interdictum juxta veterem formulam, & quid hodie: observatur error Theophili.*

2 *Quæ interdicta causam proprietatis aut quasi contineant.*

3 *Cur potissimum de possessione proposita.*

SEu *actionibus, quæ pro his exercentur*] Nam tempore Justiniani necesse non erat interdictum reddi & impetrari, sed loco interdictorum actiones recta introducebantur, ut docet § *ult. hujus tituli.*

Formæ atque conceptiones verborum] Interdicta certis verborum formulis constabant: id quod ex singulis fere titulis libri 43. ff. cuivis licet animad-
1 vertere. Itaque interdictum, si veterem formulam spectemus, sic recte definietur, Decretum Prætoris certis verbis conceptum, quo in causis possessionum vel quasi possessionum jubebat, aliquid fieri vetabat, prout id rei, de qua agebatur, conveniebat. Nam alias petitur, ut possessio restituatur, aut res exhibeatur: hic prætor restitui aut exhiberi jubebat. Alias qui tenet aut ea fruitur, petit, ne sibi tenenti aut fruenti vis fiat: hanc prætor fieri vetabat.

Aut jubebat aliquid fieri] Sine constitutione judicii. Nam prætor ad postulationem interdictum petentis adversario ad se vocato sine forma judicii interdictum reddebat, certa verborum formula jubens aut vetans aliquid fieri. Quod si interdicto paritum non esset, tum aut manu ministrorum decretum suum exequebatur, aut civilius ex causa interdicti actionem & judicium dabat, *l. 1. §. 2. si vent. nom. mul. l. 3. pr. ne vis fiat ei, qui in poss.* Totoque judicio fallitur Theophilus, interdictum definiens enuntiatum prætoris non decidens hypothesin, sed quomodo de ea judicandum sit, judicem informans. Postea placuit actionem sine isto circuitu recta proponi: ut hodie interdicta nihil aliud sint, quam actiones, quibus de possessione disceptatur.

Tunc maxime cum de possessione] Ait, *maxime*: quia quædã interdicta proprietatis aut quasi proprietatis causam continent; veluti de itinere actuque privato, de qua quotidiana & æstiva, de locis sacris & religiosis, *l. 2. §. 2. hoc t. l. 3. §. ait. 11. tum §§. seqq. de itin. actuque priv. l. 1. §. ult. de aq. cott. & æst.* quanquam hæc non ideo dicuntur causam proprietatis continere, quod non sint de possessione aut usu rei tuendo: sed quia cum sint de his rebus principaliter, per consequentiam adjunctam habent causam proprietatis, aut velut proprietatis, dum placet eum vincere in hoc usu, qui jus de cujus usu agitur, ad se pertinere ostenderit, *d. l. 3. §. hoc autem 13. Don. ad hunc tit. C. n. 6. Tuld. n. 2.* Et hoc est, quod dicitur in *d. l. 1. §. ult.* in hujusmodi interdictis totam quæstionem finiri, id est, & possessionis & proprietatis; cum illa, quæ sunt de sola possessione vel quasi possessione, tantum sint præparatoria, & ubi desierunt, incipiat secunda actio, *l. ult. C. quor. bon.* quæ & principalis dicitur in *l. nulli C. de judic.* Ideo autem de causa possessionis potissimum interdicta proposita fuisse videntur, ut hujusmodi controversiæ quam celerrimè imperio prætoris transigerentur, ne in pacata & libera civitate, dum unusquisque possessionem rei sibi asserere conatur, vis interim fiat: quod cum in causis proprietatis, ubi de possessore jam constat, non mutuatur, illarum cognitio sine periculo ad privatos judices delegari potest: quam etiam ob causam nunc ferè suprema tribunalia in prima instantia de causis possessionum cognoscunt, *Gail. 1. obs. 5. uti apud nos curia Provincialis art. 39. & seqq. instr. Cur. Holl.* aut supremus Senatus *art. 19. supr. senat.* Sed & pleraque interdicta de iis rebus competunt, quarum nulla proprietas est, sed usus tantum, quædam velut possessio privatorum; nempe de locis sacris, religiosis, publicis, hominibus liberis, *l. 1. pr. hoc tit.* & exponuntur singulis tit. seorsum.

Textus.

Divisio prima.

1. Summa autem divisio interdictorum hæc est, quod aut prohibitoria sunt, aut restitutoria, aut exhibitoria. Prohibitoria sunt quibus prætor vetat aliquid fieri; veluti vim sine vitio possidenti, vel mortuum inferenti, quo ei jus erat inferendi; vel in sacro loco ædificari, vel in flumine publico ripave ejus aliquid fieri, quo pejus navigetur. Restitutoria sunt, quibus restitui aliquid jubet: veluti bonorum possessori possessionem eorum, quæ quis pro hærede, aut pro possessore possidet ex ea hæreditate: aut cum jubet ei, qui vi de possessione dejectus sit, restitui possessionem. Exhibitoria sunt, per quæ jubet exhiberi; veluti eum, cujus de libertate agitur, aut libertum, cui patronus operas indicere velit; aut parenti liberos, qui in potestate ejus sunt. Sunt tamen qui putent, interdicta ea proprie vocari, quæ prohibitoria sunt, quia interdicere sit denuntiare & prohibere: restitutoria autem & exhibitoria proprie decreta vocari. Sed tamen obtinuit, omnia interdicta appellari; quia inter duos dicuntur.

Commentarius.

Divisio interdictorum, quæ hic proponitur, à forma ducitur, complectiturque genera omnia interdictorum, tam quæ de rebus divinis, aliisque commercio hominum exemptis, proposita sunt, quam quæ de rebus privatis. Ulpian. *l. 1. §. 1. hoc tit.* addit, quædam interdicta & mixta esse, quæ & prohibitoria sint & restitutoria. In quo genere est interdictum, ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit, *l. 3. §. 2. eo tit.* item interdictum de liberis exhibendis & ducendis, *l. 3. §. 1. illo tit. vid. Cujac. 4. obs. 11.*

Vetat aliquid fieri] Unde in formulis edictorum prohibitorum prætorem passim usurpare videmus verbum *veto*.

Vim sine vitio possidenti] Intelligit interdictum *Uti possidetis*: quod plenius explicabitur *§. retinendæ inf. eod.* *Sine vitio possidenti*, id est, nec vi, nec clam, nec precario possidenti ab adversario: nam alias etiam vitiosum possessorem interdictum tuetur, *l. 1. §. ult. uti possid.*

Mortuum inferenti] Significat interdictum de mortuo inferendo quod in aliorum ordinem sub *lib. 43. π.* non refertur: sed *tit. ult. lib. 11.* his verbis, *Quo quave illi mortuum inferre invito te jus est, quominus illi eo eave mortuum inferre & ibi sepelire liceat, vim fieri veto.*

In loco sacro ædificari] De quo in *l. 1. & passim, ne quid in loco sacro.*

In flumine publico] De quo sub *tit. de fluminib. & tit. ne quid in flum. publ.*

Restitutoria, quibus restitui] Qua de causa ita semper concepta sunt, ut verbum *restituas* addatur, *l. 1. quor. bon. l. 1. quod vi aut clam. l. 2. de precar.*

Bonorum possessori] Significat interdictum *quorum bonorum*, de quo copiosius explicabitur §. *proximo.*

Qui vi de possessione] Unde apparet, significari interdictum *unde vi* §. *inf.* cui explicando alius item locus infra destinatus est.

Exhibitoria, per quæ jubet exhiberi] Quapropter verbum *exhibeas* in his addi solet, *l. 1. de tab. exhib. l. 1. de hom. lib. exhib. l. 1. de lib. exhib.* Inter actionem ad exhibendum & interdicta exhibitoria hoc principaliter interest, quod hæc tantum ad causam possessionis pertinent, illa iis fere datur, qui de proprietate litigaturi sunt, *l. 1. ad exhib.* Quod vero nonnulli ajunt, actionem ad exhibendum competere de eo, quod privatim cujusque interest, interdicta autem hæc magis publicam causam spectare, id non esse perpetuum, ostendit interdictum de tabulis exhibendis.

De cujus libertate]. Significatur interdictum de homine libero exhibendo; quod tuendæ libertatis causa propositum est, ne videlicet homines liberi à quoque retineantur, *l. 1. de hom. lib. exhib.*

Cui patronus operas] Quam ad rem comparatum idem edictum *de hom. lib exhib.*

Aut parenti liberos]. Cujus rei causa propositum interdictum sub *tit. de lib. exhib.*

Propriè interdicta vocari, quæ prohibitoria] Atque hoc quoque mihi admodum verisimile videtur: nam interdicere omnibus Latine loquentibus idem est, quod vetare, prohibere: ut existimandum sit, ex productione & quasi abusione ejus verbi esse, quod

quod decreta quoque restitutoria & exhibitoria interdicta appellata sint.

Quia inter duos dicuntur] Hoc plane ineptum videtur. Proinde *Alciat. in l. pecunia. 178. de verb. sign.* pro his verbis, *inter duos dicuntur*, reponit *interim dicuntur*. Quæ allusio naturæ rei non malè convenit. Nam interdicta totam litem non perimunt, sed tantum possessorem interim dicunt, quoad quæstio principalis de proprietate, de qua adhuc cognoscendum est, terminetur, *l. 3. C. hoc tit. l. 3. in fin. C. ubi in rem act. l. 13. C. de rei vind.* Isidorus quoque & Anianus ad Paul. *lib. 5. sent.* interdictum definiunt sententiam interim dictam. *add. Covar. pract. quæst. 17.*

TEXTUS.

Divisio secunda.

2. *Sequens divisio interdictorum hæc est, quod quædam adipiscendæ possessionis causa comparata sunt, quædam retinendæ, quædam recuperandæ.*

NOTÆ.

2. SEQUENS DIVISIO] Ex Paulo *l. 2. §. ult. h. t.* Superior à forma, hæc à fine sumpta est; & ea duntaxat interdicta complectitur, quæ ad rem familiarem spectant, *d. l. 2. §. ult.*

QUAEDAM ADIPISCENDAE] Omnis de possessione rei privatæ contentio eo spectat, ut aut possessionem adipiscamur, aut adeptam retineamus aut amissam recuperemus. Auson. *Id. 11. interdictorum trinum genus: unde repulsus. Vi fuero, aut utrobi fuerit, quorumve bonorum.* Interdictum unde vi comparatum est recuperandæ possessionis causa: *utrobi* retinendæ, *quorum bonorum* adipiscendæ.

COMMENTARIUS.

Secunda hæc divisio non complectitur omnia interdicta, sed ea tantum, quæ ad rem familiarem pertinent, *l. 2. §. ult. h. t.* ac proinde tantum subdivisio quædam est, non secunda totius divisio. Est autem à fine sumpta: nam omnis de possessione rei privatæ controversia eo spectat, ut aut possessionem nunc primum adipiscamur, aut adeptam retineamus, aut amissam recuperemus.

TEXTUS.

De interdictis adipiscendæ.

3. *Adipiscendæ possessionis causa interdictum accommodatur bonorum possessori, quod appellatur,* Quorum bonorum: *ejusque vis & potestas hæc est, ut quod ex iis bonis quisque, quorum possessio alicui data est, pro hærede aut pro possessore possideat, id ei, cui bonorum possessio data est, restituere debeat. Pro hærede autem possidere videtur, qui putat se hæredem esse. Pro possessore is possidet, qui nullo jure rem hæreditariam, vel etiam totam hæreditatem, sciens ad se non pertinere possidet. Ideo autem adipiscendæ possessionis vocatur interdictum, quia ei tantum utile est, qui nunc primum conatur adipisci possessionem. Itaque si quis adeptus possessionem amiserit eam, hoc interdictum ei inutile est. Interdictum quoque Salvianum adipiscendæ possessionis causa comparatum est: eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.*

NOTÆ.

APPELLATUR QUORUM BONORUM] A primis verbis interdicti, ut pleraque alia.

PRO HAEREDE POSSIDERE, &c.] Vid. *l. 11. cum seqq. de hær. pet.*

PRIMUM CONATUR ADIPISCI POSSESSIONEM] Non enim petitur hoc interdicto, ut res restituantur, quæ aliquando ab hærede possessæ, sed quæ nunquam. Itaque sic restitutorium est, ut sit adipiscendæ possessionis, *d. l. 1. in fin. h. t.*

APPELLATUR SALVIANUM] *lib. 43. π. tit. ult. & 8. Cod. tit. 9.*

COMMENTARIUS.

1 *Quæ interdicta adipiscendæ possessionis causa comparata.*
2 *Quorum bonorum cui adversus quem competat: &, cui bono comparatum.*
3 *Quis hic dicatur pro hærede prove possessore possidere, tum cur bonorum possessori petitio hæreditatis non sufficere visa: & in quo illa cum hoc interdicto conveniat.*
4 *Quibus propositum remedium l. ult. C. de edict. D. Hadr. toll.*

5 Cui

5 *Cui adversus quos interdictum Salvianum detur.*

6 *Interdicto huic affine remedium actio Serviana: & cur interdicto experiri utilius.*

1 ADipiscendæ possessionis interdicta dicuntur, quæ comparata sunt ad possessionem, quam antea non habuimus, nunc primum acquirendam: cujus generis duo hic proponuntur & explicantur; interdictum Quorum bonorum, & Salvianum. In eodem genere sunt & interdicta. Quod legatorum; ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est, de tabulis exhibendis; & de glande legenda: quæ extant & explicantur in π.

Accommodatur bonorum possessori] Competit hoc interdictum ei, cui ex edicto prætoris bonorum
2 possessio data est, *l. 1. quor. bon.* uno verbo, hæredi prætorio. Obtinuit tamen, ut etiam iis utique utile detur, qui jure civili hæredes facti sunt, per *l. 1. C. quor. bon. Gloss. comm.* approbata ad *rubr. C. eod. Schneid. hic n.* 13. *Ant. Fab. C. suo eod. tit. defin. un.* Quanquam hoc displicet Baroni hic. Don. *ad d. tit. C. n. 3. Cujac. in par. C. eod.* Sed quid opus est, inquis, hoc interdicto ad novam possessionem adipiscendam, si jam bonorum possessio alicui à prætore data est? Eo opus est, quod bonorum illa possessio, quam prætor tribuit, non corporis, sed juris est; hoc est, prætor dando bonorum possessionem, tribuit tantum jus persequendi & retinendi patrimonii defuncti: corporum autem possessionem aut detentionem non tribuit, *l. 3. de bon. poss.* Hæc igitur adhuc restat, atque hoc interdicto petitur, *l. ult. C. quor. bon.*

Ut quod ex bonis] Competit hoc interdictum de iis bonis; quæ in hæreditate defuncti, cum moreretur, fuerunt; atque etiam de iis, quæ ex his bonis usucapta sunt: id enim significant verba interdicti, *possideresve, si nihil usucaptum esset, l. 1. quor. bon.*

Pro hærede aut possessore] Datur hoc interdictum adversus duo genera possessorum: primum adversus eum, qui pro hærede prove possessore possidet; quod etiam hic expressum est: deinde adversus eum, qui dolo malo fecit, quominus pro hærede prove possessore possideret: quod nominatim adjectum est in *l. 2. C. quor. bon.* & comprehensum illis verbis interdicti, *Quodque dolo malo fecisti, uti desineres possidere, d. l. 1. eod.* Estque hoc omnibus regulis juris consentaneum, *l. parem, l. qui dolo, cum simil. de reg. jur.* Hinc autem intelligimus, eum qui titulo singulari possidet, puta pro emptore, pro donato, hoc interdicto non teneri, sicut nec petitione hæreditatis, *l. 7. C. de pet. hær. l. 4. C. in quib. ca. cess. long. temp. præscr.* Esset enim iniquum, eum quem dominum esse non constat, sed qui tantum se hæredem esse dicit, rem auferre ei, qui pro domino bona fide & justo titulo possidet. Ajo, justo titulo: nam titulus injustus aut jure invalidus possessorem non tuetur, quominus aut interdicto cum eo agi, aut hæreditas ab eo peti possit, *arg. l. nec ullam. 13. §. 1. de hær. petit. Covar. pract. quæst. cap. 12. Cacheran. decis. 56.*

Restituere debeat] Restituendi verbum propriè refertur ad ea, quæ à nobis profecta restituuntur. Sed interdum de his accipitur, quæ nunc primum nobis præstantur: quod fit in hoc interdicto. Non enim petit hæres eas res sibi restitui, quas aliquando possedit, sed quas nunquam. Itaque sic restitutorium est, ut tamen sit adipiscendæ possessionis, *l. 1. in fin. quor. bon.*

Pro hærede] Is dicitur hoc loco pro hærede possidere, qui se hæredem dicit, cum non sit, sive sciat 3
se hæredem non esse, sive se esse putet. Pro possessore autem, qui nullam causam possidenti aliam habet, quam quod possidet; unde & nomen natum, *l. 11. cum seqq. de hær. pet.* Putaverit aliquis, hoc interdictum inutile esse & otiosum, propterea quod hæredibus & bonorum possessoribus aliud remedium plenius & efficacius competit, petitio scilicet hæreditatis; quippe qua non tantum corporum possessores, ut interdicto *l. 2. quor. bon.* sed etiam possessores juris & debitores hæreditarii tenentur, si se hæredes esse contendat, *l. 9. l. 13. in fin. l. si debitor 42. & ibi Bart. de hær. pet.* Sed neque majora onera esse videntur in judicio petitorio, quam in interdicto: nam & qui interdicto experitur, probare debet se hæredem esse, *l. 1. C. quor. bon.* Resp. eadem inter hæc remedia differentia est, quæ inter cætera judicia possessoria & petitoria: nimirum interdictum hoc, utpote remedium possessorium, non habet longas litis moras, sed brevis in eo est & expedita via ad possessionem adipiscendam. In petitione autem hæreditatis plena de omnibus inquisitio & efficacior probatio requiritur, *d. l. 1. junct. l. judices C. de jud. add. Afflict. decis. 14. Menoch. de adip. poss. rem. 1. n. 97. & seq. Ant. Fab. C. suo, tit. quor. bon. defin. unic.* Plane in eo hæc judicia conveniunt, quod utrumque ad universitatem pertinet, non ad res singulas, *l. 1. in pr. de rei vind. l. 1. §. 1. quor. bon.* idque duplici respectu dicitur. 1. ratione intentionis actoris, quod universa bona ad se pertinere dicit. 2. ratione tituli, quo reus possidet: neutro enim judicio alius tenetur, quam qui pro hærede vel pro possessore possidet. Cui non obstat, quod dicitur petitione hæreditatis teneri etiam, qui rem unam hæreditariam, licet minimam, possidet, *l. 9. & seq. de hær. pet.* nam qui vel unam rem hæreditariam pro hærede possidet, is totam hæreditatem & universi juris successionem sibi asserit. Consule *Cacheran. decis. 74.* Est & aliud re- 4

medium possessorium hæredibus propositum, sed scriptis tantum, constitutione Justiniani, *l. ult. C. de edict. D. Hadr. toll.* quo ille, qui testamentum profert, non laborans conspicuo aliquo vitio, quale est cancellatio, item defectus testium, signorum, subscriptionis, auctoritate magistratus mittitur in possessionem rerum hæreditariarum, dilata tantisper inquisitione super vitiis occultioribus, puta falsitatis, injustæ exhæredationis aut præteritionis. Succedenti autem ab intestato hoc remedium non datur: sed nec hæredi instituto testamento nuncupativo, nisi illud in scripturam, ut fieri assolet apud nos, redactum sit, aut petente hærede nuncupato publicatum: de quo *Vigl. in præl. d. l. ult. Sichard. ibid. n. 4. & 5. Menoch. de adip. possess. rem. 4. num.* 648. & 726. *Ant. Fab. Cod. suo ad eundem titul. defin. 3. & 4. Christin. Vol. 4. decis.* 30.

5 *Interdictum quod Salvianum*] Salvianum quoque interdictum adipiscendæ possessionis causa comparatum est. Ait Justinianus, hoc interdictum dari domino fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori obligavit. Existimare autem licet, interdictum hoc nominatim conceptum fuisse non tantum de rebus coloni pro mercede locationis obligatis, sed etiam in ipsum colonum solum, ad hunc modum; *Quod tu illi pro mercede fundi oppignerasti, qua de re agitur, id illi restituas.* Unde adversus extraneum possessorem, licet titulum & causam à colono habentem, non nisi utile interdictum ex productione redditur, *l. 1. in pr. de interd. Salv.* Porro ex communi interpp. sententia latius hoc interdictum extenditur, & utiliter accommodatur cuilibet creditori, non modo adversus debitorem, qui oppigneravit, per *l. 1. C. de prec. & interd. Salv.* sed etiam contra quemlibet tertium ejus rei possessorem; quanquam adversus hunc probationem desiderant, nimirum non solum rem obligatam esse, sed etiam in bonis debitoris, cum obligaretur, fuisse. *Ang. Jas. & alii in §. Serviana sup. de act. VVesemb. par. de Salv. interd. n. 2. Schneid. hic n. 7. Fach. 8. controv.* 92. & plerique etiam censent, prius excutiendum esse principalem debitorem, quam adversus extraneum possessorem interdictum intentetur, *arg. Nov. 4. cap. 2. Fachin. ubi sup. c. 93. D. Tulden. ad d. tit. C. num. 2.* Divortium à communi sententia facit D. Ant. Merenda *5. cont. 37. & seq.*

6 Affine huic interdicto remedium est actio Serviana; quæ & ipsa primum locatori de rebus coloni pro pensione fundi obligatis proposita fuit, & postmodum ad alias causas & species pignoris per interpretationem producta, *d. §. Serviana.* Sed inter hæc remedia eadem quoque differentia est, cujus ante memini. Utilius est experiri interdicto, quam actione Serviana. Nam interdicto, in quo de possessione momentaria tantum agitur, ad adipiscendam possessionem sufficit probare, rem, de qua agitur, pignori obligatam fuisse: at in actione Serviana, quæ judicii petitorii est, hoc amplius probare creditor, contra tertium possessorem agens, debet, rem, quam persequitur, in bonis debitoris fuisse, cum de pignore convenit, *l. & quæ. 11. §. 1. de pign. l. ante omnia. 23. de probat.* quod fusius à me explicatum sub *d. §. Serviana. VVesemb. d. loc. Menoch. de adip. poss. rem. 3. n. 8. & seqq.*

TEXTUS.

De interdictis retinendæ.

4. *Retinendæ possessionis causa comparata sunt interdicta,* uti possidetis *&* utrubi: *cum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia sit, & ante quæratur, uter ex litigatoribus possideat, & uter petere debeat. Namque nisi ante exploratum fuerit, utrius eorum possessio sit, non potest petitoria actio institui: quia & civilis & naturalis ratio facit, ut alius possideat, & alius à possidente petat. Et quia longè commodius est & potius, possidere, quam petere; ideo plerumque, & ferè semper ingens existit contentio de ipsa possessione. Commodum autem possidenti in eo est, quod etiamsi ejus res non sit, qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet in suo loco possessio: propter quam causam, cum obscura sunt utriusque jura, contra petitorem judicari solet. Sed interdicto quidem* uti possidetis *de fundi vel ædium possessione contenditur:* Utrubi *vero interdicto de rerum mobilium possessione. Quorum vis ac potestas plurimam inter se differentiam apud veteres habebat, nam* uti possidetis *interdicto is vincebat, qui interdicti tempore possidebat; si modo nec vi, nec clam, nec precario nactus fuerat ab adversario possessionem: etiamsi alium*

vi expulerat, aut clam arripuerat alienam possessionem, aut precario rogaverat aliquem, ut sibi possidere liceret. Utrubi *vero interdicto is vincebat, qui majore parte anni nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possidebat. Hodie tamen aliter observatur. Nam utriusque interdicti potestas (quantum ad possessionem pertinet) exaequata est, ut ille vincat & in re soli, & in re mobili, qui possessionem nec vi, nec clam, nec precario ab adversario, litis contestatae tempore, detinet.*

NOTÆ.

AB ADVERSARIO] Si vero alter non ab altero, sed ab extraneo possideat, licet vi, clam, aut precario, nihilominus praetor possessorem tuetur, *l. 1. §. ult. & l. seq. eod.* & hoc est, quod dicitur, etiam vitiosam possessionem adversus extraneos prodesse solere, *l. ult. de acq. poss.*

MAJORE PARTE ANNI] *l. un. utrubi,* retrorsum numerati. Paul. 5. *sent.* 6 εἰς τοὐπίσω ἀνακλωμένου. Th. Majore autem parte anni possedisse, quis intelligitur, etiamsi duobus mensibus possederit: si modo adversarius ejus aut paucioribus diebus, aut nullis possederit, *l. 156. de verb. sign.*

UTRIUSQUE INTERDICTI POTESTAS EXAEQUATA] *d. l. un. §. 1. utrubi,* quem locum apparet à Compositoribus interpolatum esse.

COMMENTARIUS.

1 *Actionem in rem institui non posse, nisi certus sit possessor: & quare.*

2 *Qui fieri possit, ut duo de possessione retinenda litigent, cum duo in solidum eandem rem possidere nequeant.*

3 *An qui vindicare rem instituit, interdicto adhuc agere possit; & de judicii possessorii cum petitorio cumulatione.*

4 *Vetus differentia inter interdicta uti possidetis & utrubi: ejus differentiae sublatio, tum quid hic jus Canonum, & mores hodierni.*

RETinendae possessionis gratia ea interdicta comparata dicuntur, per quae eam possessionem, quam jam habemus, retinere volumus. Cujus generis interdicta sunt *ut possidetis* & *utrubi.* Prius est de rebus soli, posterius de rebus mobilibus, *l. 1. uti poss. l. un. de utrubi.* Utriusque causa olim nonnihil dissimilis: nunc & causa & vis eadem, ut si à rebus discesseris, quarum nomine haec interdicta competunt, unum atque idem videri possit; ut declaratur in calce hujus §.

De proprietate alicujus rei] Haec interdicta locum habent, cum de proprietate inter aliquos lis est, & quaeritur, uter ex litigatoribus possideat, uter petere debeat, *l. 1. §. 3. uti poss.* ubi Ulp. ait, si inter litigatores contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat, tum ad haec interdicta remittendos esse.

Nisi exploratum fuerit, utrius possessio sit] actio 1
in rem institui non potest, nisi certus sit possessor, *l. ordinarii 23. C. de rei vindic.* Nam, ut alibi demonstravimus, ad fundandam actionem in rem duo extrema ponenda sunt, à parte actoris dominium, à parte rei conventi possessio. Quamdiu igitur incertum est, quis possideat, & commodo possessionis frui debeat, judicio petitorio de proprietate locus esse non potest, *l. inter 62. de jud.* Ubi Ulp. scribit, inter litigantes de proprietate non aliter litem expediri posse, quam si alter petitor, alter possessor sit: esse enim debere, qui onera petitoris sustineat, & qui commodo
possessoris fungatur. Sed qui fieri potest ut duo de 2
retinenda possessione litigent, cum duo in solidum eandem rem possidere non possunt? *leg. 3. §. ex contrario. 5. de acq. poss.* Nimirum accidere potest, ut duo in speciem videantur possidere, cum tamen revera unus tantum possideat. Varii enim sunt actus possessorii, & ex quibusdam eorum usurpatis plures sibi possessionem asserere possunt; ut proinde de qualitate hujusmodi actuum sit cognoscendum, explorandumque, cujus causa potior sit. Alii respondent, absurdum non esse, ut etiam duo dicantur eandem rem simul possidere, diverso tamen genere possessionis, puta alter naturaliter, alter civiliter; aut alter justè, alter injustè, *l. 6. §. 1. uti possid.* Quae & sententia Sabini fuit, *d. l. 3. §. 5. de acq. poss.* cujus vestigia cernimus in *l. 3. pr. uti poss. l. & habet. 15. §. eum qui. 4. de precar. Cujac. 5. obs. 22.*

Commodum possidendi in eo est] Possessoris multo melior, quam petitoris conditio est: nam possessor non cogitur probare rem ad se pertinere, sed petitori incumbit necessitas probandi, rem suam esse, atque in ea probatione cessante petitore res apud possessorem remanet, licet ipse nihil probaverit, *l. 2. C. de prob. l. ult. C. de rei vind. l. 4. C. de edend. facit l. 128. de reg. jur.* Quam ob causam ei, qui destinavit rem petere, hoc consilium dat Jurisconsultus, in *l. is qui 24. de rei vind.* ut videat, num aliquo interdicto nancisci possit possessionem, atque ita onus probationis in
adversarium derivare. Quid ergo, si quis non ob- 3

servato hoc consilio Jurisconsulti rem vindicare instituerit, an ob id interdicto agere non poterit? Prima fronte videtur dicendum, non posse, quasi consilium Jurisconsulti contempserit, & renuntiaverit possessioni. Contraria tamen sententia placuit: quoniam potius ex ignorantia & justo errore id factum præsumendum est, quam animo renuntiandi possessioni aut interdicto, *l. 12. §. 1. de acq. poss.* Similiter qui rem vindicare cœpit, non censetur renuntiasse interdicto *unde vi. l. cum fundum. 18. §. 1. de vi & de vi arm.* ubi expressè traditur, pendente judicio petitorio posse nihilominus interdicto agi: non sane ut utrumque simul cumuletur, & una sententia terminetur, ut falso multi existimaverunt, decepti *d. l. 12. §. 1. & d. l. 18. §. 1.* sed ut interim dum de possessione cognoscitur, suspendatur & differatur judicium petitorium, *l. ordinarii C. de rei vind. l. 1. C. de appell. l. 3. C. hoc tit.* quæ verissima præd. ll. sententia est, Joanni & Azoni jam olim probata, à quibus malè major pars secessionem fecit. Et quamvis Bartolus in *d. l. 12. §. 1.* aliique citati *à Menoch. retin. poss. rem. 3. n. 511. cum seqq. & Nic. Tuld. in annot. ad prax. civil. Damhouderi c. 45. lit. B. cum Martino Glossatore,* excipiant interdictum *uti possidetis*, quod & ipsi propter contrarietatem cum judicio petitorio cumulari posse negant; plures tamen Petrum secuti contendunt, omne possessorium cum petitorio concurrere posse, *vid. Menoch. de rem. n. 539. & seqq. Nic. Tulden. d. loc. Fachin. 8. contr. 6. Diod. Tuld. comm. hic. c. 3. & 4. Christin. vol. 4. decis. 130. n. 3. & seqq. convenit c. cum dilectus x. de caus. poss. & propr.* & hanc sententiam usu receptam tradit Christin. *d. loc.* quanquam non in omnibus tribunalibus, *vid. Papon. lib. 8. tit. 12. arrest. 4. Charond. 4. resp. 28.* Nos hanc quæstionem plenissimè excussimus *lib. 2. select. quæst. c. 39.*

4 *Quorum vis ac potestas plurimam differentiam*] Nam alia conditione proponebatur interdictum *uti possidetis* ei, qui rem soli possideret; alia *utrubi* ei, qui possideret rem mobilem. *Uti possidetis* ad præsens tempus referebatur, *l. 1. §. 2. hoc. tit.* id est, interdicti redditi, hoc modo; *Uti eas ædes, quibus de agitur, possidetis &c. l. 1. in pr. uti possid.* & videtur huic interdicto adjecta fuisse particula *nunc. Uti nunc possidetis eas ædes, &c. l. 3. §. Labeo. l. 6. eod.* ad quem modum etiam formulam edicti conceptam apud Ælium Gallum Festus prodidit in verb. *possessio. Uti nunc possidetis cum fundum, quo de agitur, &c. Utrubi* vero in præteritum referebatur; *Utrubi hic homo, quo de agitur, majore parte hujusce anni fuit, &c.* His jam consequens erat, ut interdicto *Uti possidetis* is vinceret, qui interdicti tempore possidebat; *Utrubi* is, qui majore parte anni possederat; quod explicatur in *l. majore. 156. de verb. sign. add. Paul. 5. sent. 6.*

Nec vi, nec clam, nec precario ab adversario] *L. 1. & passim uti possid. l. 1. C. eod.* His autem verbis excluditur vitiosa possessio, non quævis, sed quæ vitiosè, id est, vel vi, vel clam, vel precario ab adversario obtinetur: nam si alter non ab altero, sed ab extraneo possideat, licet vi, aut clam, aut precario, nihilominus prætor possessorem tuetur, *l. 1. §. ult. & l. seq. eod.* Et hoc est, quod dicitur in *l. ult. de acq. pos.* etiam vitiosam possessionem adversus extraneos prodesse solere.

Utriusque interdicti potestas exequata est] Justiniani tempore utriusque interdicti eadem vis ac potestas erat, ut is utroque vinceret, id est, ei possessio interim adjudicaretur, qui tempore litis contestatæ sine vitio ab adversario possidebat, ut hic declarant Compositores, à quibus probabile est interpolatum esse responsum Ulpiani in *l. un. §. 1. de utrubi.* Jure autem Canonico aliud observatur: nam hoc jure ad victoriam in his interdictis obtinendam non sufficit possidere tempore litis contestatæ: sed is obtinet, eique adjudicatur possessio, qui antiquiorem possessionem probaverit, tanquam qui justiorem possessionis causam habeat, *cap. licet x. de probat.* Eoque jure nunc ferè utimur, ut post alios testantur *Damhoud. prax. civ. 34. Menoch. de retin. poss. rem. 3. n. 714. & seqq. Wesemb. par. uti poss. n. 5.* & eleganter in *not. ad Schneid. in §. pen. h. t. D. Tulden. comm. hic cap. 3.* Quod si æquè obscura sint utriusque litigatoris jura, ut judici non appareat, uter possideat, possessio sequestrari solet. *Schneid. ad d. §. pen. n. 6. & ibi Wesemb. in not. Ant. Fab. Cod. sui lib. 8. tit. 3. defin. 1.* Solent autem hodie partes hoc interdicto, quod pragmatici *maintenue* seu manutenentiam vocant, contendentes, petere, ut interim dum de principali lite possessionis cognoscitur, sibi *recredentia* adjudicetur, id est, momentanea aut fiduciaria possessio. *Covar. pr. q. 17. Aufrer. in styl. Parlam. tit. de caus. novit. Masuer. in pract. tit. de possess. Ant. Fab. Cod. sui lib. 8. tit. 4. defin. 1. Formulam conclusionis habes apud Merulam lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 1. cap. 2. num. 7.* In multis locis duplici possessorio retinendæ utuntur: quorum alterum plenarium vocant, quoniam plena in eo super possessione cognitio adhibetur; alterum summarium, & summarissimum, quia in hoc tantum summatim judex cognoscit, uter possideat, quo tempore lis movetur, *vid. Gail. 1. observ. 5. & 2. seqq. Menoch. retin. poss. rem. ultim. Fachin. 8. controvers. 15. Christin. vol. 4. decis. 142. n. 7. & seqq.*

TEXTUS.

TEXTUS.
De retinenda & acquirenda possessione.

5. Possidere autem videtur quisque, non solum si ipse possideat, sed & si ejus nomine aliquis in possessione sit, licet is ejus juri subjectus non sit: qualis est colonus & inquilinus. Per eos quoque, apud quos deposuerit quis, aut quibus commodaverit, ipse possidere videtur. Et hoc est, quod dicitur, retinere possessionem posse aliquē per quemlibet, qui ejus nomine sit in possessione. Quinetiam animo quoque solo retineri possessionem placet: id est, ut quamvis neque ipse sit in possessione, neque ejus nomine alius; tamen si non relinquendæ possessionis animo, sed postea reversurus inde decesserit, retinere possessionem videatur. Adipisci vero possessionem per quos aliquis potest, secundo libro exposuimus. Nec ulla dubitatio est, quin animo solo adipisci possessionem nemo possit.

NOTA.

DEPOSUERIT AUT COMMODAVERIT] Item per procuratorem, hospitem, amicum, *l.3.§.12.l.9. & seq. l.30. §.6. & seqq. d.tit.* per fructuarium, *l.6. §.2.de prec.* sed hic propter jus, quod in re habet, in interdictis *uti possidetis*, & *unde vi* pro possessore habetur, *l.ult.uti poss.l.3. §.13. & seq. de vi & de vi arm.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid propriè sit possidere: & cur etiam fructuario interdicta retinendæ possessionis accommodentur.*
2 *Vetus controversia circa retentionem & amissionem possessionis: quæ à Justiniano sublata.*
3 *Etiam solo animo possessionem retineri: & quamdiu.*
4 *Indicatur & refutatur insignis DD. error.*
5 *Dejectum non posse interdicto retinendæ agere: qui agit, quid probare debeat.*
6 *Ad possessionem acquirendam opus esse & animo acquirendi, & simul actu aliquo corporali.*
7 *Amitti possessionem etiam nobis invitis, idque plurifariam.*
8 *Volentibus nobis amitti etiam solo animo.*

QUoniam superiora interdicta solum tuentur possessorem, nec magis ei competunt, qui possessionem semel quæsitam amisit, quam ei, qui nunquam possedit, ideo Justinianus hoc loco obiter ostendere voluit, quis intelligatur possidere, quomodo possessio acquiratur, acquisita quomodo retineatur.

Non solum si ipse possideat, sed & si ejus nomine] 1 Possidere auctore Theoph. *§. propen. sup. per quas pers. cuiq. aq.* est, animo & affectu dominantis, ψυχῇ δεσπόζοντος, rem tenere. Itaque qui alieno nomine in possessione sunt, huc non pertinent, veluti conductor, commodatarius, depositarius, procurator, amicus, hospes, *l. 3. §. 12. l. 9. & seq. l. qui universas 30. §. quod per colonum, & seqq. de acq. poss. l. 6. §. 2. de precar.* Atque ex eo intelligimus, si hi controversiam possessionis patiantur, interdicto, ad retinendam possessionem experiri non posse, *l. 3. §. creditores 8. uti possid.* vid. tamen *Menoch. retin. poss. rem. ult. Joan. à Sande lib. 5. tit. 4. defin. 2.* Fructuarius quoque non magis possidet, quam superiores, *§. idem placet, sup. per quas pers. cuiq. acq. d. l. 6. §. de precar.* Placuit tamen, inter fructuarios interdictum *uti possidetis* reddendum, itemque inter fructuarium, eumque, qui sibi usum defendat, *l. ult. uti possid.* Sed non est novum, ut fructuario propter jus, quod in re habet, plus tribuatur, quam aliis, qui possessores non sunt, etsi rem similiter tenent. Nam & fructuario vi dejecto datur interdictum unde vi, *l. 3. §. unde vi 13. & seq. de vi & de vi arm.* quod argumentum est, eum, licet non possideat, tamen pro possessore in his interdictis haberi, quamdiu ususfructus perseverat. *Cujac. 9. obs. 33. Don. ad l. un. C. uti poss. n. 5. Joan. à Sande d. defin. 2.* In summa vero, possessionis parum interest, utrum quis juste, an injuste possideat, *l. 3. §. ex contrario 6. de acq. poss.* nam & possessori injusto interdicta retinendæ possessionis dantur, modo ne injuste possideat ab adversario, *l. 1. §. ult. & l. seq. uti possid.*

In possessione sit] Recte *in possessione*. Nam aliud longe est possidere, aliud in possessione esse, *l. 10. §. 1. de acq. poss.* sicut aliud est servire, aliud in servitute esse, *§. ult. sup. de ingen.* Is possidet, cujus nomine possidetur: qui autem in possessione sunt, alienæ possessioni præstant ministerium, *l. quod meo 18. pr. de acq. poss.*

Retinere possessionem posse aliquem per quemlibet] Per eos, qui nostro nomine in possessione sunt, puta per servum, colonum, inquilinum, procuratorem, &c. possessio nobis retineri potest. Sed nec illis vita decedentibus possessio amittitur: inque eo veteres
2 omnes consentiunt. Hoc amplius Proculus putabat, etiamsi sponte è possessione discessissent, videlicet animo eam derelinquendi, nihilominus possessionem à nobis retineri, *l. cum quis 31. de dol. mal.* Sabinus contra, spontanea illa discessione interpellari. Sabini sententiam secutus est Africanus *l. si de eo 40. §. 1. de acq. poss.* sententiam Proculi Paulus *l. 3. §. si quis 8. eod.* Cæterum si alii possessionem tradiderint, possessionem amitti etiam Paulus concedit, *d. l. 3. §. sed et si 9.* quod & apud Julianum relatum est, *l. non solum 33. §. qui pignori, de usuc.* Papinianus hoc amplius, discessu eorum possessionem amitti, si alius eam ingressus fuerit, *l. peregre 44. §. ult. de acq. poss.* Hanc autem veterum controversiam sustulit Justinianus *l. ult. C. eod.* ubi generaliter constituit, ut sive dereliquerint possessionem & alius eam occupaverit, sive possessionem alii prodiderint, nihil penitus ex ea re præjudicii dominis generetur. Et quanquam recentiores nonnulli, ut *Cujac. par. Cod. eod. Don. 5. comm. 12. Ant. Fab. dec. 4. err. 2. & seqq.* existimant, constitutionem illam non pertinere ad casum, quo in possessione relictus alii eam tradit, quorum sententiam aliquando in judicando secuta est Curia provincialis Frisiæ, teste *D. Joan. à Sande lib. 5. tit. 4. defin. 1.* verius tamen esse, quod his constitutionis verbis, *vel alii prodiderit*, tradens æque ac deserens comprehendatur, evincit ratio, quæ mox subjicitur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat. Quomodo & vulgo interpretes, quos laudat & sequitur Menoch. *rec. poss. rem. 14. n. 17. & seqq.* Eleganter D. Joan. Deckher. *lib. 1. diss. 3. n. 25.* Illud constat, possessionem amitti, si in possessione relicti vi dejecti fuerint, *l. 1. §. quod servus 22. unde vi.*

3 *Animo solo retineri possessionem*] Etiam solo animo retineri possessio potest, *l. 4. C. de acq. poss.* Itaque licet corpore quis è fundo exierit, quamdiu animus amittendæ possessionis abest, possessio rebus integris retinetur, *l. 3. sed & si 7. & seqq. l. 6. in fin. eod.* quamvis neque servum, neque colonum, &c. in fundo reliquerit, *l. peregre. 44. §. ult. eod.* idque ex jure possessio mutuata est, ut pleraque alia, *l. possessio 49. eod.* & utilitatis causa receptum, ne testudinis more perpetuo domi nos continere, aut possessionem amittere cogamur. Enimvero quod dicitur, animo solo possessionem retineri, id ita temperandum est, si facultas nobis relicta sit, eam, cum velimus, iterum corpore apprehendendi: ea autem facultate sublata etiam
4 inviti possidere desinimus, *d. l. 3. §. Nerva 13.* Hic autem locus occasionem Doctoribus præbuit, ut eum, qui discessit, civilem tantum possessionem retinere, non autem naturalem, existimaverint, sed hanc demum iterum ingresso acquiri. Falso, ut mihi videtur. Nam hoc proposito, necessario sequitur, eum qui è fundo egreditur, priorem possessionem non retinere, sed ea amissa novam acquirere, & mox regressum hac iterum amissa recuperare priorem. Quod sane à ratione nimis alienum est. Neque possessio, quæ corpore tenetur, & ea, quæ animo, sunt duæ diversæ species possessionum, sed una & eadem possessio: unde & in proposito nunquam nova acquiri dicitur, sed prior retineri. Tantum modus tenendi & possidendi diversus est, alius jure, alius corpore consistens, *l. nemo 10. C. de acq. poss.* Illud à vero abest 5
quam longissime, quod quidam asserunt, civilem, quam vocant, possessionem retineri, ejusque beneficio interdictum *uti possidetis* competere, etiamsi ab alio possessio vi occupata sit. *Covar. pract. q. 17. n. 5.* & alii citati apud *Christ. Vol. 4. decis. 142. n. 4.* Nam possessio plane amissa intelligitur, quæ nobis dejectis aut repulsis vi ab alio occupata est, *l. 6. §. 1 l. 25. §. ult. de acq. poss.* Neque hic animus ad retinendam possessionem sufficit: quoniam, ut maxime velimus, eam repetere non possumus, *d. l. 3. §. Nerva 13. eod.* Et ergo si dejectus nullam prorsus possessionem habet aut retinet, nec retinendæ possessionis remedio juvari potest: sed necessarium ei erit interdictum *unde vi* quod possessionis recuperandæ causa cōparatum est. Cæterum si vetere possessore non dejecto, & in possessione adhuc manente, possessio ei minuatur vel turbetur, seu vis ei fiat, quominus, uti possidet jure, ita plene possideat, tunc locus est interdicto *uti possidetis*. Vid. *Joan. Fab. ad prac. §. Menoch. rem. ult. retin. poss. n. 17. Christin. d. decis. n. 6.* ubi refert, non semel supremam Curiam Mechliniensem censuisse possessorem actualem esse oportere, qui interdicto *uti possidetis* experiri cogitat. In summa, qui agit interdicto retinendæ possessionis, duo probare debet, possessionem ex parte sua, & turbationem ex parte adversarii. Turbationem, inquam, non spoliationem: quia si se diceret spoliatum, sibi esset contrarius, ob idque repellendus, & interdicto recuperandæ, non retinendæ possessionis, agere deberet. *Ant. Fab. lib. 8. Cod. sui, tit. 4. defin. 8.*

Secundo libro exposuimus] *Tit. per quas pers. cuiq. acq.* ubi docuit, non solum per nosmetipsos, sed etiam per eos, quos in potestate habemus, non minus possessionem nobis acquiri, quam proprietatem; adeoque possessionem per extraneam quoque personam, veluti per procuratorem nobis acquiri posse: quod singulare est, & utilitatis causa receptum, *l. 1. l. 8. de acq. poss.*

Animo solo adipisci possessionem nemo possit] 6
Acquisitio possessionis consistit in apprehensione rei, con-

conjuncta cum affectu eam pro sua tenendi, *d. l. 1. §. 3. de acq. poss.* Itaque nec animus solus ad eam acquirendam sufficit, nec solo corpore acquiri sine affectione tenendi potest: sed utrumque hic concurrat necesse est, & animus acquirendi & simul actus aliquis corporalis, *l. 3. §. 1. & 3. l. 8. l. cum haredes 23. eod.* Etsi autem necesse non est, ut opera manuum aut pedum semper interveniat; quæ quidem ratio acquirendæ possessionis maxime naturalis est, & necessaria in iis rebus, quæ ab aliis nobis traduntur; *d. l. 1. §. 1. d. l. 3. & §. 3. d. l. 23. eod.* semper tamen requiritur actus aliquis præter animum possidendi, qui vice corporalis apprehensionis fungatur, *d. l. 1. §. pen. l. quod meo 18. §. 2. l. quarundam 51. eod. l. 9. §. item si 6. de acq. rer. dom. l. 1. C. de donat.* Falluntur enim qui hujusmodi casus à regula exceptos putant, quasi hic nudo animo citra ullũ actum corporalem possessio acquiratur, quamvis ita fere loquantur Jurisconsulti in *d. l. 1. §. pen. & d. l. 51.* Sed illi cum ita loquuntur, non excludunt omnem actum corporis, sed duntaxat crassiorem illam apprehensionem, quæ manuum aut pedum opera interveniente fit. Cur igitur placet possessionem solo animo retineri posse? Quoniam possessio semel quæsita etiam jus possidenti parit, quo retento possessio quoque retinetur. At acquisitio possessionis tota pene facti est. Sed & alias quod semel acquisitum est, facilius retinetur, quam initio quid acquiritur. Animo possessionem acquirere non possumus, nisi nostro: quippe ut nos velimus, in aliis esse non potest. At corpore etiam alieno, *d. l. 3. §. cæterum 12. d. l. quod meo 18. de acq. poss. l. ea quæ 53. de acq. rer. dom.* quoniam in iis, quæ corporis ministerio geruntur, nihil interest, nostro corpore, an alieno utamur.
7 Amittendæ possessionis alia ratio est: nam non solum volentibus, sed etiam invitis nobis possessio amittitur; & invitis plurifariam; veluti si res commercio exempta sit, aut in aliam speciem transformata, *l. qui universas 30. §. 1. & 4. eod. tit.* si amplius, cum velimus, naturalem ejus possessionem nancisci non possumus, *l. 3. §. quod Nerva 13. eod.* si locum possessum flumen aut mare occupaverit, *d. l. 3. §. Labeo 17.* si prædones prædium invaserint, qui nos dejiciant, aut redeuntes repellant, aut quorum metu territi accedere nolumus, *tot. tit. unde vi, l. 1. §. si quis 8. l. 6. in fin. l. si id quod 25. §. ult. de acq. poss.* si furto aut rapina res mobilis ablata sit, *l. 15.* si in flumen deciderit, ut mergeretur, *l. 13. eod.* Volentibus autem nobis uno tantum modo possessio amittitur, nempe si hoc animo simus, ut nolimus possidere: idque etiam procedit, quamvis corpore, verbi causa, in fundo maneamus, ut constanter à veteribus traditum est *l. 3. §. in amittenda. 6. l. si quis 17. §. 1. & l. seq. l. peregre 44. §. 2. eod.* Neque obstat huic sententiæ, quod Paulus scribit, possessionem non amitti nisi eo modo, quo acquiritur, seu non amitti nisi animo & corpore, *l. 8. eod. l. fere 153. de reg. jur.* Nam & qui in fundo adhuc manens constituit nolle possidere, is non animo tantum, sed ob defectum animi corpore quoque possidere desinit: neque enim dici potest, corpus possidere remoto animo, in quo solo est affectio tenendi. Itaque in amittenda possessione, quod quidem volentibus nobis fiat, semper utrumque in contrarium agitur. *Duar. ad d. l. 3. §. in amittenda. Donel. lib. 5. comm. cap. 13.*

TEXTUS.

De interdicto recuperandæ, & affinibus remediis.

6. *Recuperandæ possessionis causa solet inter dici, si quis ex possessione fundi vel ædium vi dejectus fuerit. Nam ei proponitur interdictum* unde vi: *per quod is, qui dejecit, cogitur ei restituere possessionem, licet is ab eo, qui vi dejecit, vi, clam, vel precario possideat. Sed ex constitutionibus sacris (ut supra diximus) si quis rem per vim occupaverit, siquidem in bonis ejus est, dominio ejus privatur: si aliena, post ejus restitutionem etiam æstimationem rei dare vim passio compellitur. Qui autem aliquem de possessione per vim dejecerit, tenetur lege Julia de vi privata, aut de vi publica. Sed de vi privata, si sine armis vim fecerit: sin autem armis eum de possessione vi expulerit, de vi publica tenetur. Armorum autem appellatione non solum scuta & gladios & galeas, sed & fustes & lapides significari intelligimus.*

NOTÆ.

6. FUNDI VEL AEDIUM] Hoc interdictum ad res mobiles non pertinet; Cum eo casu sufficiat actio furti aut vi bon. raptorum, *l. 1. §. 3. & seqq. de vi & de vi arm.* quanquam lege Attica pertinebat, ut scribit Suidas in *ἐξούλης. 2.* & jure Romano ad eas quoque res mobiles pertinet, quas quis eo in loco, unde de-

dejectus est, habuit, *l. 1. pr. §. 32. & seqq. l. pen. d. tit.*

Ex sacris constitutionibus] *l. 5. l. 7. C. unde vi. v. sup. §. 1. vi bon. rapt.*

Tenetur lege Julia, &c.] *l. 1. §. 2. de vi & de vi arm. l. 3. §. 2. de vi publ. l. 5. de vi priv.* De pœna harum legum est in *§. 8. inf. de publ. del.*

Sin autem armis] Vis armata ideo publica habetur, quod solius reip. est armis uti.

Commentarius.

1 *Interdictum* unde vi, *quibus, quarum rerum nomine detur.*

2 *Dejici quis intelligatur.*

3 *Etiam fructuario & usuario hoc interdictum dari.*

4 *Quibus quo casu ex constitutione Constantini detur.*

5 *In hoc interdicto vincere etiam eum, qui clam, vi, vel precario ab adversario possidet. Licere autem dejicientem in continenti rursum dejicere. Vestigium juris veteris apud Paulum.*

6 *Quatenus Canones hoc interdictum extenderunt: & de remedio* can. redintegrandæ: *tum quomodo hic apud Batavos procedatur.*

7 *Pœna invasionis ex sacris constitutionibus, & legibus Juliis.*

AD recuperandam possessionem *unde vi* interdictum proditum est ei, qui vi de possessione dejectus est, quod fuse declaratur ab Ulp. *l. 1. & l. 3. unde vi, & de vi arm.* Pertinet autem hoc interdictum
1 ad eos tantum, qui de fundo & ædibus dejiciuntur: ad rerum vero mobilium possessionem recuperandam non pertinet: quoniam hic sufficit actio furti aut vi bonorum raptorum, *d. l. 1. §. 3. & seqq.* Idemque est, si quis de nave aut vehiculo dejiciatur, *d. l. 1. §. si quis 7. Paul. 5. sent. 6.* videlicet si navis aut vehiculum simul abducatur: alias dejecto injuriarum duntaxat actio datur. Plane de rebus mobilibus, quas quis eo in loco, unde vi dejectus est, tunc cum dejiceretur, habuit, placet etiam hoc interdictum reddi; quia verum est vi de eo loco dejectum esse, *l. 1. pr. §. si fundus 32. & seqq. l. pen. eod.* Et quoniam difficulter à dejecto probari potest, quæ & cujus æstimationis res direptæ & deperditæ fuerint, cautum est, ut ei de qualitate & æstimatione earum rerum juranti fides habeatur, hoc adjecto, ne liceat ei jurare ultra taxationem factam à judice, qui recte facturus sit, si prius quam jusjurandum deferat, pro personarum & negotii qualitate modum statuat, quem jurando non liceat excedere, *l. si quando 9. C. eod.* Hoc interdicto ex constitutione Justiniani etiam is tenetur, qui rei alienæ vacuam possessionem sciens occupavit, *l. ult. C. eod.* cum jure veteri non aliter hoc casu interdicto locus esset, quam si reversus dominus ab ingressu prædii prohiberetur, *l. 6. in fin. de acq. possess. d. l. 1. § sive autem 24. unde vi. Don. ad d. l. ultim. n. 8. D. Tulden. ad eund. tit. C. n. 4. Menoch. recup. poss. rem 3.*

Dejectus fuerit] Dejici intelligitur is solus, qui possidet: unde & huic soli interdictum *unde vi* competit, *d. l. 1. §. non alii 45. unde vi.* Et ideo si colonus, inquilinus, procurator, hospes, aut alius, qui nostro nomine in possessione est, dejectus sit, interdicto nos soli experiemur. Nam ut isti non possident, sed nos per eos possidemus; sic iis dejectis, non ipsi dejecti intelliguntur; sed nos, qui per eos possidebamus, *d. l. 1. §. quod servus 22. l. ult. eod.* Plane fructuario & usuario etiam hoc interdictum datur, licet & ipsi non magis, quam superiores, possideant, *l. 3. §. unde 13. & seqq. eod.* Sed his plus tribui solet, quia emolumentum rei suo jure percipiunt, quam aliis, qui possessores non sunt, ut demonstratum *§. praeced.* Constantinus autem dum vult reprimere eorum audaciam, qui absentia dominorum confidentiores facti, dejiciunt eos, qui absentis nomine in possessione sunt, spe impunitatis sibi proposita, eo quod neque dominus absens subvenire poterat, neque dejecti interdicto agere, ultro omnibus, qui absentis nomine in possessione fuerunt, & inde dejecti sunt, hoc interdicto sive actione ad possessionem recuperandam, nomine domini absentis, experiri permisit; & quidem nullo expectato domini mandato: cui nihilominus actiones suas integras conservavit, *l. 1. C. si per vim vel alium mod. poss. add. Menoch. recup. poss. rem. 6.* 2 3 4

Cogitur restituere possessionem] Et præter possessionem occupatam fructus quoque, omnemque utilitatem, quæ ad eum, qui dejectus est, venire potuisset, si dejectus non foret, *d. l. 1. §. ex die 40. & seq. l. si me 15. unde vi. l. 4. C. eod.*

Licet is ab eo, qui vi dejecerit] In interdicto *uti possidetis* succumbit, qui ab adversario vel vi, vel clam, vel precario possidet, *§. retinendæ, sup. eod.* In interdicto autem *unde vi* etiam ille vincit. Nimirum 5
in hoc interdicto visum est dejectum statim & sine exceptione restituendum esse, ne occasio detur tumultus. Enim vero qui dejectus, non ex intervallo, sed in continenti & fervente adhuc congressu, dejicientem rursus dejecit, is non tenetur hoc interdicto; quia, quod licet, vim vi repulit, *l. 3. §. eum 9. eod.* ac proinde possessio in pristinam causam potius reversa, quam ille vi possidere intelligendus est, *l. qui possessionem 17. eod.* Cujac. Hotom. *hic.* Duar. *1. disp. 20* id quod hic Justinianus ait, referunt ad vim armatam seu publicam; nam quod ad vim privatam seu quotidianam attinet, existimant posse me hac vi adhibita,

eum,

eum, qui à me vi, clam, vel precario possidet, impune etiam ex intervallo dejicere: idque Paulum *lib. 5. sent. 6.* significare his verbis; *Qui vi, aut clam, aut precario possidet ab adversario, impune dejicitur.* Sed hoc parum convenit menti Justiniani: & hodie sic obtinet auctoritate hujus textus, ut indistincte vincat hoc interdicto, qui vi quacunque à quocunque dejectus est, teste *D. Menoch. recup. poss. rem. 1. n. 7.* Jure civili hoc interdicto tantum tenetur, qui dejecit, non alius, qui rem postea possidere cœpit, *l. 7. unde*
6 *vi.* Canones autem id extenderunt etiam adversus tertium spolii possessorem, dummodo sciat vim factam esse: quoniam hoc ipso se socium delicti facit, *cap. sæpe, de rest. spol.* Qui autem bona fide & justo titulo possessionem nactus est, non tenetur. *Menoch. recup. poss. rem. 15. quæst. 13.* Iidem Canones & pinguius remedium possessionis recuperandæ introduxerunt *can. redintegrandæ 3. quæst. 1.* nempe etiam rei mobilis per vim amissæ. Quod hodie frequens est, & in foro quoque seculari obtinet. De quo vid. *Menoch. d. rem. Gail. 2. obs. 75. Mynf. 3. obs. 85. Cacheran. decis. 93. Ant. Fab. Cod. sui lib. 8. tit. 3. defin. 1. & passim, Christin. vol. 4. decis. 135. n. 17. & seqq. item decis. 140. n. 4. & seqq. & decis. seq. n. 4. & deinceps.* Quomodo apud nos procedatur in causa interdicti *unde vi* sive *complainctæ*, ut vocant, docet Merula *lib. 4. dist. 4. sect. 1. tit. 3. cap. 5. & sect. 3. tit. 1. c. 2. ex Instruct. Cur. Holland. art. 39. & 3. seqq.*

Ex sacris constitutionibus] Qui violenter posses-
7 sionem rei apud alium constitutam invasit, is non tantum tenetur interdicto *unde vi*, sed alias etiam pœnas sustinet. Tum ex sacris constitutionibus, tum ex legibus Juliis de vi publica & de vi privata. Constitutionibus hæc pœna invasori imponitur, ut si rei dominus est, dominium ejus amittat: si aliena est, cum re alterum tantum vim passo restituat, *l. 5. l. 7. C. unde vi.* Eademque pœna postea placuit etiam multandos conductores cæterosque alienæ possessionis detentores, qui sine justa causa recusant rem restituere iis, à quibus acceperunt, in eaque recusatione perseverant, donec à judice condemnentur, *l. non abs. re. 10. C. eod.* de quo plura dixi *sup. ad pr. de locat.*

Ut supra diximus] §. *1. vi bon. rapt.* ubi didicimus, eandem quoque pœnam in rebus mobilibus vi ereptis locum habere. Genera quoque violentiæ distinximus, & qua quæque pœna coërceatur, tum à prætore, tum legibus & Principum constitutionibus, obiter notavimus *sub rubr. eod.*

Lege Julia de vi] Ne quid per vim admittatur, etiam legibus Juliis de vi publica & de vi privata prospectum est, *l. 1. §. 2. unde vi.* Lege Julia de vi publica tenetur, qui aliquem armis de possessione expulit, *l. 3. §. 2. de vi publ.* De vi privata, qui sine armis, *l. 5. de vi priv.* Vis armata ideo publica habetur, quod solius reipubl. est, armis uti. De pœna harum legum est in §. *item lex 8. inf. de publ. jud.*

Armorum appellatione] vid. *l. armorum 41. de verb. sign. l. armatos 9. de vi publ. l. 3. §. 2. unde vi. Ciceronem in ea pro Cacinna.*

TEXTUS.

Divisio tertia.

4. Tertia divisio interdictorum est. quod aut simplicia sunt, aut duplicia, Simplicia sunt, veluti in quibus alter actor, alter reus est: qualia sunt omnia restitutoria, aut exhibitoria. Nam actor is est, qui desiderat aut exhiberi aut restitui: reus autem is est, à quo desideratur, ut restituat, aut exhibeat: Prohibitoriorum autem interdictorum alia simplicia sunt, alia duplicia. Simplicia sunt, veluti cum prætor prohibet in loco sacro, vel in flumine publico, ripave ejus, aliquid fieri. Nam actor est, qui desiderat, ne quid fiat: reus est, qui aliquid facere conatur. Duplicia sunt, veluti uti possidetis *interdictum, &* utrubi. *Ideo autem duplicia vocantur, quia par utriusque litigatoris in his conditio est: nec quisquam præcipue reus, vel actor intelligitur: sed unusquisque tam rei, quam actoris partes sustinet.*

NOTA.

CUM PRAETOR PROHIBET IN LOCO SACRO, &c.] Simplicia quoque sunt prohibitoria de arboribus cædendis, & de itinere actuque, *d. l. 2.*

COMMENTARIUS.

1 *An dentur interdicta duplicia tam recuperanda, quam adipiscendæ possessionis.*

Tertia hæc divisio sumpta est à personis litigantium. Quædam enim interdicta sunt, in qui-

bus uterque litigator unam tantum personam sustinet, nempe vel actoris vel rei: qualia sunt, in quibus prætor singulari numero utens unum tantum alloquitur, veluti, *Unde vi tu illum dejecisti, eo illum restituas. Ne quid in loco sacro facias, in eve eum locum immittas. Quem liberum dolo malo retines, exhibeas.* Quædam in quibus uterque sustinet personam duplicem, & actoris scilicet & rei: qualia sunt, in quibus verba interdicti ad utrumque dirigit; veluti, *Uti possidetis, quominus ita possideatis,* &c. *Uti alter ab altero fruimini, quo minus ita fruamini, l. 1. in pr. de superfic.* Hinc illa simplicia, hæc duplicia dicta sunt. Extat hæc divisio apud Paulum, *l. 2. §. hoc tit.*

Duplicia sunt, veluti Uti possidetis & Utrubi]
1 Ejusdem generis interdictum est, quod de superficiebus proponitur, *l. 1. pr. & §. 2. de superfic.* Alibi hæc interdicta eodem sensu dicuntur mixta, *l. actionis 37. §. 1. de obl. & act.* Paulus *l. 2. hoc tit. in fin.* scribit, etiam esse quædam interdicta duplicia tam recuperandæ quam adipiscendæ possessionis. Sed Cujacius *4. obs. 11.* negat, ullum hujusmodi interdictum dari. Quippe fieri non posse, ut quis simul agat & ad possessionem jam primum adipiscendam & ad amissam recuperandam: hæc enim repugnantia esse; ac proinde verba illa *tam recuperandæ quam adipiscendæ possessionis*, vel transferenda esse in *l. seq.* vel potius omnino expungenda. Atenim illud fieri potest, ut idem interdictum accommodetur & ei, qui jam primum possessionem adipisci studet, & illi item, qui de amissa recuperanda sollicitus est. Cujusmodi est interdictum, Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est. Nam hoc interdicto tenetur, & qui prohibuit aliquem in possessionem venire; & is, à quo quis possessione pulsus est, *l. 1. §. 3. illo tit.*

Par utriusque litigatoris conditio] Eum tamen actoris partes obtinere in his interdictis pleriq; censent, qui prior ad judicium provocavit, *arg. l. in tribus 13. de judic.* idque non tantum quoad litis ordinationem, sed etiam quoad litis definitionem: ac proinde non probante eo, qui provocavit, reum absolvi. *DD. comm. in d. l. 13. Schneid. hic, n. 5. & ib. in not. VVesemb. Christin. vol. 4. decis. 142. num. 6.*

TEXTUS.

De ordine & vetere exitu.

8. De ordine & vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere. Nam quoties extra ordinem jus dicitur (qualia sunt hodie omnia judicia) non est necesse reddi interdictum: sed perinde judicatur sine interdictis, ac si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.

NOTA.

QUALIA HODIE OMNIA JUDICIA] Olim interdicta erant formulæ & conceptiones verborum. Hodie judicia omnia sunt extraordinaria, in quibus formularum conceptio non observatur.

COMMENTARIUS.

1 *Quæ judicia ordinaria, quæ extraordinaria olim dicta.*

Hic locus à me expositus est *sub pr. hujus tit.* Pro *exitu* Hotomanno legendum videtur *ritu*; ut agendi, sive ut nunc loquuntur, procedendi formam intelligamus. Quod non placet: quia tunc bis idem diceret Imp. nam ordinis appellatione nihil aliud hic significatur, quam ritus, & modus procedendi. Igitur *de ordine*, id est, de ritu & conceptione formularum, *de exitu*, id est, de effectu. Sic exitus actionis *l. 10. §. 14. quæ in fraud. cred.* exitus controversiæ possessionis *l. 35. de acq. poss.* Theoph. περὶ τῆς τάξεως καὶ τῆς ἀποτελέσματος.

Qualia sunt hodie omnia judicia] Ait, suo tempore judicia omnia extraordinaria fuisse. Ordinaria 1
judicia dicebantur, in quibus ordine & more usitato veterum judiciorum lis agebatur: quo more prætor aditus non ipse judicabat, sed quibusdam præparatoriis in jure apud eum tractatis, actionem & formulam dabat, missis porro litigatoribus ad judices pedaneos, qui de re cognoscerent & judicarent. Atque hoc idem etiam in interdictis observari solebat, *l. 1. §. 2. si mul. ventr. nom.* Exceptæ erant quædam causæ de quibus ipse prætor ex officio cognoscere debebat: quod quia præter morem judiciorum ordinarium fiebat, & ab ipso prætore, inde illæ causæ dictæ sunt prætoriæ & extraordinariæ, *tit. de extraord. cogn.* Postquam autem vetus ille mos dandorum judicum sublatus est, magistratibusque injunctum, ut ipsi de causis cognoscant & judicent, *l. 2. C. de pedan. jud.* omnes actiones extraordinariæ dici cœperunt: eoque sensu ac respectu puto Justinianum quoque hic dixisse, judicia omnia nunc extraordinaria esse. Alioqui certe postquam ordinarium esse cœpit, ut ipsi magistratus judicent, non possunt judicia, quæ à magistratibus exercentur, extraordinaria vocari. Rep. *quæ scripsimus ad princ. sup. de actionibus.*

TITULUS XVI.

De pœna temere litigantium.

Con-

Continuatio.

COGNITO jure tum actoris tum rei, non inconveniens Justiniano visum est, aliquid subjungere de pœna, qua coërcentur, qui eo jure abutentes, vel temeritate & inconsiderata audacia, vel dolo & malitia, negotium alicui comparant, sive intendendo litem, sive excipiendo.

TEXTUS.

De pœnis in genere.

Nunc admonendi sumus, magnam curam egisse eos, qui jura sustinebant, ne facile homines ad litigandum procederent: quod & nobis studio est. Idque eo maxime fieri potest, quod temeritas tam agentium, quam eorum, cum quibus agitur, modo pecuniaria pœna, modo jurisjurandi religione, modo infamiæ metu coerceatur.

NOTÆ.

QUI JURA SUSTINEBANT] Id est, legumlatores, magistratus, jurisperiti, *l. 21. de reb. cred. l. 13. C. de jud. c. 2. x. de sent. & re ju.* Suet. *in Vesp. c. 10.*

MODO PECUNIARIA POENA] Reus in iis causis, quæ inficiando crescunt, §. *19. 23. & 26. sup. de act.* actor pœna plus petitionis. §. *33. sup. d. t.*

INFAMIAE METU] Ut in judiciis famosis, §. *2. inf. eod.* Sed & φιλοδίκους infamia sequebatur apud Cyrenæos, Heraclid. *de polit.* Fabrot.

COMMENTARIUS.

1 *Causæ litium præcidendæ: lites exortæ statim sopiendæ: temere litigantes coërcendi.*

LEgislatorem, auctore Platone, in id unice incumbere oportet, ut civitatem quoad fieri potest, redigat quasi ad unitatem, hoc est, ad concordiam & unanimitatem. Itaque cum nulla sit res,
1 quæ concordiam & civium inter se consensum magis turbat, quam litium multitudo & frequentia, danda opera est, non tantum ut causæ litium præcidantur, lites exortæ confestim dirimantur; cujus rei ut in legibus ferendis rationem haberet, regem suum monuit Isocrates: sed etiam, ut à litigando homines deterreantur, & pœnarum comminatione tam temere litigantium confidentia, quam improbe calumniantium malitia compescatur. In hunc finem quoque institutæ fuerunt sponsiones illæ, quibus litigatores se mutuo provocabant, *ni veram bonamque causam haberent;* quarum frequens mentio apud Ciceronem: tum etiam sacramenta, bonæ fidei & causæ pignora, inter quæ & sponsiones quid intersit, ex Varrone, Festo, Asconio docet Hotomannus in Quintiana.

Modo pecuniaria pœna] Temeritas litigandi, & multa pecuniaria, & jurisjurandi & infamiæ metu, coërcetur. Multam intelligit, si reos spectemus in iis causis, quæ inficiando crescunt; quales sunt, damni injuria dati, depositi miserabilis, piorum legatorum. Si actores, pœnam plus petitionis; de qua explicatum sub §. *si quis agens, sup. de action.* Jusjurandum autem calumniæ significat, de quo mox dicetur. Infamiæ metu terret litigatores improbos, διότι τὸ μὲν ἀτιμωθῆναί τινα καὶ στερηθῆναι τοῦ καλῶς πολιτεύεσθαι, ἤτοι καθαρῶς, μέγα καὶ φοβερόν *Theod. Hermop. ad l. 104. de reg. jur.* Intelligit autem infamiam ex judiciis famosis. De quibus explicabit inferius §. *2. h. t.*

TEXTUS.

De jurejurando & pœna pecuniaria.

1. Ecce enim jusjurandum omnibus, qui conveniuntur, ex constitutione nostra defertur. Nam reus non aliter suis allegationibus utitur, nisi prius juraverit, quod putans se bona instantia uti ad contradicendum pervenit. At adversus inficiantes, ex quibusdam causis dupli actio constituitur; veluti si damni injuriæ, aut legatorum locis venerabilibus relictorum nomine agatur. Statim autem ab initio pluris quam simpli est actio; veluti furti manifesti, quadrupli; nec manifesti, dupli. Nam ex his, & aliis quibusdam causis, sive quis neget, sive fateatur, pluris quam simpli est actio. Item actoris quoque calumnia coërcetur. Nam etiam actor pro calumnia jurare cogitur ex nostra constitutione, quod non calumniandi animo litem movisset; sed existimando, se bonam causam habere. Utriusque

etiam partis advocati jusjurandum subeunt, quod alia nostra constitutione comprehensum est. Hæc autem omnia pro veteri calumniæ actione introducta sunt: quæ in desuetudinem abiit; quia in partem decimam litis actores multabat; quod nusquam factum esse invenimus: sed pro his introductum est & præfatum jusjurandum, & ut improbus litigator & damnum & impensas litis inferre adversario suo cogatur.

NOTÆ.

1. CONSTITUTIONE NOSTRA] Extat in *l. 2. C. de jurejur. prop. calum. dand.*

PUTANS SE BONA INSTANTIA UTI] Id est, reus jurat se δίκαιαν νομίζειν τὴν αὐτόῤῥησιν εἶναι τῆς δίκης. *Nov. 49. c. ult. §. 1.* Est igitur instantia, sive ἔνστασις, defensio, seu contradictio rei. Instare, ἐνίστασθαι, contradicere, ἀντιλέγειν. Th.

VEL TRIPLI] Th. εἰς τὸ τετραπλοῦν *in quadruplum.* Sed hæc verba *vel tripli*, & apud Th. εἰς τὸ τετρ. expungenda sunt. Nulla enim in inficiantem tripli vel quadrupli actio est, Cujac. Hotoman. Fabrot.

ACTORIS QUOQUE CALUMNIA] Jurat actor, se non calumniandi animo litem intendere, sed quod existimet se bonam causam habere, *d. l. 2. C. de jur. propt. cal.* Hinc apparet hoc genus jurisjurandi magis esse opinionis, quam assertionis: nec perjurum dici posse, qui non obtinuit.

COMMENTARIUS.

1 *Jusjurandum calumniæ, à Justiniano revocatum, qui præstent, & quale id sit.*
2 *Jusjurandum advocatorum & procuratorum in singulis causis.*
3 *Victum in lite etiam in impensas & damna condemnandum, nisi justam causam litigandi habuerit: & damnandum, etiamsi hæc nominatim petita non fuerint.*
4 *Mores hodierni circa superiora omnia.*

1 JUsjurandum calumniæ, quod apud veteres usurpatum; *l. inter cohæredes 44. §. qui familiæ, fam. erc.* in desuetudinem postea abiisse videtur, Justinianus revocavit, *l. 2. C. de jurejur. propt. cal. dand.* ubi sancit, ut uterque litigantium in exordio litis juret: primum actor, se non calumniandi animo litem intendere, sed quod existimat, se bonam causam habere: deinde reus, se non dolo malo, aut negotii facessendi causa actori contradicere; sed quod putet, se bona instanti uti, & juste ad inficias ire. *Nov. 49. cap. ult. §. 1.* ubi jubetur reus jurare se, δικαίαν νομίζειν τὴν αὐτόῤῥησιν, ἢ εἶναι τῆς δίκης. Unde apparet, hoc jusjurandum magis esse opinionis, quam assertionis, nec perjurum dici posse, qui non obtinuit. *Perez. ad d. tit. C. n. 3.* Ex constitutionibus novellis jurant pariter ambo, nihil se prorsus differendi vel corrumpendi judicii causa fecisse facturosque esse. *Nov. 49. auth. hoc Sacramentum, & auth. in isto, C. eod. Nov. 124. c. 1. auth. principales, C. eod.* Pro iis, qui in tutela aut curatione sunt, jurant tutores curatoresve, non pupilli aliive, quorum res geritur. Idemque obtinet & in cæteris rerum alienarum legitimis administrationibus *d. l. 2. §. 2. & seq. junct. d. auth. principales.* Jurandum autem est apud judicem, qui de causa cognoscit. Cæterum si vel personæ dignitas, vel sexus verecundia, vel morbus non patiatur litigatorem ad tribunal venire, mittitur aliquis, qui juramentum domi litigantis excipiat, præsente adversario ejusve procuratore, *d. Nov. 124. c. 1. d. l. 2. §. 1. C. eod.* Jure pontificio etiam permissum est, per procuratorem in animam domini jurari; ad quod tamen speciale mandatum exigitur, *c. cum causam 6. de jur. calum. c. 3. §. pen. & ult. eod. in 6.* & hoc modo frequentius nomine absentium jurari solet. *Gudelin. lib. 4. de jur. noviss. cap. 8. in fin. Gail. 1. obs. 83. 88. & seq. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 8. cap. 4.*

Adversus inficiantes ex quibusdam causis] Ex damni injuria dati, depositi miserabilis, & piorum legatorum causa lis inficiatione duplatur, *§. sed furti 26. sup. de act.* ubi hac de re satis copiosè dictum est. Pertinet autem hoc eo, ut intelligamus, jusjurandum calumniæ pœnam hanc pecuniariam non abrogare.

Vel tripli] Hæc verba tollenda sunt. Nulla enim in inficiantem tripli actio est. Sed neque in vetustis codicibus ea reperiri testantur Cujac. Hotoman. Pacius.

Pluris quam simpli actio est] Ex furti causa lis etiã sine inficiatione pœnam affert. Sed hæc pœna huc non pertinet: quoniam temeritatem litigantis non coërcet: voluitque Justinianus tantum obiter indicare dissimilitudinem causarum.

Utriusque etiam partis advocati] Etiam à patronis causarum seu advocatis jusjurandum simile superiori, & in causa qualibet exigitur, ut scilicet jurent, se integro animo causam clientis sui suscipere, nec falsi patrocinii sibi conscios esse; nullam se operam nullumque studium in causa clientis sui intermissuros: denique si quid malitiose aut improbe fingi in 2

gi in ea postea deprehenderint, ejus se patrocinium protinus omissuros, *l. 2. pr. C. de jur. propt. cal. l. rem non novam 14. §. 1. C. de judic.* De procuratoribus nihil simile jus civile disposuit: sed jure pontificio cautum, ut non obstante præcedente reorum juramento, procuratores ad exemplum advocatorum similiter suo nomine jurent, *cap. cum causam 6. de jur. calum. c. 2. eod. in 6.*

Pro veteri calumnia actione] Fuit vetus quædam calumniæ actio, qua improbi litigatores partem decimam æstimationis litis, expensarum nomine, multabantur; *l. ult. C. Hermog. de calumniat.* quam hic abrogat Justinianus, licet desuetudine jam obliteratam. Eandem tamen restituit, atque in usum revocare conatus est *Nov. 112.* hoc etiam addito, ut cautio decimæ non repromissione sed satisdatione fieret.

3 *Damnum & impensas*] Appendix sententiæ est condemnatio in sumptus & expensas litis. Constitutum namque est, victum in lite in expensas quoque & cætera damna victori condemnandum esse, *l. eum quem 79. de judic. l. properandum §. sive autem 6. C. de judic. l. 4. C. de fruct. & lit. expens. Nov. 82. c. 10. & hoc text.* Nec victo prodest ejurasse calumniam; ut enim vere de calumnia juraverit, nihilominus tamen ei imputari potest, quod temere adversarium suum in jus vocavit, *d. l. eum quem de judic.* Plane, si quis justam causam litigandi habuisse videatur, quod interdum accidit, vel quia res obscura est, vel ex probabili ignorantia facti, vel etiam ex incertitudine juris nata ex discrepantibus Doctorum sententiis, placet hunc, etsi victus est, ab onere expensarum excusari, *d. Nov. 82. c. 10. auth. post jusjurandum, in fin. C. de judic.* idque judicis religioni & prudentiæ æstimandum relinquitur: neque tam ex jure scripto, quam ex usu judiciorum peti debet, *cons. DD. in d. l. eum quem, de judic. & d. l. properandum, C. eod. Covar. pr. q. 27. n. 5. Vid. lib. 1. opin. 425. Menoch. arbitr. lib. 2. cent. 2. cas. 177. & 1. præsumpt. 35. Gail. 1. obs. 151. & seqq. Gudelin. lib. 4. de jur. Nov. cap. 13. D. Tuld. comm. hic, c. 3. Christin. vol. 1. dec. 266. & vol. 4. dec. 97. cum ibi citat. Sichard. in d. l. properandum, § sive autem, & in l. sancimus 13. C. de judic.* Porro præter impensas in ipsam litem factas etiam cætera damna adversarii in condemnationem veniunt, ut hic textus expresse docet; sed intrinseca tantum, non extrinseca, ut vulgo distinguunt. *Sichard. ad d. l. sancimus, n. 9. & seq. Tessaur. decis. 67.* Quid si victor propriam causam egerit? etiamne hic salarii ratio habenda? *Vid. Mynf. 1. obs. 2. Gail. 1. obs. 151. n. 16. Trentac. 2. pr. res. tit. de postul. n. 3. Guidel. d. c. 13. Christin. vol. 2. decis. 102. num. 1.* Illud etiam tenendum est, quamvis expensæ nominatim petitæ non sint, nihilominus tamen victum causa cognita victori in eas condemnandum esse, usque adeo ut si judex hanc condemnationem omiserit, rem periculi sui faciat, *d. l. properandum §. sive autem d. Nov. 82. c. 10. Nic. Valla de reb. dub. tract. 1. n. 18. Gudelin. d. cap. 13. vers. cæterum, Sichard. ad d. §. sive autem n. 18.* ubi hanc sententiam in puncto juris veram esse fatetur post *Salic. ibid.* licet *Bart. & comm. DD.* contrarium teneant. Facta autem impensarum declaratione, judex eas taxare, & super iis juramentum victori deferre debet. *Sichard. in d. §. sive autem n. 16. Gudelin. d. cap. 13.*

Atque hæc quidem jure scripto sic obtinent: cæterum moribus hodiernis magnam partem exoleverunt. Nam neque lis ulla nunc inficiatione duplatur: & vix jurisjurandi calumniæ in plerisque tribunalibus usus est. *D. Gudelin. lib. 4. de jur. Nov. c. 8. in fin. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 8. c. 1. Wesemb. par. de jurejur. n. 9. Christin. vol. 2. decis. 147.* de quo queritur *D. Dioa. Tuld. lib. 4. de caus. corrupt. jud. c. 14.* Loquor de juramento calumniæ, quo de hic agitur, quod in exordio judicii à litigatoribus super tota lite jure communi præstandum est: nam quod interdum postea in parte aliqua litis exigitur, veluti ab eo, qui jusjurandum judiciale defert, *l. jusjurand. 34. §. 4. de jurej.* id moribus adhuc obtinet. *Wesemb. d. n. 9.* Sed neque advocati aut procuratores amplius in singulis causis jusjurandum præstant; verum semel in universum, cum designantur sive ad postulandum agendumve pro aliis admittuntur. *Perez. ad tit. C. de jur. propt. cal. Gudelin. d. c. 8. in fin. Merul. d. tit. 8. c. 3. & 4.* quod tamen jusjurandum quotannis statis temporibus apud nos renovare tenentur, *art. 71. Instr. Cur. Holl.* Jure communi ipsi quoque judices in singulis causis sacramenti religione obstringuntur, ut jurent, se ex vero & legibus judicaturos, *l. rem non novam. 14. in pr. C. de jud.* Sed & illi hodie unicum tantum jusjurandum dant in ingressu muneris, quod in causis singulis pro repetito habetur, *arg. auth. hoc sacramentum, C. de jurejur. propt. cal. Wes. ad tit. C. de ord. jud. num. 5.* Porro nec usu hodierno recepta est actio illa decimaria, quam diximus Justinianum, obliteratam antea & hic repudiatam, postea in usum revocare studuisse. *Nov. 112. Gudel. d. lib. 4. c. 13. in fin.* Quæ vero dicta sunt de condemnatione in expensas litis & cætera damna adversarii, ea ferè hodieque obtinent; nisi quod victus non aliter in hæc condemnari nunc solet, quam si petita fuerint: non quod judex non possit ex officio victori impensas adjudicare, etiamsi petitæ non sint; sed quia, ut *Bart. Bald. & DD. comm. in d. l. properandum. §. sive autem C. de judic.* censent, & usus judiciorum recepit, non tenetur. Cæterum impensæ satis petitæ intelliguntur secundum plerosque, si libello, ut fieri solet, adjecta sit clau-

fula, *ut super omnibus optimo quoque modo jus & justitia administretur. Gail. 1. obs. 151. Myns. 4. obs. 55. Damhoud. prax. civ. c. 108. & ibi in annot. Nic. Tulden. Merul. d. sect. 3. tit. 1. c. 2. n. 15. Gudelin. d. cap. 13.* Victor quas fecit impensas libello complectitur, & adversarius quantitatem earum deminuit; ac demum judex vi taxationis in sententia sibi reservatæ, utraque parte audita modum earum constituit, *art. 95. & seq. Instruct. Cur. Holl. Merull. lib. 4. dist. 4. sect. 5. tit. 15. & seq. Gudelin. d. c. 13. vers. ult.* Temerarii litigatores apud nos multantur hoc modo. Qui in oppidis aut apud Baillivum & Pares Curiæ litem temerè aut intendit aut suspicit, præterquam quod causam amittit, & impensarum damnum sentit, jubetur condemnari in actionibus realibus in summam trium florenorum, in personalibus in tricesimam partem ejus, quod petitum est, ut tamen hæc pœna non excedat summam sex florenorum. In pagis eadem temeritas coërcetur in actionibus realibus pœna unius floreni & decem assium: in personalibus pœna quinquagesimæ æstimationis rei petitæ, quæ tamen pœna non egrediatur summam trium florenorum, *art. 22. Ordin. Instit.* Quod si quis ab inferiore judice ad Curiam provincialem temerè provocet, is jubetur condemnari in florenos triginta, *art. 211. Instruct. Cur. Holland.* & à Curia temerè appellans supremum Senatum, in florenos quinquaginta, *art. 232. Instruct. supr. Senat.* quæ pœnæ fisco cedunt, uti superiores officiario, *add. noviss. ampliat. Instruct. Cur. Holl. edit. ann. 1644.*

TEXTUS.
De infamia.

2. *Ex quibusdam judiciis damnati ignominiosi fiunt; veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo; item tutelæ, mandati, depositi, directis, non contrariis actionibus: item pro socio; quæ ab utraque parte directa est: & ob id quilibet ex sociis eo judicio damnatus, ignominia notatur. Sed furti quidem aut vi bonorum raptorum, aut injuriarum, aut de dolo, non solum damnati notantur ignominia, sed & pacti: & rectè: plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis, an ex contractu debitor sit.*

NOTÆ.

DIRECTIS, NON CONTRARIIS ACTIONIBUS] *d. l. 1.* Nam in contrariis judiciis de dolo aut perfidia non agitur: sed tantum de calculo & supputatione ejus, quod contrario judicio agenti abest, *d. l. 6. §. ult. l. 5. depos.* Nemo autem notatur, nisi qui ex his causis ob dolum ac perfidiam damnatus sit, *d. l. 6. §. ult. d. l. 5. depos.*

SED ET PACTI] *d. l. 1. l. 4. §. ult. d. t.* Ratio est, quia intelligitur confiteri crimen, qui paciscitur, *l. 5. eod.* utique si cum pretio quantocumque pactus sit: non si gratis remissa sit actio. Inhumanum enim esset, veniæ nullum locum dari *d. l. 6. §. 3.*

COMMENTARIUS.

1 *Judicia civilia ex delicto, quæ, qua conditione concurrente, famosa.*
2 *Famosam non esse actionem quod met. ca. neque interdicta, neque condictiones, quamvis ex famosis causis.*
3 *Ex contractu quæ, quibus conditionibus concurrentibus, judicia famosa.*
4 *Cur non omnia judicia bonæ fidei famosa.*
5 *In actionibus famosis ex delicto, etiam pactos, infamia notari: in iis, quæ ex contractibus, non item: & cur tam variè.*

Pœna infamiæ non tam temeritatis pœna est, quam doli: & certis duntaxat ex causis judicio civili damnatis infligitur: quales sunt illæ quatuor ex delicto, & totidem ex contractu, quæ hic recensentur. Judicia quidem criminalia & ipsa ut plurimum famosa sunt: sed ea huc non pertinent.

Veluti furti, &c.] Furti, rapinæ, injuriarum, de dolo malo damnati, edicto notantur infamia, *l. 1. de his qui not. inf.* Damnatio ea accipienda est, vel à qua non est provocatum, vel quæ confirmata est, *l. 6 §. 1. eod.* Addit prætor in edicto, si damnati sint suo nomine, *l. 1. l. 4. §. ult. eod.* Conditio addita propter procuratores, tutores & curatores, qui alieno nomine conventi, tametsi ipsi condemnentur, infamiæ tamen notam non subeunt, *d. l. 6. §. 2.* Famosa quoque sunt judicia, sepulchri violati, *l. 1. de sepulchr. viol.* & expilatæ hæreditatis, quod est gravius judicio furti, *l. si te. 12. C. ex quib. ca. infam.* item actio, quæ est adversus mulierem, quæ ut in possessionem bonorum ventris nomine mitteretur, prægnantem se adseveravit, cum prægnans non esset, aut ex alio concepisset, *l. notatur. 15. cum 4. seqq. eod.* Actio autem quod metus causa famosa non est, quoniam in hac satis visum quadrupli pœna contumaciam coërceri. *Don. 15. comm. 40.* Sed neque ulla interdicta famosa sunt, quamvis sint ex causa delicti, *l. neque 13. unde vi,*

Vi. Poſtremo nec inter cauſas famoſas ex delicto numeratur damnum injuria datum; nimirum quia etſi ponamus, conſulto & malo animo damnum datum eſſe, tamen quia hoc factum contumeliam conjunctam non habet (alioqui & injuriarum actio competeret) non videtur tam atrocem pœnam mereri. *Hotom. hic.* Illud conſtat, in condictionibus ceſſare ignominiam, quamvis ex famoſis cauſis deſcendant, *l. ceſſat. 36. de obl. & act.* veluti in condictione furtiva & actione rerum amotarum, *per l. pen. de cond furt. l. rerum. 26. de act. rer. amot.*

3 *Tutelæ, mandati, depoſiti, pro ſocio*] Etiam quatuor hæc judicia ex contractu proficiſcentia, tutelæ, mandati, depoſiti, pro ſocio, famoſa ſunt, notanturque his judiciis damnati, ſi tres hæ conditiones concurrant; ſi quis ſuo nomine; ſi de dolo ac perfidia ſua; ſi directo judicio condemnatus fuerit. Prima conditio cum cauſis ſuperioribus communis eſt, *l. 1. l. 4. §. ult. de his, qui not. inf.* Ex qua intelligimus, notari eos ſolum, qui ſuo, non qui alieno nomine damnantur, veluti procuratores, tutores, curatores, hæredes. Itaque ſi quis judicio famoſo conventus curet, ut per procuratorem defendatur, hic futurum eſt, ut & ipſe infamiam effugiat, quia non condemnabitur, ſed procurator ejus; *l. 1. C. de ſent. & interloc.* neque tamen notetur procurator, quia condemnatur alieno nomine, *d. l. 6. §. 2.* De hærede quoque idem eodem loco dicitur: nimirum etſi hæres actionibus ex contractu venientibus etiam ob dolum defuncti in ſolidum teneatur, & lite conteſtata pœnales quoque ex delicto contra eum tranſeunt; *l. 12. l. omnes 26. l. ex contractibus 49. de obl. & act. l. ad ea. 157. §. ult. l. pœnalia 164. cum ſimil. de reg. jur.* neutro tamen caſu ita tenetur ut damnatus infamiæ notam ſubeat, cum non ſuo nomine, nec ex ſuo dolo & delicto, ſed ex alieno conveniatur. Hodie autem exiguum hæc uſum habent, quoniam non amplius ſententia in procuratorem, ſed in dominum dirigitur. *D. Tulden. in tit. C. de ſent. & interloc. num. 4. Chriſtin. Vol. 4. deciſ. 91. num. 16. Merul. lib. 4. diſt. 4. ſect. 5. tit. 1. cap. 1.* Neque privata judicia pœnalia habemus, quæ dici poſſunt lite conteſtata in hæredes tranſire, niſi forte injuriarum. Illud adhuc manet, quod licet ſucceſſores etiam ob dolum defuncti ex contractibus in ſolidum teneantur, nunquam tamen ita teneantur, ut damnatos ſequatur infamia. Secunda conditio eſt, ſi quis ex his cauſis ob dolum ac perfidiam damnatus ſit, *l. 6. §. ult. de his qui not. infamia. l. 5. depoſ. §. ſuſpectus 6. de ſuſp. tut.* Neque enim convenit, infamiæ notam cuiquam inuri, qui nihil turpe admiſit, ſed culpa tantum imperitiave aut ſolita negligentia peccavit: quoniam hoc etiam in hominem idoneum & frugi cadere poteſt, *l. probrum. 42. de verb. ſign.* Tertia & poſtrema conditio eſt, ſi quis condemnatus fuerit judicio directo, *d. l. 1. de his qui not. inf.* Nam in contrario de dolo aut perfidia non agitur, ſed tantum de calculo & ſupputatione ejus quod contrario judicio agenti abeſt, *d. l. 6. §. ultim. eodem titul. d. l. 5. depoſ.* Hæc autem conditio addita non propter actionem pro ſocio, quippe quæ utrinque directa eſt: ſed propter tres reliquas, quarum quædam directæ, quædam contrariæ. Plane in cauſa mandati interdum etiam contrario judicio de fide violata agitur, & damnatus notatur infamia: ut in ſpecie *d. l. 6. §. antepen. de his qui not. infam.*

Tutelæ, mandati, depoſiti, pro ſocio] Quid ergo? 4
an reliquis bonæ fidei judiciis, puta empti, venditi, locati, conducti, commodati, actione pigneratitia, ob dolum & perfidiam damnati, infames non erunt? Et cum prætor quatuor illa, quæ hic proponuntur, nominatim exceperit notaverit, haud dubie in cæteris integram exiſtimationem ſervari voluit. Neque vero defuit prætori ſua ratio, cur quatuor illa à cæteris ſegregaret. Licet enim in omnibus, qui ſe malitioſe gerit, fidem ex æquo violet, in ſolis tamen illis quatuor eam violat ſpecie amicitiæ; quod majoris eſt improbitatis: nam quod de mandato non ex fide geſto ait M. Tullius *pro Roſc. Amerin.* eo nomine non minus turpe judicium conſtitutum eſſe, quam furti; propterea quod hæc culpa duas res ſanctiſſimas violat, amicitiam & fidem; id non magis mandati judicium, quam ad tria reliqua, tutelæ, depoſiti, pro ſocio, pertinet, *add. Coraſ. 4. miſc. 19. Don. 18. comm. 8.* Hodiernis moribus nulla judicia civilia famoſa eſſe dicuntur, & non tam ex cauſa, quam ex genere pœnæ infamiam irrogari, *Vid. Bern. Autumn. confer. ad rubr. C. ex quib. cauſ. infam. Zypæ. not. jur. eod. tit. Græneww. d. ll. abrog. hic.*

Sed & pacti] Non ſolum damnati ex ſuperioribus delictis, ſed & pacti infamia notantur, *d. l. 1. l. 4. §. ult. de his qui not. inf.* Ratio eſt, quia intelligitur confiteri crimen qui paciſcitur, *l. 5. eod.* confeſſus autem pro judicato eſt, *l. 1. de confeſſ.* Quod tamen ita acceptum eſt, ſi quis cum pretio quandocumque pactus ſit, non ſi gratis remiſſa ſit actio; nam inhumanum eſſet, veniæ nullum locum dari, *l. 6. §. 3. de his qui not. inf.* In actionibus vero, quæ famoſæ ſunt ex contractibus, paciſcens infamia non notatur: quoniam in his cauſis non tam turpis eſt pactio: & potius hic de eo, quod adverſarii intereſt, interpoſita præſumitur, quam ex conſcientia doli, *l. 7. eod.* Atque ad has cauſas tantum illud quoque pertinet, quod traditur in *l. ſi reus 73. de procur.* reum actione famoſa conventum infamiam declinare poſſe, ſi tantam pecuniam, quanta petitur, actori ſolverit, aut eo recuſante accipere, ſi oblatam apud acta depoſuerit: quanquam DD. vulgo hoc etiam ad cauſas famoſas ex delicto

licto referunt: vid. quæ notamus sup. §. *in summa de injur.*

TEXTUS.
De in jus vocando.

3. Omnium autem actionum instituendarum principium ab ea parte edicti proficiscitur, qua prætor edicit de in jus vocando. Utique enim in primis adversarius in jus vocandus est, id est, ad eum vocandus, qui jus dicturus sit. Qua parte prætor parentibus & patronis, item parentibus liberisque patronorum & patronarum, hunc præstat honorem, ut non aliter liceat liberis libertisque eos in jus vocare, quam si id ab ipso prætore postulaverint & impetraverint. Et si quis aliter vocaverit, in eum pœnam solidorum quinquaginta constituit.

NOTÆ.

3. ACTIONUM INSTITUENDARUM] In jus vocatio principium est judicii instituendi, & prima ordinis judiciarii pars, *l. 1. C. de exc. rei jud.*

PARENTIBUS ET PATRONIS] *l. 4. cum seqq. de in jus voc. §. 12. sup. de act.* Macrob. *7. Saturn. 5. Ab auctoritate vestra tanquam ab edicto prætoris impetrata venia.*

SOLIDORUM QUINQUAGINTA] *l. pen. d. t.* quod si libertus inopia laboret, à præfecto urbi, quasi inofficiosus castigatur, *l. ult. eod.* Unde vulgo dici solet, *qui non habet in ære, luat in pelle.*

COMMENTARIUS.

CONcluditur hoc loco tractatio de actionibus, ad quam omnia, quæ hactenus dicta sunt, pertinent; doceturque, actionem omnem instituendam esse apud magistratum, cujus de ea re jurisdictio est, vocato prius ad eum adversario.

1 *Actionum instituendarum principium*] Processus judiciarii partes sunt quatuor, quarum ordinem & progressum natura ipsa ostendit, & eleganter expresserunt *Impp. in l. 1. C. de except. rei jud.* in jus vocatio, litis contestatio, causæ cognitio, sententia. Additur & quinta, sententiæ executio, quæ tamen ab ordine, quo ad eam pervenitur, secerni potest. Prima ordinis judiciarii pars est in jus vocatio; ab ea enim, ut hic dicitur, omnium actionum instituendarum initium proficiscitur. Quidam & judicii partem esse contendunt: sed hoc alii & plures negant; quoniam judicium non ante cœptum dicitur, quam lis est contestata, *l. un. C. de lit. contest. l. amplius 15. ratam rem hab. Gail. 2. obs. 48. & 74. VVesemb. par. de jud. n. 6. Christin. vol. 2. decis. 149. n. 12. & dec. 155. n. 9.* Dissidium non difficile compositu. Nam aut vocem 2
judicii latius accipimus pro toto litis tractu ab in jus vocatione usque ad executionem, quæ processus judiciarii est pars ultima. *VVesemb. ad rubr. C. de jud. n. 19. Cagnol. ad rubr. C. de edend. n. 21. & 24.* aut pressius, ut ea tantum contineat, quæ olim apud judices pedaneos expediebantur, nempe pro progressu judicii à lite contestata usque ad sententiam, qui instantia dici solet. *Marant. spec. aur. p. 5. num. 2.* Priore sensu non minus in jus vocatio propriè & verè pars judicii est, quam litis contestatio, &c. Posteriore propriè judicii pars non est: quanquam nihil vetat, partem judicii etiam propriè dicti vocare id principium, quod judicium ita antecedit, ut sine eo ad illud non perveniatur. Unde etiam, qui partem esse judicii negant, eam vocant principium, basin & fundamentum processus. *Gail. d. obs. 48. & dict. obs. 74. num. 1.* Effecta in jus vocationis hæc ferè sunt. 1. Ut 3
si quis postea quam in jus vocatus est, alterius fori esse cœperit, puta mutatione domicilii, aut privilegio proprii judicis quæsito, is in ea causa jus forum revocandi non habeat, quasi vocatione præventus, *l. 7. de judic.* 2. Quod perpetuat jurisdictionem judicis delegati, hoc est, uti is delegante post propositum citationis edictum mortuo, nihilominus in causa procedere possit & debeat, *c. gratum 20. de off. deleg.* 3. Quod post citationem in actionibus in rem res, de qua agitur, litigiosa esse incipit, *auth. litigiosa. C. de litigios. vid. Covar. pr. qu. 15. n. 6.*

In primis adversarius in jus vocandus est] Qui judicio cum aliquo contendere constituit, is ante omnia adversarium suum in jus vocare debet, eique actionem edere, quo is secum interim deliberet, utrum cedere velit, an judicio contendere; & si contendendum putet, ut veniat instructus, *l. 1. de edend. auth. offeratur. C. de lit. cont.* Unde intelligimus, hunc 4
actum omnino necessarium esse, eoque omisso nihil cognosci, nihil statui posse: & si contra factum sit, id pro infecto habendum, nec rei judicatæ auctoritatem obtinere, *fac. l. 4. C. de sent. & interloc.* & merito: quoniam

niam sic deficit una ex personis, quæ ad constitutionem judicii necessario requiruntur: neque judex contra jus naturale & divinum reum privare debet defensione, quæ naturalis est. *Clement. pastoralis de re jud. Pet. Gregor. 48. syntagm. 2. n. 28. Damhoud. prax. civ. cap. 54. n. 3. Gail. obs. 48. & de pac. publ 5. n. 6. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 1. tit. 4. cap. 1. Christin. vol. 2. decis. 89.*

Qui jus dicturus sit] In jus vocare, est ad eum vocare, qui jus dicturus est, juris experiundi gratia, *l. 1. de in jus voc. & hoc text.* Judicem igitur, ad quem vocatio fit, oportet aut tribunali præesse, aut aliam jurisdictionem habere. Ad eum, qui nudam duntaxat notionem habet, hoc est, ad judicem pedaneum vocatus, impunè non parebit, *l. 3. §. 1. ne vis fiat ei, qui in jus voc.* Additur in *d. l. 1. juris experiundi causa.* qui finis est vocationis. Non enim vocatur quisquam in jus, nisi ea gratia, ut cum eo liceat jure judicioque experiri, sive agere de re, quæ in
5 judicium vocatur. In jus vocatio vulgo nunc citatio appellatur, & promiscuus etiam horum verborum usus est in constitutionibus Justiniani, contra quam veteres, qui verbo *citare* nunquam utuntur pro in jus vocare. Sanè verbi *citandi* latior etiam nunc usus est, quam in jus vocandi: quippe citationi locus est etiam post cœptum judicium, & in quavis parte judicii; veluti cum quis citatur ad audiendam sententiam, ad videndum jurare testes, &c. cum in jus vocatio de prima illa citatione, quæ judicium præcedit dicatur duntaxat. Quomodo nunc citatio seu in jus vocatio fieri soleat, quibus partibus constet, & quam vim habeat, cognosces ex *Merul. lib. 2. tit. 1. & lib. 4. dist. 4. sect. 1. tit. 4. c. 1. & seqq. Gail. 1. obs. 48. & seqq. & obs. 74. num. 16. & seqq. Mynf. 6. obs. 10. Christ. vol. 2. dec. 89.*

Parentibus & patronis] Hac de re copiosè explicatum est sub §. *pœnales* 12. *sup. de actionib.*

Titulus XVII.
De officio judicis.

1. Continuatio. Quid sit litis contestatio. An ea à parte rei aliquando per affirmationem aut confessionem inducatur: ejus effecta & quibus in causis non necessaria.

Si is, qui in jus vocatus est, neget, quod intenditur, & cum actore paratus sit contendere, negatio ejus rem dubiam, contentio utriusque litem facit, & à veteri ritu testationis in lite instituenda, litis contestatio dicitur: de quo ritu vid. *Pet. Fab. 2. semestr. 24. Ravard. pro tribun. 11. Cujac. 9. obs. 21.* Per litis contestationem potestas fit judici de re cognoscendi & judicandi: ante nihil cognosci, aut definiri potest. *Nov. 53. c. 4. tot. tit. x. ut lit. non cont non proc.* Eaque sic rectè nunc definietur (nam vetus contestatio lata est, licet nomen manserit) negotii hinc inde apud judicem facta narratio, continens petitionem actoris, & ad eandem rei conventi responsionem per contradictionem, *l. un. C. de lit. cont. l. rem non novam 14. §. 1. C. de judic. l. 2. C. de jurejur. propt. calum.* Enimvero non quælibet petitio actoris & responsio seu contradictio rei litis contestationem inducit, sed distincta, & quæ statum causæ judici demonstrat. Cumque lis esse non possit, nisi unus affirmet, alter neget, apparet, litis contestationem non fieri, nisi quemadmodum definivi, per contradictionem ejus, quod petitur; ac proinde ex parte rei non nisi negative, *d. l. 14. §. 1. C. de judic. Vigl. de lit. contest. cap. 1. Obrecht. c. 2. n. 16. & seqq. D. Perez. ad tit. C. eod. n. 3. & 4.* Et malè igitur Glossa in *cap. unic. x. eod. Sichard. in rubr. C. eod. n. 5. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 6. cap. 1.* statuunt, etiam per confessionem rei litis contestationem induci: nam qui hosti se dedit, certare dici non potest. Lite contestata, (*soo haest de gedaegde geantwoorde heeft, ende conclusie genomen, dat den* imperrant *synen eysch ende conclusie sal ziin entseydt*) judicium constitutum esse intelligitur, *d. l. un. C. de lit. cont l. 15. rat. rem. hab. l. lite 35. de usur. junct. l. 1. C. de judic.* Est enim litis contestatio, ut dictum est superiore titulo, prima judicii pars, si vocem judicii propriè & strictè accipimus, & à DD. appellatur judicii principium formale: cujus effecta congesserunt, *Gail. 1. obs. 76. & 2. seqq. Merul. d. tit. 6. c. 2. Perez. in C. d. lit. Cont. n. 8. Tuld. ib. n. 3.* Sunt autem fere hæc. 1. Per litis contestationem statim res subjicitur cognitioni judicis. 2. Actiones omnes, quæ alias tempore aut morte perituræ essent, semel judicio inclusæ, salvæ permanent, §. 1. *sup. de perp. & tem. act. l. omnes 26. l. sciendum 58. de obl. & act. l. nemo 87. l. omnes 139. de reg. jur.* 3. Actiones, quæ alias triginta annorum spatio circumscriptæ, post litis contestationem omissæ, intra quadraginta annos repeti possunt, *l. ult. C. de præscr. trig. ann. l. 1. §. 1. C. de ann. exc.* 4. Litis contestatio inducit præstationem fructuum in strictis judiciis, quibus agitur ad consequendum, quod nostrum non fuit, *l. videamus 38. § si actionem 7. de usur.* 5. Excludit exceptiones dilatorias, *l. pen. & ult. C. de exc.* & in universum actoris conditionem meliorem facit, *l. non solet 86. cum l. seq. de reg. jur.* 6. Litigatores in eodem judicio retinet, *l. ubi acceptum 30. de judic.* & retinet in conjuncto, ne causæ continentia dividatur, *l. nulli 10. d. tit.* adeoque actorem petitioni mutuæ (reconventionem vocant pragmatici) obnoxium

um reddit, *l. qui non cogitur, 22. eo l. tit. l. 14. & ernsequenter. C. de sentent. & interloc.* Illud omnes passim notant, omissa litis contestatione processum vitiari: quanquam sunt quædam causæ, quæ contestationem non desiderant? quales sunt causæ appellationis, summariæ, notoriæ, & ubi periculum in mora. *Mynf. 1. obs. 1. & 38. & 3. obs. 74. Gail. dd. loc. Merul. d. tit. 6. c. 2. Christin. Vol. 2. decis. 155. n. 2.* Constituto sic per litis contestationem judicio statim res ad cognitionem judicis pertinere incipit; de cujus officio porro videndum.

TEXTUS.

De officio judicis in genere.

Supereſt, ut de officio judicis dispiciamus. Et quidem in primis illud observare debet judex, ne aliter judicet, quam legibus, aut constitutionibus aut moribus proditum est.

NOTÆ.

DE OFFICIO JUDICIS] Aliud veteribus est officium jus dicentis, aliud officium judicis, de quo hic quæritur: alterum enim jurisdictionis est, cui cohæret potestas exequendi, quæ mixtum imperium nostris dicitur, *l. 1. in fin. l. ult. §. 1. de off. ejus, cui mand. jurisd. l. 3. de jurisd.* alterum nudæ notionis, causæ cognitio, & sententiæ dicendæ potestate circumscriptum, *l. 5. l. 15. l. 55. de re jud.*

NE ALTERI, QUAM LEGIBUS] *l. 13. C. de sent. & interloc. auth. jubemur. C. de judic.* Quippe judex legum minister, non arbiter est. Augustin. *c. 3. dist. 4. Postquam leges latæ sunt, non de ipsis, sed secundum ipsas judicandum est, & Nov. 116. cap. 1.* jubetur judices νόμοις ἑπομένους ἐγνωσμένην διδόναι ψῆφον, *legibus cognitam edere sententiam,* in quas jurabant Athenis & Romæ.

AUT CONSTITUTIONIBUS] Sententia, quæ expressim lata est contra legum, constitutionum, morumve præscripta, adeo inutilis est, ut ne appellatio quidem necessaria, *leg. 19. de appell. l. 1. §. 2. quæ sent. sin. prov. l. 2. C. quand. prov. non est nec.*

COMMENTARIUS.

1 *Aliud esse officium jus dicentis, aliud judicis: illi respondere, quod vulgo vocatur officium judicis nobile; huic, quod mercenarium: & in quibus hæc consistant.*

2 *Causæ cognitio quid & quibus in rebus consistat.*

3 *Officium judicis in judicando quale.*

4 *Quæ sententia nullius momenti: quæ item, licet injusta, valeant, nisi provocetur: & quid circa hæc in Belgio.*

5 *Utrum judex secundum conscientiam suam, an secundum acta & probata judicare debeat.*

6 *Omnes judices, etiam supremos, secundum leges & mores judicare debere: & secundum quæ jura judicetur in his provinciis.*

ALiud est veteribus & officium jus dicentis, aliud officium judicis, de quo hic quæritur: alterum enim jurisdictionis est, alterum nudæ notionis. Illud interpretes vulgo officium judicis nobile vocant, hoc mercenarium, verbis magis, quam sensu inconcinno. Ad officium jus dicentis hæc pertinent: minores facilitate sua læsos in integrum restituere; *l. 1. §. 1. de minor.* bonorum possessionem dare; in possessionem mittere; pupillis minoribus tutores curatoresve non habentibus constituere; judices litigantibus dare, jubere cavere prætoria stipulatione; *l. 1. l. 4. de jurisd.* sententiam judicum à se datorum exequi; *l. à Divo 15. de re judic.* multam dicere; pignora capere; *l. 1. si quis judic. non obtemp. l. 4 §. 2. de damn. inf.* Sic hodie cum magistratus, non servato judicii ordine, reum nec auditum ad solius actoris supplicationem jubet supersedere facto aliquo, puta cæsione sylvæ, cultione agri, &c. idque sub pœna, addita clausula, quæ & necessario addenda, ut si gravatum se sentiat mandato pœnali, certo die veniat se defensurus; quo veniente mandatum illud resolvitur in simplicem citationem: hoc item proficiscitur ab auctoritate prætoria & officio judicis nobili. *Oldend. in præfat. Class. C. de off. jud. D. Tuld. hic. c. 1.* ad officium judicis pertinet, causam cognoscere; *l. 9. C. de jud.* dare & moderari dilationes; *l. 7. de fer. & dilat.* jubere cavere stipulatione judiciali; *§. 1. sup. de div. stip.* denique de re cognita pronuntiare: nam & sententiæ officio judicis, quod mercenarium vocant, pronuntiantur, tam super re principali, quam super usuris, fructibus, sumptibus litis, aliisque accessionibus, *l. de qua re 74. de judic. l. qui per collusionem 49. §. ult. de act. empt.* dicta autem semel sententia, cessant partes judicis, & succedunt magistratus, *l. judex 55. de re jud.* Igitur ad officium judicis duo hæc maximè spectant; causæ cognitio, & judicatio. Causæ cognitio, quæ & disquitio, & examen, & disceptatio, est corpus & substantia judicii, nec ullus potentior judicii defectus. *Vestr. 3. pr. aul. Rom. c. 2. n. 7. & Gravat. ad Vestr. ibid.* Consistit autem in his rebus; ut judex negotii veritatem examinet, deinde & justitiam; quorum alterum ad factum refertur, alterum ad jus, *l. 3. de in int. rest.* Cognoscitur autem causa

causa ex iis, quæ à litigatoribus allegantur probanturque. Primo igitur litigatores audiendi; inde expendenda, quæ ad probationem afferuntur; neque id perfunctoriè & summatim, ut interdum fit, cum de re aliqua non ex professo agitur, sed duntaxat per occasionem, ubi judex præsentem probationem sequens, id quod contra affertur, si altiorem quæstionem habeat, in aliud tempus rejicere solet; *l. 3. §. 4. de Carb. edict. l. 15. §. 4. de re jud.* (consule de causis summarii judicii & perfunctoriæ cognitionis Vestrium *pract. aul. Rom. lib. 5. cap. 1. & seq. Damhoud. prax. civ. cap. 22. & seq. Mynf. 3. obs. 70. & 6. observ. 16.*) verum ut in justo judicio, adhibere plena & justa inquisitione. Est autem plena & justa inquisitio ac cognitio, cum judex nihil eorum, quæ ad intentionem actoris & defensionem rei pertinentia afferuntur, quæque judicii natura non repudiat, prætermittit, quin audiat cognoscatque, *l. 9. C. de judic. & ib. DD.* Causa sic disceptata ac cognita, superest, ut judex, qui de re cognovit, etiam judicet seu sententiam ferat, *l. de qua 74. de judic.* in qua ferenda quid pro officio observare debeat, docet deinceps Justinianus.

3 *Nec aliter judicet, quam legibus*] Judici permissum non est, quo velit modo, ita judicare: quippe qui legum minister, non arbiter est. Sed cavere debet, ne aliter judicet, quam legibus aut moribus est proditum, *hoc text. l. nemo 13. C. de sent. & interloc. auth. jubemus. C. de judic. Nov. 126. c.* 1. ubi jubentur judices νόμοις ἐγνωσμένην διδόναι ψῆφον, legibus cognitam edere sententiam. Cui consentaneum est, quod princeps humanæ sapientiæ Plat. & Arist. non uno loco tradiderunt, judicem legibus alligatum esse oportere. Et illud August. *c. 3. dist. 4.* Postquā leges latæ sunt, non de ipsis, sed secundum ipsas judicandū. Potest sane judex verba legis, si duriora videantur, æquitate quadam flectere, ut voluntatem legislatoris conservet: quinimo id facere jubetur, *l. benignius 18. de legib.* atque in re omni æquitatis potius, quam stricti juris rationem habere, *l. 8. C. de judic. Scriptum sequi,* ait M. Tullius *in ea pro Cacin. calumniatoris est: boni judicis, scriptoris voluntatem auctoritatemque defendere.* Atenim vero si & ipsa legis verba, & simul mens legislatoris perspicua sint, quamvis à generali illa æquitate, quæ communiter in omni lege inesse putatur, diffideant, cujus rei exemplum habemus in *l. prospexit §. 1. qui & à quib. man.* hic judex non potest prætextu æquitatis à verbis legis recedere, ne simul faciat contra legis sententiam, nec tam interpretetur legem, quam tollat; quod solius est Principis, hoc est, ejus cujus est & legem concedere, *l. 1. l. ult. C. de legib. Gudelin. lib. 5. de jur. nov. c. 2.*

4 Sententia contra formam juris lata nullius momenti est: veluti quæ causa non cognita, aut non publicè & palam, ac more majorum, aut non præsentibus iis, inter quos res agitur, dicta, *tit. Cod. quom. & quand. jud.* quæ ex scripto recitata non est, *C. de sent. & brevic. rec.* quæ absolutionem aut condemnationem non continet, *l. 3. C. de sent. & interl.* quæ sine certa quantitate prolata. *C. de sent. quæ sine cert. quant.* quæ lata est contra rem judicatam, à qua provocatum non est, *l. 1. C. quand. prov. non est nec.* quæ expressim contra leges, Senatusconsulta, aut constitutiones data, *l. si expressim. 19. de appell. l. 1. §. 2. quæ sent. sin. app. l. 2. C. quand. prov. non est nec.* & si quæ sunt similes. Cumque hujusmodi sententiæ auctoritatem judicati non habeant, etiam sine appellatione causa denuo induci potest, *dd. ll.* Sed quid si horum nihil objici possit, & tamen sententia injusta dicatur? Placet, sententiam valere, & standum esse rei judicatæ, si appellatum non erit, aut non intra tempora ad appellandum constituta, *l. præses 27. l. cum prolatis 32. de re jud. d. l. 2. C. quand. prov. non est nec.* usque adeo, ut nec rescriptum Principis contra sententiam recipiatur, *l. ult. C. sent. resc.* Verum hoc ita est, si nihil amplius proponatur, quam, sententiam in hypothesi injustam esse; quia de jure litigatoris judex pronuntians eum condemnavit, quem absolvere debebat, aut contra. Ut ecce, actor centum nomine sortis & viginti usurarum nomine petit: reus negat, usuras usurarum à se peti posse ex constitutionibus: judex reum in eam quantitatem, quæ petita est, condemnat, existimans, eas constitutiones nihil ad rem facere: Quamvis judex id imperitè & injustè faciat, rei tamen judicatæ standum esse responsum est, *d. l. præses junct. d. l. cum prolatis de re jud.* Diversa causa est, si pronuntiasset, usuras usurarum peti posse: tunc enim una cum reo constitutiones ipsas damnaret: qualis sententia cum non solum ἄδικος sit, sed etiam παράνομος, de lege ipsa & contra eam directo lata, ipso jure nulla est: & ideo nec provocationis auxilium in hac specie necessarium, *d. l. si expressim. 19. de app. d. l. 1. §. 2. quæ sent. sin. app.* ubi & aliud exemplum habes ad utramque partem hujus distinctionis accommodatum, *d. l. 2. C. quand. prov. non est nec.* ubi item exemplum aliud. Adi de tota hac re *Vant. de null. ex defect. proc. n. 118. & n. 122. & seqq. Zas. Duar. & DD. in d. l. præses de re jud.* ubi rectè observant, verba *condemnavit contra leges & sacras constitutiones*, non esse judicis pronuntiantis, sed Jurisconsulti casum referentis. *Add. D. Christin. vol. 4. dec. 117.* ubi post D. Leonin. *cons. 3. n. 7.* notat, *rubr. C. quand. prov. non est nec.* in hisce partibus non observari. Sed appellationem necessariam esse, etiam cum sententia ipso jure nulla est, uti & moribus Gallorum, ut idem eodem loco & *vol. 1. dec. 16. n. 6.* ex Imbert. Rebuff. Bugnion. & aliis refert. Rectius videtur dicere D. Diod.

Diod. Tuld. ad *d. tit. C. in fin.* sententias judicium in regionibus ipso jure irritas aut nullus non esse. Et igitur in statu juridiciali seu quæstione juris, quod judicem sequi oporteat, in medio positum est: si quidem ex jure, quod certum est, & notum ei esse debet, sententiam feret, tametsi à litigatoribus, aut eorum advocatis non allegetur aut probetur, *l. un. C. ut quæ desf. adv. jud. supp. & ib. DD.* In statu autem conjecturali, seu cum de facto ambigitur, plus difficultatis res habet. Nam cum facta plerumque incerta sint, probationibus eruenda veritas, & secundum acta & probata judicandum, *l. 6. §. 1. de off. præs.* Proin reus convictus condemnandus; non convictus, etsi ipse nihil præstiterit, absolvendus, *l. 4. C. de edend. l. 9. C. de obl. & act.* nec quod deest in facto, judex supplebit, arg. *d. l. un. C. ut quæ desf. advoc. ubi Gloss. & DD.* nisi factum actis continetur, puta exceptio aliqua, quæ non fuit allegata ex instrumento, quo probatur obligatio & actio, appareat, *Ranchin. in not. ad Guid. Pap. q. 221. Christ. Vol. 2. decis. 165. num. 1.*

5 Quoniam autem judex in judicando sequi jubetur rerum probatarum fidem, *d. l. 6. §. 1. de offic. præs.* plerique censuerunt, etiamsi liquido judici constet, falsitate aliqua vel testium vel instrumentorum bonam causam lædi, tamen secundum acta & probata, ut loquuntur, eum judicare debere, non secundum privatam scientiam; adeoque in foro animæ excusatum esse, qui secundum probata eum, quem scit esse innocentem, condemnat. Canonistæ in *c. Pastoralis 28. §. quia vero. X. de offic. deleg. Cyn. in l. un. C. ut quæ desf. adv. Covar. 1. ref. 1. Clar. lib. 5. §. fin. pr. crim. q. 66. n. 2. Cacheran. dec. 79. n. 43. & seqq. Christin. Vol. 2. decis. 148. n. 21. & Vol. 1. dec. 4.* ubi plures citantur. Mihi vero longè tutius videtur, ut dicamus, ita ex actis & probatis judicem judicare debere, ut tamen nunquam judicet contra conscientiam. Etenim jubetur judex judicare secundum ea, quæ probantur. At qui hoc facit, non potest non judicare secundum conscientiam. Quippe probare Latinis est fidem facere. Cui autem fides facienda, nisi judici? Huic enim eorum, quæ allegantur, examen mandatum est, & ita mandatum, ut ex animi sui sententia æstimare eum oporteat, quod aut credat, aut parum probatum sibi opinetur, *l. 3. de testib.* & prout religio suggerit, sententiam proferre, *l. enm quem. 79. §. 1. de judic.* Jam vero si ea, quæ allegantur, pugnent cum scientia judicis, fidem judici facere non poterunt, cum falsa sint, & religione metuque justissimi Numinis prohibebitur secundum ea judicare. Una enim & simplex est veritas: ac proinde dividi conscientia aut scientia judicis in publicam aut privatam non debet. Neque obstat *d. l. 6. §. 1. de off. præs.* nam & ibi jubetur præses, non tam instrumentis, quæ vitiosa & falsa esse possunt, quam rei veritate, quæ ex iis, quæ probantur, perspicitur, moveri. Itaque arbitror, & divino & humano juri consentaneum esse, ut judex in quæstione facti ex animi sui sententia, religione & conscientia pronuntiet, veritatemque asserat, spretis testimoniis, quamvis ille solus falsa ea esse sciat: maxime si talis est judex, ut ab eo nulla fit provocatio, nec veritati nisi in fide illius ullum præsidium. Sin vero is judex est, à quo provocari potest, satius est, eum à judicando abstinere & testimonio suo, quantum in se est, causam ejus, cui iniuria fit, apud iudicem superiorem adiuvare: ne temerè publica testimoniorum spernatur auctoritas, aut fenestra aperiatur pravis hominibus, passim gratificandi cui velint, obtentuque ac colore scientiæ aut conscientiæ id ipsum excusandi aut defendendi. Consent. *fere Coras. 4. misc. 20. Hotom. illustr. q. 27. D. Tulden. 3. de princ. jurispr. 6. & in comm. hic c. 3.* eoque etiam inclinare videtur *Costal. ad d. l. 6. §. 1. de off. præs.* Cæterum est hæc quæstio de raro contingentibus, cum difficulter contingere possit, ut vera iudicis scientia pugnet cum testimoniis aut instrumentis quibus nihil obiici queat.

Legibus, constitutionibus, moribus proditum.] 6 Præceptum hoc ad omnes iudices ex æquo pertinet, sive magistratum gerant, sive aliter iudicent; quanquam sunt, qui id pertinere negant ad summas præfecturas seu Curias ultimæ iurisdictionis. Nam Justinianus generaliter loquitur, & in *Nov. 8. c. 12.* nominatim de præsidibus provinciarum: omnemque dubitationem tollit *Nov. 82. c. 13.* In his provinciis qui iudicant, primum iura municipalia & constitutiones provinciales, tum mores ac consuetudines locorum spectant, quibus si controversia dirimi non possit, ad ius commune, id est, Romanum, apud bonam partem Europæ observatum, tanquam ad ἄσυλον, confugiunt. *Gudelin. lib. 1. de jur. noviss. Christin. Vol. 1. decis. 343. Grot. 1. manuduct. ad iurispr. Batav. c. 2.*

Textus.
De judicio noxali.

1. Ideoque si noxali judicio aditus est, observare debet, ut, si condemnandus videtur dominus, ita debeat condemnare, Publium Mævium Lucio Titio in decem aureos condemno; aut noxam dedere.

NOTA.

NOTA.

1. NOXALI JUDICIO ADITUS] Cujac. *addictus*, vel *additus*: sed huiusmodi verba parum conveniunt moribus sæculi Justinianei, quo impetrationes actionum jam sublatæ erant Wel.

COMMENTARIUS.

UT sententia judicis valeat, & res judicata esse intelligatur, necesse est reum aut absolvi aut condemnari, *l. 1. de re iud. l. 3. C. de sent. & interloc.* Condemnatio autem in certam rem vel quantitatem fieri debet: incerta & vaga vim sententiæ non habet, §. *curare 32. sup. de act.* nisi natura rei petitæ obstet, quominus certa sententia ferri possit; veluti in judiciis universalibus, qualia sunt petitio hæreditatis & actio familiæ ercifcundæ; aut si plures res generaliter aut disjunctim promissæ petantur: nam eodem modo condemnatio facienda, ne per sententiam reo auferatur jus electionis, *Vid. not. sub d. §. curare.* Quod autem Justinianus hic scribit, judicio noxali convictum ita condemnandum esse, ut aut pecuniam solvat, aut servum noxæ dedat, id non videtur esse necessarium; quoniam pecunia tantum in actionem judicati venit; dedendi autem facultas non à iudice, sed à lege est, *l. 6. §. 1. de re iud.* quod alibi quoque monuimus *sub §. 2. de noxal. act.*

Aut noxam dedere] Τὸν βλάψαντα, corpus ipsum, quod nocuit, §. 1. *sup. de nox. act.* Similis locutio est in *l. 1. in fin. pr. de his qui effud.*

TEXTUS.

De actionibus realibus.

2. *Et si in rem actum sit coram judice, sive contra petitorem judicaverit, absolvere debet possessorem: sive contra possessorem, jubere ei debet, ut rem ipsam restituat cum fructibus. Sed si possessor neget, in præsenti se restituere posse, & sine frustratione videbitur tempus restituendi causa petere, indulgendum est ei; ut tamen de litis æstimatione caveat cum fidejussore, si intra tempus, quod ei datum est, non restituerit. Et si hæreditas petita sit, eadem circa fructus interveniunt, quæ diximus intervenire de singularum rerum petitione. Illorum autem fructuum, quos culpa sua possessor non perceperit, sive illorum, quos perceperit, in utraque actione eadem ratio pene habetur, si prædo fuerit. Si vero bonæ fidei possessor fuerit, non habetur ratio neque consumptorum, neque non perceptorum. Post incboatam autem petitionem etiam illorum fructuum ratio habetur, qui culpa possessoris percepti non sunt, vel percepti consumpti sunt.*

NOTÆ.

ET SINE FRUSTRATIONE] Th. καὶ δίχα ὑπερθέσεως non moræ aut frustratoriæ dilationis causa. Reus igitur frustrator non auditur.

INDULGENDUM EST] In actionibus in personam quadrimestres induciæ condemnato jure publico indulgentur, *l. ult. C. de usur. rei jud.* quod tamen non puto pertinere ad actiones depositi, commodati, aut similes, quibus certa species petitur, extra quam si reus damnatus sit in rei petitæ æstimationem: neque enim malitiis indulgendum est.

EADEM RATIO PENE] τὸ *pene* additum propter causam, quam modo dixi. Forte etiam, quia in actione in rem speciali officio judicis fructus veniunt: in petitione hæreditatis jure & potestate ipsius actionis, ut cætera corpora hæreditaria, *l. 20. §. 3. l. 40. §. 1. d. tit. l. 1. & 2. C. eod.* Cujac.

SI PRAEDO] *l. 25. §. 3. & seq. d. tit. l. 22. C. de rei vind. l. 33. D. eod.* nec interest ab initio mala fide possederit, an postea possidere cœperit, *leg. 23. §. 1. l. 48. §. 1. de acquir. rer. dom. d. l. 25. §. 5. de har. pet.*

POST INCHOATAM PETITIONEM] *d. l. 22. C. de rei vind. l. 2. C. de fruct. & lit. exp. l. 4. §. 2. D. fin. reg.* Quoniam post motam controversiam omnes possessores pares sunt, *d. l. 25. §. 7. l. 10. C. de long. temp. præscr.*

COMMENTARIUS.

1 *Tempus judicatis indultum in actionibus in personam: & quid hic juris apud Batavos.*
2 *Qui possessores quos fructus quatenus restituere debeant, summatim.*

HOc §. agitur de officio judicis in actione in rem, tum singulari, seu rei vindicatione, tum universali, sive petitione hæreditatis: doceturque, officium illud

illud versari partim circa res petitas, partim circa fructus.

Ut rem ipsam restituat cum fructibus] Plenius dicendum erat, *ut rem petitam restituat cum omni causa,* id est, id omne, quod habiturus foret petitor, si tempore litis contestatæ res ei restituta fuisset, *l. Julianus 17. §. 1. l. præterea 20. de rei vind.* & porro si possessor restituere jussus arbitrio judicis non pareat, tum eum, ut in actionibus arbitrariis, qualis est rei vindicatio, fieri solet, condemnandum quanti petitor in litem juraverit, *l. ejus rei 46. de rei vind. l. 5. l. 8. de in lit. jur.* Nonnunquam & possessori ob contumaciam, manu militari seu per executores litium rem auferri, puta si id petitor maluerit, & sua interesse doceat, *l. qui restituere 68. de rei vind.* quomodo apud nos semper proceditur, *art. 172. Instr. Cur. Holland. add. not. sub §. præterea 33. sup. de act.* Postremo & victum victori in expensas litis condemnandum, nisi justam causam litigandi habuerit, *l. 13. §. sive autem 6. C. de judic.* de quo explicatius *tit. prac. sub §. 1.*

Cum fructibus] Etiamsi expresse petiti non sint, *l. & ex diverso 35. §. 1. de rei vind.* idque vel ex eo satis intelligitur, quod officio judicis continetur, ut jubeat fructuum restitutionem fieri: judicis enim officio proprie id contineri dicitur, quod ei tacite suo jure permissum est; quamvis prætor nullam ejus in formula mentionem fecerit, *l. plane 38. de hær. pet. l. si reus 77. de procur. l. 9. §. 1. de furt. l. qui per collusionem 49. §. 1. de act. empt. add. Mynf. 4. obs. 55. Christin. Vol. 2. decis. 105. n. 2. Vant. de nullit. sent. ex defect. proc. n. 97.* ubi ait, petitionem fructuum tacite & virtualiter petitioni rei inesse. Dissent. D. Tulden. *comm. hic, cap. 8. & D. Perez. ad tit. Cod. de rei vind. num. 16.*

1 *Sed si possessor*] Si possessor cavetur, se non posse in præsenti rem restituere, & sine fraudatione tempus ad restituendum petat, potest judex ex humanitate ei gratificari, & moderatum tempus concedere, intra quod restituat. Dissimilis ratio est in actionibus in personam, in quibus condemnato quadrimestres induciæ indulgentur, *l. ult. C. de usur. rei jud.* Quippe res aliena, quam quis penes se habet, facilius restitui potest, quam pecunia explicari. Et ideo dixerim, interdum nec in actione personali damnato quadrimestre tempus concedendum, nempe si certa species petita sit, veluti actione depositi, vel commodati, cujus & præstandæ facultatem reus habeat: neque enim malitiis indulgendum est: & contra nonnunquam tanti temporis laxamentum reo dandum in actione in rem, nempe si damnatus sit in rei petitæ æstimationem. Apud nos locum quodammodo habent induciæ triginta dierum; quod spatium judicatis largiebatur lex duodecim tabularum, teste Aulo Gellio *lib. 20. c. 1.* Idque adeo obtinere videtur in utroque genere actionum: nam utique victor saltem tam diu expectare, partim ex humanitate, partim ex necessitate juris debet, donec tempus appellationi constitutum præterierit: appellationi inquam tam interponendæ, quam introducendæ. Nam interponendæ appellationi decem dies, *auth. hodie. C. de appell.* introducendæ viginti apud nos constituti sunt. *Instr. Cur. Holl. art. 198. & 206.* Notat hoc *D. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 5. tit. 6. cap. 7.*

Eadem circa fructus] Est tamen nonnihil differentiæ. 2
Nam in singularum rerum petitione bonæ fidei possessor fructus omnes consumptos lucratur: *l. 4. §. 2. fin. reg.* in petitione hæreditatis etiam consumptorum nomine tenetur, in quantum locupletior factus, *l. 25. §. 11. de hæred. petit.* In illa officio judicis fructus veniunt, in hac jure & potestate ipsius actionis, ut cætera corpora hæreditaria, *l. 20. §. 3. l. 40. §. 1. d. tit.* quam ob causam forte mox additur τὸ *pene.* Malæ autem fidei possessor fructus omnes, etiam qui consumpti sunt, una cum re restituere debet, *d. l. 22. C. de rei vind.* teneturque adeo non de perceptis tantum, sed etiam de iis, qui non percepti honeste percipi potuerunt, *hoc text. l. fructus 33. de rei vind.* nec refert, ab initio quis mala fide possederit, an postea possidere cœperit, *l. bonæ fidei 48. §. 1. de acq. rer. dom.* Denique possessores omnes post litem contestatam pares sunt, & tanquam malæ fidei possessores tenentur, *l. sed et si 25. §. si ante 7. de hær. pet. d. l. 22. C. de rei vind. l. 2. C. de fruct. & lit. expens.* Fusius hæc explicui *sup. §. 35. de rer. divis. & lib. 1. sel. quæst. cap. 25. & seq.*

TEXTUS.

De actione ad exhibendum.

3. *Si ad exhibendum actum fuerit, non sufficit, si exhibeat rem is, cum quo actum est; sed opus est, ut etiam rei causam debeat exhibere, id est, & eam causam habeat actor, quam habiturus esset, si, cum primum ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset. Ideoque si inter moras exhibendi usucapta sit res à possessore, nihilominus condemnabitur. Præterea fructuum medii temporis, id est, ejus, quod post acceptum ad exhibendum judicium, ante rem judicatam, intercesserit, rationem habere debet judex. Quod si neget*

get reus, cum quo ad exhibendum actum est, in præsenti se exhibere posse, & tempus exhibendi causa petat, idque sine frustratione postulare videatur, dari ei debet, ut tamen caveat, se restituturum. Quod si neque statim jussu judicis rem exhibeat, neque postea se exhibiturum caveat, condemnandus sit in id, quod actoris intererat, si ab initio res exhibita esset.

NOTÆ.

3. UT ETIAM REI CAUSAM] Id est, commoda rei externa, puta, fœtus animalium, partus ancillarum, utilitates amissæ, &c. *l. 9. §. pen. & ult. ad exhib.*

USUCAPTA SIT] *d. l. 9. §. 6.* Usucapio ex ratione juris veteris non interrumpitur litis contestatione, *l. 10. l. 20. de rei vind.* sicut præscriptiones temporum, *l. 1. l. 2. l. 10. C. de long. temp. præsc.* At hodie discrimen istud non obtinet, *l. 2. l. 3. C. de annal. exc.*

SINE FRUSTRATIONE] Id est, justa ex causa, *l. 5. §. ult.* ubi & justæ causæ hujus generis indicantur, *l. 12. §. 5. ad exhib.*

AB INITIO RES EXHIBITA] Quod declaratur *l. 9. §. pen. & ult. l. 10. & seqq. eod.* atque ob contumaciam damnatur, quanti actor in litem juraverit: alias quanti res vere est, *l. 3. §. 2. d. l. 9. §. ult. l. 5. de in lit. jur.*

COMMENTARIUS.

Actio ad exhibendum præcursio quædam est, & præparatio actionis in rem de re mobili: nam proter vindicationes potissimum introducta est, *l. 1. ad exhib.* quanquam aliquando & personali actione & interdicto experiri volenti competit, *l. 3. §. 1. §. sciendum 9. cum. seqq. & passim, eod. tit.* Est autem exhibere, rei in publico potestatem facere tum videndæ tum contrectandæ, ut experiundi sit copia, *l. 2. eod.* experiundi non actione ad exhibendum, qua jam satis actum est, sed principali, quam actor re exhibita exequi constituit, *l. 9. §. quantum 5. eod.*

Ut rei causam] Actione ad exhibendum damnatus non rem tantum, sed etiam causam rei exhibere debet. In re hæc sunt, ut exhibeatur res eadem, ut exhibeatur eodem jure, quo fuit cum petita est. Eadem res exhibita videtur, si exhibitum est idem corpus eadem specie, qua fuit tempore litis contestatæ, *d. l. 9. §. 3.* Quid si deterior facta? Ad exhibendum possessor absolvi debet. Cæterum si dolo aut culpa ejus deterior facta sit, tenebitur actione legis Aquiliæ de damno, *l. si quis 17. eod. l. 7. C. eod. & ibi Sich. n. 5. & seq.* Eodem jure, si re exhibita actori integra sit actio principalis, ut initio fuit, in nullo causa, quam intendit, læsa, *d. l. 9. §. quantum, l. 10. & seq. eod.* Per causam rei significantur commoda rei externa, puta fœtus animalium, partus ancillarum, denique id omne, quod habiturus esset actor, si litis contestatæ tempore res illi exhibita fuisset, *l. cum fundus 31. de reb. cred. l. præterea 20. de rei vind. & hoc text.* De quo mox plura.

Inter moras judicii res usucapta] *L. 9. §. proinde 6. ad exhib.* Nam ex ratione juris veteris per litis contestationem usucapio naturaliter non interrumpitur, sed pendente etiam lite impleri potest, *l. 18. d. l. 20. de rei vind.* quamvis effectu juris, victo possessori non prosit. Quippe qui nihilominus rem restituere tenetur. Secus erat in præscriptione longi temporis: nam quia præscriptiones temporum factæ sunt, placebat eas per litis contestationem plene interrumpi, *l. 10. C. de acq. possess. l. 1. l. 2. l. 10. C. de long. temp. præsc.* Sed hodie hæc differentia non obtinet, *l. 2. & l. 3. C. de annal. exc. vid. sup. de usuc. §. diutina.*

Fructuum medii temporis] Commoda quoque rei externa, puta fœtus animalium, item partus ancillarum, una cum exhibitione in hoc judicio veniunt, *d. l. 9. §. pen.* Quod tamen haud dubie sic accipiendum, si possessor hac actione victus de re ipsa, porro contendere judicio directo supersederit; cum Accursio in *d. §. pen.* ubi recte monet, eodem modo accipiendos esse locos omnes, qui de restitutione ex hac actione facienda loquuntur. Nam qui rem ipsam restituere non debet, utique nec accessiones debet. Posse autem hanc actionem una cum principali eodem libello proponi, quia id ad compendium litis tendit; ita tamen ut judex non una cognitione utramque expediat, sed prius cognoscat & pronuntiet de præparatoria, docent *Oldend. Class. 5. act. 1. q. 7. Sich. in rubr. C. ad exhib. n. 8.*

Tempus exhibendi causa petat] Si possessor in præsentia facultatem exhibendi non habeat, interdum ei ex causa tempus à judice indulgetur, nempe petenti sine fraudatione, & cautionem offerenti de re, cum poterit, exhibenda. Causæ hujus generis indicantur *l. 5. §. ult. ad. exhib.*

Quod si neque statim] Si possessor exhibere jussus, neque exhibeat, neque se exhibiturum caveat, placet eum condemnandum esse in id, quod actoris interest, hoc est, in id omne, quod vel habere potuit, si res ab initio exhibita fuisset. Quod declaratur, *d. l. 9. §. pen. & ult. l. 10. & seq. ad exhib.* Harum autem rerum duplex officio judicis æstimatio; adversus con-

contumacem, quanti actor, utique qui jure dominii cohiberi desiderat, in litem juraverit; adversus cæteros, quanti res vere est, *l. 3. §. 2. d. l. 9. §. ult. eod. l. 5. de in lit. jur.* Usus hujus actionis hodie rarior est. De quo *Christ. Vol. 2. dec. 191. n. 3.*

TEXTUS.

Familiæ erciscundæ.

4. Si familiæ erciscundæ judicio actum sit, singulas res singulis hæredibus adjudicare debet: & si in alterius persona prægravare videatur adjudicatio, debet hunc invicem cohæredi certa pecunia (sicuti jam dictum est) condemnare. Eo quoque nomine cohæredi quisque suo condemnandus est, quod solus, fructus hæreditarii fundi perceperit, aut rem hæreditariam corruperit, aut consumpserit. Quæ quidem similiter inter plures quoque quam duos cohæredes subsequuntur.

NOTA.

AUT REM HAEREDITARIAM CORRUPERIT] Vel quod cohæres in rem communem necessarias impensas fecerit: quæ sunt hujus judicii præstationes personales, de quibus dictum *sup. §. 3. de obl. quasi ex contr.*

COMMENTARIUS.

TRitum est, sententiam debere respondere petitioni, & conformem esse libello: quod à jure non abhorret, si sane accipiatur. Neque enim extra fines petitionis vagari sententia debet, aut condemnatio in rem aliam fieri, quam quæ in judicium deducta est, & cujus judicatio judici permissa, *l. ut fundus 18. comm. div. l. ult. C. de fideic. libert. Gail. 1. obs. 66. Schneid. in §. curare 32. sup. de act. n. 4.* Sed tamen in duplicibus judiciis id non usquequaque observatur, ut intelligemus ex adjudicationibus & mutuis condemnationibus, quæ in his judiciis permissæ.

Singulas res singulis hæredibus] Judicium familiæ erciscundæ duo continet, rerum hæreditariarum divisionem, & quasdam præstationes personales, quibus scilicet hæres hæredi propter communionem rerum obnoxius est. In rerum divisione hæc observare judex familiæ erciscundæ debet, ut res singulas singulis hæredibus adjudicet, ut hic ait Justinianus. Quod tamen non ita accipiendum est, quasi semper & necessario hæc ratio divisionis ineatur: nam si fundi hæreditarii commode per regiones dividi possunt, nihil impedit, quo minus ita dividantur; sed quoniam in plerisque rebus hæc divisio commodissima est.

Debet hunc invicem] Cum impar adjudicatio est, is cujus pars præponderat, vicissim in certam pecuniam consorti damnandus est, ut æqualitas per omnia conservetur, *l. Mævius 52. §. 2. l. si familia 55. fam. ercisc.*

Eo quoque nomine] Hæres cohæredi eo quoque nomine judicio familiæ erciscundæ condemnandus est, quod solus fructus fundi hæreditarii perceperit, vel rem hæreditariam corruperit, consumpseritve, vel quod cohæres in rem communem impensas fecerit, quas propter partem suam necesse habuit facere, *l. & puto 16. §. pen. l. his consequenter 18. §. 3. l. hæredes. 25. §. si unus 15. §. item culpa 18. l. inter cohæredes 44. §. quod ex facto 5. fam. erc.* Atque hæ sunt hujus judicii præstationes personales, de quibus fusius alibi explicatum est, *sup. de obl. quæ quas. ex contr. §. 3. & sup. de act. §. quadam 20.*

TEXTUS.

Communi dividundo.

5. Eadem interveniunt, etsi communi dividundo de pluribus rebus actum sit. Quod si de una re, veluti de fundo: siquidem iste fundus commode regionibus divisionem recipiat, partes ejus singulis adjudicare debet; & si unius pars prægravare videtur, is invicem certa pecunia alteri condemnandus est. Quod si commode dividi non possit, vel si homo forte, aut mulus erit, de quo actum sit, tunc totus uni adjudicandus est, & is invicem alteri certa pecunia condemnandus est.

NOTÆ.

PARTES EJUS SINGULIS] divisio prædii sine cuiusquam iniuria commode fieri possit, cuique sua portio certis finibus adiudicanda, *l. 1. C. comm. div.*

VELUTI SI HOMO] Hotom. Theoph. *Vel si homo*, quod magis placet. Ut sit sensus, si res aut non commode, aut non omnino partes pro diviso recipiat,

recipiat, veluti si agatur de servo, aut iumento, totam uni adiudicandam, eumque alteri certa pecunia condemnandum, *l. 3. C. eod.*

COMMENTARIUS.

JUdicium communi dividundo, ut fine eodem, ita iisdem rebus constat, quibus iudicium familiæ erciscundæ, rerum scilicet communium divisione & iisdem præstationibus personalibus, *l. 3. comm. div.* Atque hinc & in divisione rerum, in earum adiudicatione & condemnatione mutua, & in præstationibus personalibus, idem in hoc quoque iudicio observatur, *d. l. 3. l. 6. §. 1. & seqq. eod.*

Quod de una re] Cum de re una dividenda agitur, siquidem ea commode dividi potest, veluti fundus per regiones, singulæ singulis portiones adiudicandæ & si cuius portio maior esse videbitur, is vicissim socio in certam pecuniam condemnandus, *l. 1. C. comm. div.* quod si reus partes pro diviso non recipiat, veluti si agatur de servo aut equo, aut non commode recipiat, tota uni adiudicanda est, & is alteri certa pecunia damnandus, *l. 3 C. eod. tit.*

TEXTUS.

Finium regundorum.

6. Si finium regundorum actum fuerit, dispicere debet judex, an necessaria sit adjudicatio: quæ sane uno casu necessaria est, si evidentioribus finibus distingui gros commodius sit, quam olim fuissent distincti. Nam tunc necesse est, ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adjudicari. Quo casu conveniens est, ut is alteri certa pecunia debeat condemnari. Eo quoque nomine condemnandus est quisque hoc judicio, quod forte circa fines aliquid malitiose commisit: verbi gratia, quia lapides finales furatus est, vel arbores finales excidit. Contumacia quoque nomine quisque eo judicio condemnatur; veluti si quis judice metiri agros passus non fuerit.

NOTÆ.

FURATUS EST] Vel terminos ejecit, locoque movit, aut exaravit. Et potest judex, qui de hujusmodi crimine cognoscit, etiam de finibus cognoscere, *l. 4. §. 4. eod.*

CONTUMACIAE QUOQUE NOMINE] *d. l. 4. §. 3.* Condemnabitur autem contumax in id, quod adversarii interest. Nam multam irrogare magistratus est, non pedanei judicis.

COMMENTARIUS.

JUdicium finium regundorum rarius admittit adjudicationes & condemnationes mutuas, quam judicia superiora: quia in judicio finium regundorum de agris tantum & fundis agitur, qui facile per regiones dividi possunt. Deinde quia apud judicem finium regundorum non agitur de re communi, ut ea dividatur, sed de re, quam quisque suam esse contendit, ut finibus ad normam suam redactis, quod quisque intra fines istos habet, id totum retineat; si quid amplius, id vicino restituatur, *l. 4. pr. l. 8. pr. & §. 1 fin. reg.* quo intuitu actio finium regundorum dicitur pro vindicatione esse, *l. 1. eod.* & causæ proprietatis cohærere, *l. 3. C. eod.*

Uno casu necessaria est] Si de finibus constet per evidentes & manifestos limites, judicis officium est eos custodire. Si turbati sunt aut obscurati, ita tamen ut eorum vetera vestigia appareant, à judice renovandi & evidentius distinguendi sunt, *l. 3. de term. mot. C. ex literis. x. de probat.* Quod si nulla veterum finium vestigia appareant, nec probari possint, novi fines ex consilio agrimensorum constituendi, *l. 2. §. 1. l. 3. l. 8. fin. reg. l. 3. C. eod. Myns. 6. obs. 27.* Uno autem casu permittitur adjudicatio, si videlicet fines recte dirigi non possunt vel propter loci inæqualitatem, vel propter veterum finium incertitudinem; & ideo aliis finibus evidentioribus agrum distingui expediat. Nam cum hic necesse sit ex unius agro partem aliquam detrahi, & alterius agri domino adjici, res transigenda adjudicatione & condemnatione, *d. l. 2. §. 1. l. 3. l. 4. eod.* De probatione finium adeundi *Hieronym. de Monte tract. fin. reg. cap. 50. & seqq. Myns. 6. th. 25. VVesemb. par. hoc tit. n. 7. Christin. Vol. 2. decis. 183. n. 5. & seqq.*

Evidentioribus finibus] Quippe publice interest, evidenter distinctos esse agrorum terminos. Ovidius 3. *fastor.* de Deo Termino: *Omnis erit sine te litigiosus ager.*

Circa fines aliquid malitiose] Duo hic ait Justinianus: primum, eum quoque hoc judicio condemnandum, qui quid malitiose circa fines admisit, puta lapides finales furatus est, arbores finales excidit: deinde hoc eodem judicio etiam contumaciæ nomine condemnationem fieri, veluti si quis mensorem missum ad declarandos terminos metiri non patiatur. Solent enim judices in lite finium dirimenda uti arte & opera agrimensorum, *l. 8. fin. reg. l. 3. C. eod.*

C. eod. Hieron. de Monte d. tract. c. 31. *& seq. Mynf.* 6. *obs.* 27. *Christin. Vol.* 2. *decis.* 184. *& seq.* Quod de contumacia hic dicitur, idem traditur apud Ulpian. *l.* 4. §. 3. *eod.* In quid igitur condemnabitur contumax? In id scilicet, quod adversarii interest. Nam multam irrogare, quæ pœna esse solet contumaciæ, non pedanei judicis, sed magistratus est. De delictis admissis circa fines, veluti de terminis dejectis, vel exaratis, lapidibus amotis, arbore terminali excisa, judicium criminale constitutum est de termino moto, *tit. de term. mot.* Et potest quidem judex, qui de hujusmodi crimine cognoscit, etiam de finibus cognoscere, *l.* 4. *§. si dicantur* 4. *fin. reg.* Sed è converso judex, qui cognoscere cœpit de finibus, non poterit cognoscere de crimine, & delinquentem extra ordinem coercere. Juxta *l.* 1. *& l.* 3. *de term. mot.* Neque ea mens Justiniani est; sed hæc, delinquentem etiam hujus admissi nomine à iudice finium regundorum civiliter adversario suo condemnandum esse, quanti is sua interesse iuraverit; vel etiam, ut, quod pendente quæstione finali ex fundo vicini occupavit prolatis finibus, id ei cum altero tanto de suo agro reddat, *l.* 4 *C. fin. reg.* Atque hæc civilis condemnatio non impedit, quominus adhuc criminaliter atque extra ordinem agi possit de termino moto. *Hieronym. de Monte d. tract. cap.* 34. *& seq. D. Tulden. Comment. hic, cap.* 6.

Lapides finales] Sive terminales, qui & grumi: οἱ τῶν ὅρων λίθοι, οἱ διορίζοντες τοὺς ὅρους λίθοι, qui fines & terminos distinguunt.

TEXTUS.

De adjudicatione.

7. ***Quod autem istis judiciis alicui adjudicatum fuerit, id statim ejus fit, cui adjudicatum est.***

NOTA.

7. Ejus fit, cui adjudicatum] Adjudicatio modus est acquirendi dominii iure Quiritium. Ulp. *tit.* 19. §. 15. Quod si per errorem de fundo alieno, quasi de communi actum, & ex adiudicatione possidere cœpero, procedit mihi usucapio, *l.* 17. *de usuc.*

Commentarius.

Quod in tribus istis iudiciis, familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum, uni ex cohæredibus, sociis aut vicinis adjudicatum est, id illi statim acquiritur, ut hic scribit Justinianus, & diserte quoque testatur Ulpianus in *fragm. tit.* 19. *§. adjudicatione* 15. Quæ res magni erroris causam præbuit interpretibus. Hinc enim inferre & probare vulgo solent, ex sententia judicis dominium transferri: quod à veritate abest quam longissime: neque aliunde apertius hic error convincitur, quam ex hoc ipso & d. Ulpiani loco. Nam cum tam Imperator, quam Jurisconsultus scribat, in tribus istis judiciis quod adjudicatum fuerit, statim ejus fieri, cui adjudicatum est, hoc ipso satis uterque significat, in aliis judiciis non idem juris esse, neque eam esse auctoritatem cujusvis sententiæ judicis, ut dominium in aliquem transferat. Quid enim haberent speciale tria ista judicia, si idem jus esset in omnibus cæteris? Sed neque existimandum est, in istis tribus vi & potestate sententiæ fieri, ut dominium in unum transferatur, sed totum hoc pendet à potestate adjudicationis, quam lex duodecim tabularum unum esse voluit ex modis acquirendi dominii jure Quiritium relatis, apud Ulpian. *d. tit.* 19. Cum vero extra ista judicia adjudicationi locus non sit, sequitur, nec in aliis judiciis dominium per sententiam transferri De quo late *Ant. Fab. dec.* 98. *err.* 7. *& seqq.*

TITULUS XVIII.

D. lib. 48. *tit.* 1.

De publicis judiciis.

Ratio hujus tractationis.

Absoluta pro modo instituti operis ea parte juris, cujus solius tractatio suscepta est, scilicet tractatione juris privati, attexit Imperator auctarii vice particulam aliquam decerptam ex jure publico, ea videlicet illius juris parte, quæ leges continet publicorum judiciorum. Voluit nimirum aliquid accessionis nobis dare: quanquam parce dedit, indicatis tantum fontibus, unde plura haurire liceat: nec largius dare debuit, quia est præter institutum, & velut quidam excessus. Quamobrem & nos in hac appendice explicanda solito erimus breviores; maxime cum jam commentarii nostri in satis magnam molem excreverint.

Textus.

De differentia à privatis.

Publica judicia neque per actiones ordinantur, neque omnino quicquam simile habent cum cæteris judiciis, de quibus

locuti

locuti sumus: magnaque diversitas eorum est & in instituendo & in exercendo.

NOTÆ.

NEQUE PER ACTIONES ORDINANTUR] Id est, non constituuntur & exercentur per actiones ordinarias, sicut iudicia privata.

MAGNA DIVERSITAS ET IN INSTITUENDO] De veteri ordine exercendorum iudiciorum publicorum. Car. Sigon. *lib. singul.* Nic. Gruch. 1. *de com. Rom. 2.* Brisson. *2. select. Ant. 1.* Postea extra ordinem exerceri cœperunt, durante tamen legum pœna, *l. 8. de publ. jud. l. 1. §. ult. l. 13. de pœn.* & in crimen subscriptione, *l. 3. §. 2. de accus. l. ult. C. eod.* Cuiac. *8. obs.* 33.

1. QUOD CUIVIS EX POPULO] Exceptis iis, quibus hæc potestas jure publico adempta, *l. 43. §. 10. de rit. nupt.* junct. *l. 8. l. 9. & seqq. de accus.* Addendum, & quia causæ sunt publicæ. Nam & popularis actio publica dicitur, eo quod cuivis è populo patet: privata tamen est respectu causæ, *leg. 30. §. 3. de jurejur.* junct. *titul. de pop. action.*

COMMENTARIUS.

Iudicia privata quomodo constituantur & exerceantur, intelligi potest ex iis, quæ dixi sub *pr. & §. 1. de action.* Publicorum judiciorum exercendorum lege alia ratio est, & longe alia hæc etiam apud veteres fuit, quam tempore mediæ Jurisprudentiæ. De veteri forma & ordine adeant antiquitatis studiosi *Carol. Sigon. lib. sing. Nicol. Gruch. lib. 1. de comit. Rom. c. 2. Barn. Brisson. lib. 2. select. antiquit. cap. 1.* qui de eo ex professo scripserunt. Postea vetus ille ordo exercendorum judiciorum publicorum in usu esse desiit, & de criminibus publicis, extra ordinem, præfecti vel præsides cognoscere cœperunt, durante tamen pœna legum, *l. 8. de publ. judic. l. in Senatusconsultum 15. §. 1. ad Senatusc. Turpill. l. 1. §. ult. l. hodie 13. de pœn.* Illud etiam mansit, ut is, qui accusare paratus est, ad eum, cui judicii publici exercitio obtigit, rei nomen deferat, idque recipi postulet, & qua lege eum reum faciat, profiteatur; deinde & in crimen subscribat, id est, interprete Ulpiano *l. 3. §. 2. de accus.* libello subscribat, se professum esse: quæ res similitudine supplicii eum obstringit, *l. ult. Cod. d. tit. leg. ult. C. de calumn.*

TEXTUS.

Etymologia.

1. Publica autem dicta sunt, quod cuivis ex populo executio eorumplerumque datur.

COMMENTARIUS.

1 *Libertatem accusandi hodie sublatam.*
2 *Criminalia judicia nunc omnia publica facta.*

Cuivis ex populo] D. Hotomannus contra ideo hæc judicia publica dici existimat, quia causæ publicæ sunt, quæ æquè & universè ad omnes pertineant. Sanè, si ratio quæritur, cur hæc potissimum judicia publica facta sint, eorumque persecutio cuivis è populo permissa, probabile est, id ex eo natum, quod in his judiciis agitur de delictis, quæ maxime ad læsionem & turbationem status publici pertinent. *Duar. lib. 1. disp. 37. Charond. 3. Verisim. cap. ult. add. Cujac. 8. obs. 33.* Bene Chrysost. Homil. ad Antioch. Κοινόν ἐςι τὸ ἔγκλημα, δημόσιον τὸ ἀδίκημα, ἔξεςιν ἑκάςῳ τῶν βελομένων κατηγορεῖν.

Plerumque] Pro *fere* dixit, illud significans, quod Ulpianus *l. palam. 43. §. senatus 10. de rit. nupt.* scribit, publico judicio cuivis ex populo experiri licere, nisi si cui lege aliqua accusandi publico judicio non est potestas. Intelligit autem eos, qui enumerantur *l. 8. l. 9. & seq. de accus.* Hodie hæc libertas accusandi sublata est, neque amplius quilibet à 1
populo ad accusationem admittitur, sed soli advocati procuratoresve fisci aut Balivi jus accusandi & crimina persequendi habent, ubi vindicta publica agitur. Quod politici judicant rectius constitutum esse ad retinendam civium inter se concordiam. Nam nullus privatus civis potest accusatoris personam sibi sumere absque maxima invidia & odio ejus, cui diem dixerit: ex qua re facile seditiones oriuntur inter cives. Quod incommodum præclare vitatum est, universo hoc accusandi munere demandato publicæ alicui personæ. Sed & hodie omnia judicia crimi- 2
nalia publica videntur: nam videmus, in omnibus fere criminibus nunc per inquisitionem procedi, quæ nota videtur publicorum judiciorum; & accusationibus procuratoribus fisci aut Balivis crimina quævis exerceri, veluti furti, bonorum raptorum, &c. *Clar. lib. 5. §. 1. n. 6.* idem de jure Canonico affirmat ex *Gloss. in cap. infames 6. quæst. 1.*

TEXTUS.

Divisio.

2. Publicorum judiciorum quædam capita-

pitalia sunt, quædam non capitalia. Capitalia dicimus, quæ ultimo supplicio afficiunt homines, vel etiam aquæ & ignis interdictione, vel deportatione, vel metallo. Cætera si quam infamiam irrogant cum damno pecuniario, hæc publica quidem sunt, sed non capitalia.

NOTÆ.

2. ULTIMO SUPPLICIO] Ultimum supplicium mortem solam interpretamur, *l. 21. de pœn.*

CUM DAMNO PECUNIARIO] Aut in corpus aliqua coërcitione, *d. l. 2. hoc tit.* Exempla sunt in §. 4. & §. 8. *inf. eod.*

COMMENTARIUS.

Capitalia dicimus] Quamvis caput in jure civili alias vitam, alias libertatem, alias civitatem, alias familiam, alias existimationem significet, *l. licet 103. de verb. sign.* in hoc tamen argumento capitis verbo tantum vita, civitas & libertas continetur. Itaque quorum judiciorum publicorum pœna damnatum civem vel morte afficit, vel de civitate tollit, servitute, exilio, sive deportatione, ea capitalia recte nominantur, *l. 2. h. t.* Ultimum autem supplicium esse mortem solam interpretamur, *l. ultimum 21. de pœn.* Sane interdum etiam nostri id solum capitale vocant, cujus non alia pœna, quam mors est; sed κατ' ἐξοχὴν *l. 4. de pœn. transigere 18. C. de transact.* Qui gradus sint capitalium criminum, docet *l. capitalium 28. de pœn.*

Infamiam cum damno pecuniario] Tale judicii publici non capitalis exemplum est in §. 4. & item in §. *item lex Julia 8.* §. *inf. eod.* Interdum & in corpus aliqua coërcitio pœna est, *d. l. 2. hoc tit. in fin.* Sive autem capitalia sint, sive non sint, famosa semper sunt, hoc est, damnatum publico judicio semper sequitur infamia.

TEXTUS.

Exempla; de læsa Majestate.

3. *Publica autem judicia hæc sunt. Lex Julia majestatis, quæ in eos, qui contra Imperatorem vel rempublicam aliquid moliti sunt, suum vigorem extendit. Cujus pœna animæ amissionem sustinet, & memoria rei etiam post mortem damnatur.*

NOTÆ.

ANIMAE AMISSIONEM] ψυχῆς ἀπώλειαν. *Anima* pro *vita*. Sallust. *Catil. Libertas & anima nostra in dubio est.*

MEMORIA REI POST MORTEM DAMNATUR] Rei sc. perduellionis, qui quod hostili animo adversus remp. vel Principem machinatus est: secus est, si quis ex alia causa majestatis reus sit, *l. ult. eod. l. 24. de pœn.*

COMMENTARIUS.

1 *Quadruplex differentia inter crimen perduellionis & majestatis in specie.*
2 *Specialia circa pœnam hujus criminis.*

De solo crimine perduellionis videtur hic agere Tribonianus. Etenim duo sunt genera criminis læsæ majestatis: unum perduellionis, quod est crimen imminutæ majestatis & gravissimum & atrocissimum, puta si quis hostili animo quid machinetur adversus Principem aut rempublicam: alterum, quod generis nomen retinet, & majestatis vocatur, si quis ex alia causa legis reus sit. Utriusque exempla suppeditat *l. 1. cum 3. ll. seqq. ad leg. Jul. majest.* Quadruplicem autem inter majestatis & perduellionis crimina differentiam notat D. Hotomannus. Prima est, quod majestatis crimine tenentur ii, qui vel partem aliquam reipub. læserunt; veluti si quis duces hostium accepta pecunia liberavit, aut privatus duces hostium domi suæ occultavit, (quod tamen merito perduellioni adscribendum putat vir cl. Ant. Matth. *de læs. majest. c. 2. num. 2. lib. de crimin.*) aut si quis magistratui pro officio suo aliquid agenti officiat. Perduellionis autem crimen in eos cadit, qui summam reipub. labefactare conati sunt. Altera differentia est, quod majestatis crimen in foro apud suum prætorem pro tribunali judicio certa lege constituto agebatur, ut ex *Verrin. 3. & 7.* cognoscitur. Perduellio vero primis quidem temporibus à Duumviris data opera creatis: post autem à Populo Rom. Comitiis centuriatis in campo Martio cognoscebatur, ut ex ea pro C. Rabirio perduellionis reo constat. Et Livius *lib. 6.* de Manlio Capitolino regnum affectante refert, Duumviros, qui de perduellione inquirerent, creatos. Tertia, quod majestatis crimen non morte, sed exilio multatur, *l. eorum 24. de pœn.* Perduellionis vero damnatus in crucem in campo fixam tollebatur, ut ex ead. orat. Ciceronis, & ex Dione *lib. 37.* cognoscitur. Quartam differentiam Ulpianus ostendit *l. ult. ad leg. Jul. majest.* ubi

ubi ait, majestatis imminutæ crimen rei morte obliterari: perduellionis autem memoriam etiam post mortem damnari. Hodie hoc discrimen appellationis non ita stricte observatur; sed omnes, qui adversus principem aut statum reipublicæ quibuscunque modis aliquid moliuntur, promiscue rei majestatis dicuntur, & omnium eadem est pœna, nimirum capitis. *Mynf. hic. num. 5. & 6.*

Et memoria rei] Multa circa pœnam hujus criminis propter atrocitatem specialiter constituta sunt, quæ passim ab aliis congeruntur. Unum illud est, quod mortuo quoque reo, & nondum postulato, crimen hoc inchoari & peragi possit, damnataque rei memoria bona fisco vindicentur, *l. ult. ad leg. Jul. majest. l. ult. C. eod. l. antepen. de accus.* cum regulariter, qui in reatu decedunt, integri status decedant, & crimen mortalitate extinguatur. Eadem quoque severitate voluntas seu conatus hujus sceleris, qua effectus, punitur, *l. 5. C. eod.* & conscii, qua auctores ipsi, *l. 3. C. eod.* Illud autem durum & crudele videtur, quod ob paternum crimen etiam liberi plectantur, perpetua nimirum egestate & infamia, *d. l. 5. C. eod.* Sanè legi divinæ & veræ justitiæ hoc repugnat, per *c. 14. lib. 2. Reg. & c. 25. lib. 2. Chronic.* nec omnino temerè est, quod D. Budæus in *annotat. in tit. π. ad leg. Jul. majest.* existimat, auctores *d. l. 5.* Arcadium & Honorium pœnitentia postea ductos promulgasse sanctissimam illam constitutionem, quæ extat in *l. sancimus. C. de pœn. add. Pet. Fab. 3. semestr. 8. Covar. 2. resolut. 8. & Nob. v. D. Anton. Matth. de criminib. ad tit. D. ad leg. Jul. majest. cap. 3. n. 10.*

TEXTUS.

De adulteriis.

4. *Item lex Julia de adulteriis coërcendis, quæ non solum temeratores alienarum nuptiarum gladio punit, sed & eos, qui cum masculis nefandam libidinem exercere audent. Sed eadem lege etiam stupri flagitium punitur, quum quis sine vi vel virginem, vel viduam honestè viventem stupraverit. Pœnam autem eandem irrogat stupratoribus, si honesti sunt, publicationem partis dimidiæ bonorum: si humiles, corporis coërcitionem cum relegatione.*

COMMENTARIUS.

1 *Inter stuprum & adulterium quid intersit.*

ADulterium est alieni thori violatio, sive coitus cum aliena uxore factus. Nam adulterium jure civili cum nupta tantum committitur, *l. 6. §. 1. l. stuprum. 34. §. 1. hoc tit. ad leg. Jul. de adult. fac. l. 1. C. eod. l. inter stuprum. 101. de verb. sign.* [illegible]γαμικῶς dicuntur alienarum nuptiarum temeratores: nec hoc à sacra scriptura veteris testamenti abhorrere quidam existimant, per text. *Levit. 20. vers. 10. Deut. 22. 22. Genes. 20.* Jure autem Canonico adulterium committi intelligitur, sive solutus cum conjugata rem habeat, sive conjugatus cum soluta, aut conjugatus cum conjugata, *can. nemo. 34. quæst. 4. can. non mœchaberis can. præcepit. cum sequentibus quæst. 5.* & hanc sententiam omnes ferè Theologi amplectuntur, per text. *Matth. 19. vers. 9. Marc. 10. Lucæ 16. 18.*

Gladio punit] Hæc pœna non est ex lege Julia, sed ex *l. quamvis 30. C. hoc tit.* quæ Constantini est. Pœna autem legis Juliæ relegatio fuit, ut constat ex Tacito *lib. 1. 2. & 3. annal.* & non obscurè probat *l. 5. de quæst.* certè capitalem non fuisse, arguunt *l. 6. de divort. l. 11. hoc tit. l. 14. de testib. l. 13. de his quæ ut indign.* & ipse Justinianus hanc pœnam Constantino tribuit *Nov. 134. cap. 10.* Divus Augustinus *lib. 3. de civ. Dei.* disertè scribit, Romanos adulteras fœminas, quamvis aliqua damnatione, nullas tamen morte multasse. Ut dubitandum non sit, quin *l. transigere. 18. C. de transact. & l. 9. C. hoc tit.* interpolatæ sint à Triboniano. Cæterum adscribitur legi Juliæ etiam ea pœna, quæ postea sancita est, quia ea lex primum de crimine & pœna adulterii serio & plenè caverat. Legibus Mosaicis adulterium item capitale est, & tam mœchus, quam adultera morte puniuntur. *Levit. 20. 10. Deuter. 22. 22.* Apud nos qua pœna adulteri afficiantur, disces ex ordinat. *Polit. art. 15. & seqq. add. Grœnew. de ll. abrog. hic.*

Cum masculis nefandam libidinem] *l. cum vir. 31. C. hoc tit.* quæ est Constantii & Constantis. Præposteræ Veneris seu παιδεραστίας, & Sodomiticæ turpitudinis pœna nunc ferè concrematio est. *Damhoud. prax. crim. c. 96. Clar. §. sodomia. n. 4. Gudelin. de jur. nov. lib. 5. c. 18.*

Stupri flagitium] Lege Julia non modo de adulteriis, sed etiam de stupris cavetur, *l. 6. §. 1. h. tit.* ubi 1
Papinianus ait, legem stuprum & adulterium promiscuè appellare: sed propriè adulterium in nuptam committi: stuprum vero in viduam virginemve, quod Græci φθοράν appellant: & ita quoque ferè Modestinus in *l. inter stuprum. 101. de verb. sign.* Idem Modestinus in *l. stuprum. 34. §. 1. hoc tit.* adulterium in nupta admitti ait, stuprum in vidua, vel virgine, vel puero. Quod autem Papinianus *d. l. 6. §. 1.* & Mo-

destinus, *d. l. inter stuprum.* ajunt, legem Juliam promiscuè & indifferenter his appellationibus uti, hoc non ita accipiendum est, quamadmodum accepit D. Hotomannus, quasi & verbum adulterii extra conjugatos usurpatum esset: sed quod stupri nomine etiam adulterium notatum: nimirum stuprum & generis nomen est, & speciei: quod in nuptam committitur, etiam proprium nomen habet, & adulterium dicitur: quod in virginem, viduam, puerum, generis nomen retinuit, & stuprum propriè dictum est.

Honestè viventem] σεμνῶς. nam consuetudo cum ea, quæ corporis sui copiam passim facit, stuprum non est, sed simplex πορνεία sive fornicatio, quæ Romanis legibus non puniebatur, *l. 22. C. hoc tit.* Pro stupro quoque non habebatur consuetudo cum concubina, propterea quod concubinatus jure Romano permissus erat. Et hoc est, quod Modestinus scribit, stuprum committere, qui liberam mulierem consuetudinis causa, non matrimonii secum habet, excepta concubina, *l. stuprum. 34. pr. hoc tit. fac. l. 3. pr. de concub.*

Stupratoribus, si honesti sunt] Stupri damnatus, si honestæ existimationis fuit, dimidia parte bonorum multatur: sin turpis, verberatus relegatur. Sic cum D. Hotomanno interpretor illud, quod de honestis, aut humilibus hic dicitur, propter *leg. 7. C. de incest. nupt.* Lex Attica stupratorem ita multabat, ut vel duceret puellam, vel dotaret. Lex Mosaica, ut & duceret & dotaret. *Deut. 22. 29.*

TEXTUS.
De Sicariis.

5. Item lex Cornelia de sicariis, quæ homicidas ultore ferro persequitur, vel eos, qui hominis occidendi causa cum telo ambulant. Telum autem, ut Cajus noster ex interpretatione legum duodecim tabularum scriptum reliquit, vulgo quidem id appellatur, quod arcu mittitur, sed & nunc omne significat, quod manu cujusque jacitur. Sequitur ergo, ut lignum & lapis, & ferrum hoc nomine contineantur; dictum ab eo, quod in longinquum mittitur, à Græca voce τηλοῦ figuratum. Et hanc significationem invenire possumus & in Græco nomine: nam quod nos telum appellamus, illi βέλος appellant, ἀπὸ τοῦ βάλλεσθαι. Admonet nos Xenophon. nam ita scribit: καὶ τὰ βέλη ὁμοῦ ἐφέρετο, λόγχαι, τοξεύματα, σφενδόναι πλεῖστοι ἢ λίθοι. Sicarii autem appellantur à sica, quod significat ferreum cultrum. Eadem lege & venefici capite damnantur, qui artibus odiosis, tam venenis, quam susurris magicis, homines occiderint; vel mala medicamenta publicè vendiderint.

NOTÆ.

5. ULTORE FERRO] Scriptum hoc à Triboniano accommodatè ad sui temporis rationem: & exigit hoc lex Divina. *Exod. 21. 12. Lev. 24. 17.* Pœna autem legis Corneliæ deportatio fuit, & bonorum omnium ademptio: quanquam postea humiliores capite puniti, *l. 3. §. pen. l. pen. h. t.*

ADMONET NOS XENOPHON] Ita rectè legitur, ut & in *d. l. 233. §. 2. de verb. sign.* unde hic locus descriptus est. Th. τούτου ἢ μάρτυς Ξενοφῶν ὑπογράφων. Denique subjecta verba Xenophontis esse agnoscuntur ex *lib. 5. ἀναβάσ.* Haloander *in Xerolopho.* Ξηρόλοφος locus erat celeberrimus urbis Constantinopol. de quo digna quædam notatu Petr. Gyll. *lib. 4. de topogr aph. Constantinop. c. 8.*

A SICA] Romani, teste Suida, τὰ ἐπικαμπῆ ξίφη *incurvos gladios*, sicas appellant. Per abusionem tamen sicarios omnes vocamus, qui cædem telo quocumque commiserunt. Quint. *lib. 10. cap. 1.*

SUSURRIS MAGICIS] Incantationibus, γοητείας *Nov. 115. c. 4.* quo referenda illa legis duodecim, *Qui malum carmen incantassit. Qui fruges excantassit*, &c. vid. Plin. *lib. 28. c. 2.* Augustin. *8. de civ. Dei 19.*

COMMENTARIUS.

Justinianus hoc loco pœnam mortis tribuit legi Corneliæ de sicariis; ut superiore §. legi Juliæ de adulteriis. Pœna enim legis Corneliæ deportatio fuit in insulam, & omnium bonorum ademptio. Sed more judiciorum temporibus Marciani & Modestini honestioris loci homines deportabantur: sequenti gradu qui erant, capite puniebantur, id est, morte: humiliores etiam bestiis subjiciebantur, *l. 3. §. pen. in fin. §. pen. l. pen. h. t. ad leg. Corn. de sicar. Paul. 5. sent. 23.*

Ultore ferro] Scriptum hoc à Triboniano accommodatè ad sui temporis rationem: nam pœna capitis jam tunc indistinctè homicidæ puniebantur: quæ pœna

pœna hodieque manet, quod eam etiam exigat lex divina. *Exod.* 21. 12. *Levit.* 24. 17.

Qui hominis occidendi causa] Lege Cornelia de sicariis non tantum homicidæ, sed etiam qui hominis occidendi causa cum telo fuerint, tenentur, *l.* 1. *pr. eod.* Existimare licet, Cornelium Syllam hanc legem tulisse post sævissimam civium proscriptionem, atque ut tandem finem imponeret cædibus, quæ tum passim impunitæ, gravitate pœnæ etiam à conatu homines deterrere voluisse. Hodie generali consuetudine huic parti legis derogatum est, nec iam conatus aut delictum non consummatum amplius pœna legis ordinaria plectitur, teste Claro *lib.* 5. § *ult. q.* 92. *Ant. Matth. de crim. c.* 3. *n.* 10. *& seq. D. h. tit. Sand. lib.* 5. *tit.* 9. *defin.* 11.

Telum autem] Hic locus descriptus est ex Caio *l. si calvitur* 233. §. 2. *de verb. sign.* & est satis planus. Cæterum non dubito, quin lex Cornelia teli appellatione gladium, & vel maxime intellexerit: quamvis propria teli significatio, quæ hic indicatur, gladio non conveniat.

A sica, quod significat ferreum] Romani, teste Suida, τὰ ἐπικαμπῆ ξίφη, incurvos gladios, sicas vocant. Erat autem sica genus gladii brevioris, Persici ferè acinacis magnitudine, ut commodè sub vestibus occultari poterit: quod ex Josepho *l.* 1. *Antiq.* discimus. Per abusionem autem omnes sicarios vocaverunt, qui cædem telo quocumque commisissent, auctore Fab. *l.* 10. *c.* 1.

Venefici] Venefici dicuntur, & qui veneno homines occidunt, quod plus est, quam occidere gladio; *l.* 1. *C. de malefic.* & qui artibus, sive, ut hic ait Justinianus, susurris magicis: ad cuiusmodi susurros referenda illa legis duodecim tabularum; *Qui malum carmen incantassit. Qui fruges excantassit. Neve alienam segetem pellexeris.* item illud Virgilii,

Atque satas alio vidi traducere messes.

& id genus alia, quæ superstitio mortalium vi magici carminis effici posse credit, *vid. l.* 4. *& l.* 6. *C. de malefic. Plin. l.* 28. *c.* 2. *August. l.* 8. *de civ. Dei c.* 19. Sed verissimè Seneca *lib.* 4. *nat. quest.* 7. *Rudis*, inquit, *adhuc antiquitas credebat, & attrahi imbres cantibus & repelli; quorum nihil posse fieri tam palam est, ut hujus rei causa nullius philosophi schola intranda sit.* Ego sanè sic persuasum habeo, multa nimis temerè credi, & veneficis sagisve falsò affingi; multa per tormenta exprimi, quorum nihil unquam factum, atque incantationum prætextu plerumque homines insontes ignibus tradi; quo supplicii genere pridem sagæ affici cœperunt. Extat memorabile arrestum Senatus Parisiensis pro Valdensibus Atrebatensibus, *les Vaudois d' Arras*, editum 20. *die Maji* 1491. quo amplissimus ordo testatur, nihil se in accusatione eorum animadvertere potuisse præter meras sycophantias.

Textus.

De parricidiis.

6. Alia deinde lex asperrimum crimen nova pœna persequitur, quæ Pompeja de parricidiis vocatur: qua cavetur, ut, si quis parentis aut filii, aut omnino affectionis ejus, quæ nuncupatione parentum continetur, fata præparaverit, (sive clam, sive palam id ausus fuerit) nec non is, cujus dolo malo id factum est, vel conscius criminis existit, licet extraneus sit, pœna parricidii puniatur: & neque gladio, neque ignibus, neque ulli solemni pœnæ subjiciatur, sed insutus culleo cum cane, & gallo gallinaceo, & vipera, & simia, & inter eas ferales angustias comprehensus (secundum quod regionis qualitas tulerit) vel in vicinum mare, vel in amnem projiciatur: ut omnium elementorum usu vivus carere incipiat, & in cœlum superstiti, & terra mortuo auferatur. Si quis autem alias cognatione vel affinitate personas conjunctas necaverit, pœnam legis Corneliæ de sicariis sustinebit.

NOTÆ.

6. Asperrimum crimen] Nefas ultimum vocat Seneca *1. de Clement.* 23.

Neque gladio] Legis tamen Pompejæ eadem pœna, quæ legis Corneliæ fuit, nisi quod hæc etiam conscios sceleris puniret, *l.* 1. *l.* 6. *eod.*

Insutus culeo, &c.] *d. l. un. C. de his, qui par. vel lib. occidit.* Prius tamen virgis sanguineis cæsus, *l. pen. eod.* De pœna culei Cic. *in ea pro Sexto Roscio.* Sen. 1. de *clem.* 15. Juven. *satyr.* 8 Etiam aliud supplicii genus usurpatum invenio apud Paul. 5. *sent.* 24.

Com-

COMMENTARIUS.

Hic quoque idem ferè accidit, quod superius, nimirum ut pœna cullei adscribatur legi Pompejæ, quæ tamen moribus majorum instituta est, *l. 9. pr. hoc tit. de legat. Pompej. de parricid.* adeoque diu ante legem Pompejam, ut ex oratione Ciceronis *pro Rosc. Amerin.* constat, atque in eum tantum, qui patrem, matrem, avum, aviam occidit: si quis alios occiderit, pœna legis Corneliæ de sicariis plectitur, *l. 1. d. l. pen.* §. 1. *hoc tit.* Constantinus & filios adjecit, *l. un. C. de his qui par. vel lib. occid.* quod & ipsum Imperator hoc loco attribuit legi Pompeiæ. Legis autem Pompeiæ eadem pœna, quæ legis Corneliæ fuit: nec alia inter personas, quæ utraque lege continentur, differentia fuit, nisi quod lex Cornelia omnes homines, Pompeja certas personas coerceret, & quod hæc etiam conscios sceleris, quamvis nihil fecerint, puniret, *l. 6. eod. & hoc text.*

De parricidiis] Parricida propriè dicitur, teste Charisio *lib. 4.* qui patrem occidit, quasi parricida, aut per syncopen quasi parenticida. Sæpè tamen idem verbum pro quavis ἀνδροφονίᾳ Romani usurpant: quod & Plutarchus in Romulo observavit. Sic quæstores parricidii, appellati quæstores rerum capitalium; & clausula, *Parricida esto,* in omni re capitali ponebatur. Cicero *2. de legibus. Sacrum, sacrove commendatum qui clepserit rapsitve, parricida est,* id est, *capital esto.* Sed fortassis hic consuetudo scribendi Rgeminavit, cum unico scribendum fuerit: de quo ita Festus in verb. *Parici quæstores. Paricida non utique is, qui parentem occidisset, dicebatur, sed qualemcumque hominem,* in quam citat legem Numæ his verbis compositam; *Si quis hominem liberum dolo sciens morti duit, paricida esto.*

Aut affectionis] Ita omnino legendum, non ut vulgo *affinitatis*, per *l. un. c. hoc tit. & l. un. C. Theod. eod.* Nam qui socerum, socrum, vitricum, novercam, generum, &c. necavit, etsi ultimo supplicio, non tamen acerrima cullei pœna afficitur, *l. pen.* § *1. eod. & hoc text. in fin.*

Sed insutus culleo cum cane, &c.] Supplicium parricidæ est, ut virgis sanguineis verberatus, ac mox culleo insutus cum cane, gallo gallinaceo, vipera & simia, in mare aut profluentem projiciatur. Cicero *in ea pro Sext. Rosc.* de culleo solo loquitur: sed Seneca *lib. 1. de clem. c. 15.* etiam serpentis meminit: Juvenalis serpentis item & simiæ, *satyr. 8.* Verisimile est, Constantinum canem & gallum gallinaceum addidisse. Quæ tamen omnia Tribonianus legi Pompeiæ tribuit; Modestinus à Triboniano interpolatus mori majorum, *d. l. pen. pr. hoc tit.* Aliud quoque supplicii genus usurpatum invenio apud Paulum, *lib. 5. sent. 25.* ut parricida vel vivus combureretur, vel bestiis objiceretur. Pœna cullei hodie in usu esse desiit. *Ant. Matth. ad hunc tit. c. 2. num ult. Grœnew. de ll. abr. lib. 5. tit. 9. defin. 3. Gudelin. de jur. noviss. lib. 5. c. 17.* ubi & de vario genere supplicii, quo nunc parricidii puniri solent.

Omnium elementorum usu] Quid mysterii sit in pœna cullei, ostendit Cicero in *d. orat. pro Sext. Rosc.* & Theophilus hic. Leucipp. 3. ἵνα μὴ τὴν ψυχὴν μόνον ἀπολέσῃ, ἀλλὰ καὶ τὴν ταφήν. Eodem pertinet illud Quintiliani *declam. 299. Cui lex lucem vivo, fluctuanti mare, naufrago portum, morienti terram, defuncto sepulchrum negat.* & Ovidii. *lib. 8. Metamorph.*

Dii te summoveant, ô nostri infamia secli,
Orbe suo, tellusque tibi pontusque negetur.

TEXTUS.

De falsis.

7. Item lex Cornelia de falsis, quæ etiam testamentaria vocatur, pœnam irrogat ei, qui testamentum, vel aliud instrumentum falsum scripserit, signaverit, recitaverit, subjecerit, vel signum adulterinum fecerit, sculpserit, expresserit, sciens, dolo. Ejusque legis pœna in servos ultimum supplicium est; quod etiam in lege Cornelia de sicariis & veneficiis servatur: in liberos vero deportatio.

NOTA.

Ejusque legis pœna] Ex Marciano *l. 1.* §. *ult. eod.* adde Paul. *d. loc.*

COMMENTARIUS.

Testamentaria vocatur] *l. 30. hoc tit. ad leg. Corn. de fals. Paul. 5. sent. 25.* Ex eo autem fortassis sic appellata est, quod majore ejus parte de falso in testamento commisso caveretur. Hæc eadem & nummaria dicta ab ea parte, qua de nummis

mis cavebatur. Cicer. *Verrin. 3. Cornelia testamentaria, nummaria, caeterae complures,* &c.

Vel aliud instrumentum] Hoc ex Senatusconsulto Liboniano adjectum legi Corneliæ Cujacius existimat: legem enim ipsam tantum de nummis & testamentis falsis cavisse.

Scripserit, signaverit, &c.] Apud Paulum d. loc. additur, *amoverit, resignaverit, deleverit, quive nummos aureos argenteos adulteraverit, laverit, conflaverit, raserit, corruperit, vitiaverit, vultuve Principis signatam monetam praeter adulterinam reprobaverit, l. 1. l. 2. l. 8. 9. & pass. hoc tit.*

In servos ultimum supplicium] Pœna falsi deportatio est, & omnium bonorum publicatio: servi ultimo supplicio afficiuntur, *l. 1. §. ult. hoc tit.* Marcianus addit, & quasi falsi: nimirum cum aliter falsitas committitur, quam uti nominatim lege Cornelia cautum est: qui casus ex Senatusconsulto aut Principum constitutionibus ad rationem legis accommodati sunt. Quod si id exigat magnitudo commissi, etiam capitali supplicio in eum qui falsum commiserit, animadvertitur, *l. 22. C. de fals.* Nostris moribus pœna falsi aut exilium est, aut fustuarium, prout judex decernet. *Gudelin. d. l. 5. cap. 20. Damhoud. prax. crim. cap. 119. & seqq. Zypa. not. jur. Belg. de fals.*

TEXTUS.

De vi.

8. Item lex Julia de vi publica seu privata adversus eos exoritur, qui vim vel armatam sine armis commiserint. Sed siquidem armata vis arguatur, deportatio ei ex lege Julia de vi publica irrogatur: si vero sine armis, in tertiam partem bonorum suorum publicatio imponitur. Sin autem per vim raptus virginis, vel viduae, vel sanctimonialis, vel atlerius fuerit perpetratus, tunc & raptores, & ii, qui opem huic flagitio dederunt, capite puniuntur, secundum nostrae constitutionis definitionem, ex qua hoc apertius possibile est scire.

NOTÆ.

In tertiam partem bonorum] *l. 1. l. ult. ad leg. Jul. de vi priv.*

Sanctimonialis] Ascetriæ, virginis vel viduæ Deo dicatæ, *l. unic. Cod. de rapt. virg.*

Capite puniuntur] Licet mulier raptui consenserit, *d. l. 1. §. 2.* quod tamen non de simplici & spontaneo assensu accipiendum; sed ita si consenserit malis artibus inducta. Quidam etiam gravius esse putant Persuasoriis pellicere mulierem, quam vi uti. Liban. *decl. 2.* Plutarch. in *Solon.*

Commentarius.

Vim armatam, vel sine armis] Cur vis cum armis facta publica, sine armis privata habita sit, hæc ratio est, ut alibi quoque diximus quod armis uti solius reipublicæ est: unde lex duodecim tabularum cum telo esse nemini privato permittebat.

Deportatio ex lege Julia] De vi publica damnati deportantur. Ulpianus *l. 10. §. ultim. ad leg. Jul. de vi publ.* ait, aqua & igni his interdici; sed notum est, huic pœnæ deportationem successisse. De vi privata damnati tertia parte bonorum suorum multantur, *l. 1. & l. ultim. de vi priv.*

Rapteres, &c. capite puniuntur] Licet mulier raptui consenserit, *l. un. §. autem,* ibi, *sive volentibus, sive nolentibus, Cod. de rap. virg.* Movere non debet, quod volenti non fiat injuria, *cap. scienti 27. de reg. jur. in 6. l. 1. §. usque adeo 5. de injur.* Neque enim *d. l. un.* de simplici & spontanea voluntate aut assensu mulieris accipienda est: sed ubi dolo malo, &b landis verbis, muneribus, promissionibus, aliisque malis artibus persuasa raptori consenserit: quo casu etiam volenti mulieri injuria & vis fieri intelligitur, cum dolosa persuasio non minus malum sit, quam violenta coactio: per *l. 3. §. si quis volentem, 5. de lib. hom. exhib. l. 1. §. 3. de serv. corr.* Unde Solon severius punivit eum qui persvasoriis verbis pellexisset mulierem, quam qui vi usus esset, teste Plutarcho, *add. Liban. declam. 2.* Hodie pœna hujus criminis arbitraria est, & crescit pro gravitate admissi. *Damhoud. prax. crim. cap. 200. num. 8. Perez. C. ad leg. Jul. de vi in fin.* Virgini vel viduæ stuprum per vim inferentes capite puniuntur, *Zypa. not. jur. Belg. de adult. vers. stupro. Damhoud. d. prax. cap. 92. decis. cur. Holl. 47.* Attentatum per vim

vilim stuprum, sed non consummatum, virgis & exvio vindicandum judicavit Curia Frisiæ, *Sande lib. 5. tit. 9. def. 11.*

TEXTUS.

De peculiatu.

9. Item lex Julia deculatus eos punit, qui publicam pecuniam; vel rem sacram, vel religiosam furati fuerint. Sed siquidem ipsi judices tempore administrationis publicas pecunias subtraxerint, capitali animadversione puniuntur: & non solum hi, sed etiam qui ministerium eis ad hoc exhibuerint, vel qui subtractas ab his susceperint. Alii vero, qui in hanc legem inciderint, pœnæ deportationis subjugentur.

COMMENTARIUS.

LEge Julia peculatus tenetur, qui pecuniam publicam, remve sacram aut religiosam furatur, *l. 1. l. 4. hoc. tit. ad leg. Jul. pecul.* Peculatus enim duplex est, furtum pecuniæ publicæ, quod propriè & in specie peculatus, & rei sacræ, quod sacrilegium propriè vocatur: unde à Labeone definitur, pecuniæ publicæ aut sacræ furtum, *l. 9. §. 2. eod.* addit Labeo, non ab eo factum, cujus periculo est: nam æditum in his, quæ ei tradita sunt, peculatum non committere.

Siquidem ipsi judices] Qui pecuniam publicam, quam ipse administrat, averterit, capite punitur, uti & is, qui operam ei aut ministerium præbet, *l. unic. in fin. Cod. de crim. pecul.*

Pœnæ deportationis] Ob simplicem peculatum pœna deportationis imponitur, *l. 3. eod.* interdum in quadruplum condemnatio fit, *l. pen. eod.* Sacrilegi autem, id est, qui publica sacra compilaverunt, capite puniuntur, *l. 9. eod. Clar. §. sacrilegium. Ant. Matth. de crim. cap. 2. & 3. de leg. Jul. pecul. Damhoud. prax. crim. cap. 11.*

TEXTUS.

De plagiariis.

10. Est & inter publica judicia lex Fabia de plagiariis, quæ interdum capitis pœnam ex sacris constitutionibus irrogat, interdum leviorem.

NOTÆ.

10 DE PLAGIARIIS] Plagiarius est, qui liberum hominem vel servum alienum dolo malo supprimit, ἀνδραποδιστής Lys. *orat. 9.* supprimendo enim plerumque plagium committitur, *l. 3. §. 6. hoc tit. l. 2. 5. 6. C. eod.* licet interdum & aliis modis, puta vendendo, &c. *l. 1. 2. 4. D. eod.*

INTERDUM CAPITIS POENAM] Ex ipsa lege Fabia plagii pœna erat pecuniaria: postea gravius puniri cœpit, & quandoque capite, *l. ult. eod. l. 7. l. ult. C. eod.* uti & lege Divina, *Exod. 21. 16. Deut. 24. 7.*

COMMENTARIUS.

PLagium nihil aliud est, quam liberi hominis, vel servi alieni suppressio dolo malo facta. Nam plerumque supprimendo plagium committitur, *l. 3. l. 5. & 6. hoc tit. de leg. Fab. l. 2. l. 5. l. 9. & 14. Cod. eod.* licet & aliis modis interdum fiat, puta vendendo, donando, permutando, *l. 1. l. 2. & 4. eod.* Pœna plagii ex ipsa lege Fabia pecuniaria erat: postea gravius puniri cœpit, & nonnullis casibus etiam capite, *l. ult. eod. l. 7. & l. ult. C. eod.* Jure autem divino & canonico omnis plagiarius, qui sciens dolo malo liberum hominem vendit, morte multatur. *Deut. cap. 24. 7. Exod. 21. 16.* quod transcriptum in decretalibus Gregorii, *cap. 1. de furt.* & adhuc hodie obtinet, si celandi animo crimen commissum: alias ferè virgis & relegatione, *Clar. §. fin. quæst. 68. num. 31. Perez. in C. ad leg. Fab. de plag. num. 6.*

TEXTUS.

De ambitu, repetundis, annona residuis.

11. Sunt præterea publica judicia, lex Julia de ambitu, lex Julia repetundarum, & lex Julia de annona, & lex Julia de residuis: quæ de certis capitulis loquuntur, & animæ quidem amissionem non irrogant; aliis autem pœnis eos subjiciunt, qui præcepta earum neglexerint.

Excu-

Excusatio.

12. Sed de publicis judiciis hæc exposuimus, ut vobis possibile sit, summo digito, & quasi per indicem ea attigisse: alioqui diligentior eorum scientia ex latioribus Digestorum seu Pandectarum libris, Deo propitio, adventura est.

NOTÆ.

REPETUNDARUM] Vid. *l. 3. & 4. de leg. Jul. rep.* de pœna est in *l. 7. §. 2. eod. l. 1. l. ultim. C. eod.*

DE ANNONA] Adversus eum, qui annonam publicam fraudaverit vel vexaverit, &c. *l. 2. de leg. Jul. de annon.* add. *l. 37. de pœn. l. 6. de extr. crim.* Apud Athenienses pœna capitis statuta erat in eos, qui frumentum alio comportabant annonamve supprimebant. Lys. *orat. 21.*

DE RESIDUIS] Hac lege damnatus amplius tertia parte quam debet, punitur, *l. 2. l. 4. §. 5. & 2. seqq. ad leg. Jul. pecul.* Tenetur autem hac lege, qui pecuniam publicum de legatam in usum aliquem retinuit, *l. eod.* seu apud quem ex pecunia publica quid resedit, *d. l. 4. §. 3.*

12. ET QUASI PER INDICEM] Id est, leviter, summatim, ὑποτυπωτικῶς, digito ad fontes, unde hauriatur, intenso. Ascon. in *Verr. 3. Antequam causam agerent, quasi per indicem rem exponebant,* &c.

COMMENTARIUS.

DE *ambitu*] Ubi singuli regunt, ambitus nullus usus est; sed frequens, ubi universi, ut Romæ olim ante constitutionem Principis frequentissimum constat. Hinc illæ leges, Petilia, Primaria, Fabia, Calphurnia, Tullia, Julia, & similes de ambitu, id est, affectatis largitione honoribus, latæ. Sed hæ leges cessaverunt in urbe, ex quo magistratuum creatio ad curam Principis pertinere cœpit, sublato populi suffragio; quod nominatim de lege Julia de ambitu memorat Modestinus *l. un. pr. de leg. Jul. ambit.* sicut & apud nos occasio ejus exercendæ sublata: de quo *Grœnew. de ll. abrog. D. de leg. Jul. de ambit.* Pœna hujus criminis multa centum aureorum cum infamia fuit, *d. l. un. eod.* Canonibus ambitus dicitur Simonia, à Simone Mago; cui Petrus maledixit, quod ab Apostolis Spiritus Sancti gratiam pecunia emere voluit. *Actor. cap. 8. can. quidam. 24. q. 3.* Est enim Simonia, cum aliquid pro spiritualibus exigitur vel promittitur, *tot. tit. ff. de Simonia.*

Repetundarum] Lege Julia repetundarum tenetur, qui cum aliquam potestatem haberet, pecuniam ob judicandum, decernendumve acceperit, vel quo magis aut minus quid ex officio suo faceret, *l. 3. l. 4. d. l. Jul. repet.* Pœna hujus legis extraordinaria est, nunc relegatio vel ordinis amotio, nunc exilium, vel etiam mors, pro modo scilicet & qualitate sceleris, *l. 7. §. 3. eod.* Interdum & quadrupli pœna reo imponitur *l. 1. l. ult. in fin. C. eod.*

De annona] Lege Julia de annona (qua appellatione veniunt omnia, quæ ad victum humanum pertinent) pœna viginti aureorum statuitur adversus eum, qui annonam publicam fraudaverit vel vexaverit, aut cujus dolo malo factum est, ut annona carior fieret, *l. 1. & l. 2. de leg. Jul. de annona,* quod crimen plerumque committunt ii, qui Dardanarii seu pantopolæ & seplasiarii vocantur: in quos etiam extra ordinem vindicari placuit, *l. in Dardanarios 37. de pœn. l. 6. de extraord. crim.*

De residuis] Crimen residuorum est pecuniæ publicæ alicui ad usum publicum datæ & attributæ retentio, vel ad suos usus conversio, sive in solidum sive ex parte. Et quod in rationibus pecuniisve privatis est reliqua, id in publicis propriè est residua; sic dicta, quod apud eum, cui administranda data est, pecunia publica resideat. Hac autem lege damnatus amplius tertia parte, quam debet, punitur, *l. 2. l. 4. §. 3. & 2. §§. seqq. ad leg. Jul. pecul.* Hodie pœna hujus criminis, ut & præcedentium ferè, arbitraria est. *Grœnew. tract. de legib. abrog. ad rubr. C. de pœn.* παρέργως & tralatitie, ut in appendice.

FINIS.

INDEX
RERUM & VERBORUM.

Ubi T. 1. partem primam, primum & secundum, T. 2. partem secundam tertium & quartum librum Instit. continentem, significat: numerus verò paginam, a. priorem, b. posteriorem columnam designat.

A.

B.

D.

E.

F.

non

G.

H.

I.

Juris

L.

M.

N.

O.

Pur-

Q.

R.

T.

V.

FINIS.